

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1149

(Ano XV)

(06/05/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## 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. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

**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:** Bacharelanda 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)

QR Code do Volume 1149



**Nossa Missão:** disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

### **Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1149, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 667. *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



**Estelionato e representação: novo entendimento do STF**  
*Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.*

### ARTIGOS

**A Lei nº 14.365/2022 e a vedação da colaboração premiada do advogado contra cliente para a garantia do sigilo profissional**

*Simone Gomes Araújo, 12.*

**Publicidade registral versus privacidade dos dados pessoais: o conflito entre o Provimento n. 134/2022 do CNJ e a Lei de Registros Públicos sob a égide da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**

*Denes de Sa Sousa, 27.*

**A imposição de medidas protetivas da Lei Maria da Penha em período de pandemia**

*Ana Gabriella Obligado da Conceição, 45.*

**O papel do inquérito policial no direito brasileiro**

*Herllan Silva, 61.*

**A Descrédibilidade da Saída Temporária Frente à Interposição do Direito Fundamental e a Premissa da Reeducação Social**

*Valdeni de Sousa Brito, 79.*

**Estupro de Vulnerável: condenação com base na palavra da vítima e a possível violação do princípio in dubio pro reo**

*Debora Pereira Barbosa, 92.*

**A credibilidade da palavra da vítima nos crimes de estupro**

*Gêovanna Carneiro Maciel, 111.*

**Violência obstétrica no Brasil**

*Glenda Neres Ferreira, 127.*

**A tutela jurídica dos animais como sujeitos suscetíveis a guarda compartilhada na hipótese de dissolução de vínculo conjugal**

*Julia Fernandes Pereira, 140.*

**Estupro de vulnerável sem contato físico**

*Lucas Rodrigues dos Santos, 163.*

**A possibilidade de inovação da tese na fase da tréplica no Tribunal do Júri**

*Isabel Maciel Borges, 177.*

**A possibilidade do aborto legal nos casos de stealthing**

*Gustavo Batista Lopes, 194.*

**Adolescentes infratores e os direitos humanos**

*Thalya de Sousa Santos, 213.*

**Recuperação ambiental de nascente no município de aliança do Tocantins – TO**

*Levi Tavares de Oliveira, 231.*

**Desafios na produção de soja seguindo as normativas ambientais no Parque Estadual do Cantão**

*Werycksson Duarte Da Silva, 249.*

**O aumento dos crimes virtuais com o advento da pandemia**

*Letícia Alves Barbosa, 279.*

**A fundamentação per relationem para decretar ou prorrogar a interceptação telefônica**

*Luisa Castelo Branco de Almeida, 294.*

**O crime de lavagem de dinheiro e o instituto da delação premiada**

*Marillia Botelho Nunes, 312.*

**Desigualdade social na era da automação: renda básica universal como uma aliada na manutenção da dignidade humana**

*Cinara Salvi de Oliveira, 330.*

**A possibilidade da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de posse e porte de munições de arma de fogo**

*Cleidiane Smithe Silva, 351.*

**Visual law e legal design: aplicabilidade e efeitos no direito brasileiro**

*Natália Silva Maciel, 370.*

**Princípios do Direito do Trabalho - Uma breve análise.**

*Deisiane Christmas Santos Leão Machado da Costa, 386.*

**O passo que a LINDB não deu**

*Anna Cintia Rocha Ximenes de Mendonça, 398.*

**Trabalho nos Portos: possibilidade de contratação de trabalhadores portuários fora do sistema**

*Gabriela Cavalcanti Mota, 403.*

**A importância da soberania nacional, ordem pública e bons costumes na homologação das sentenças arbitrais estrangeiras**

*Fernanda Pagotto Gomes Pitta e Carolina Tuoni Matias, 419.*

**O dever de mitigar o próprio prejuízo e sua possibilidade de aplicação no direito brasileiro**

*Weverton Menezes da Luz, 438.*

**Assédio Moral no Trabalho**

*Matheus Sousa Rego, 455.*

**A rede de internet, avanços, desafios e cibercrimes.**

*Alessandra Cristina Santana Picanço Lima, 480.*

**Lei da adoção e o Estatuto da Criança e do Adolescente: aspectos jurídicos e sociais sobre a entrega voluntária**

*Amanda Da Silva Oliveira, 492.*

**Aspecto jurídico da desapropriação de bens para fins de implantação de unidade de conservação ambiental**

*Samara Moreira Silva, 512.*

**Violência obstétrica e as lacunas do direito brasileiro**

*Adria Xavier Miranda, 526.*

**A caracterização da depressão como doença ocupacional**

*Leandro Alves da Paz, 544.*

**Guarda compartilhada e o combate contra a alienação parental**

*Karla Chaves Brito Parrião, 561.*

**Honorários Advocatícios e a ordem de preferência na Execução Fiscal**

*Leandro Brescovit, 573.*

**Responsabilidade penal do psicopata diante do sistema jurídico brasileiro**

*Ludmilla Sales de Andrade, 584.*

**Utilização de estruturas societárias offshore no planejamento patrimonial de pessoas físicas:  
Impactos Tributários para Residentes Fiscais no Brasil**

*Julia Macedo Souza Lopes, 602.*

**A socioafetividade na filiação: o reconhecimento jurídico do afeto**

*Giovanna Noleto Damaso Menezes, 627.*

**Os limites semânticos à execução antecipada da pena: o significado da norma constitucional da presunção de inocência**

*David Ramalho Herculano Bandeira, 656.*

## **ESTELIONATO E REPRESENTAÇÃO: NOVO ENTENDIMENTO DO STF**

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

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios.

Na origem, a ação penal no Estelionato era pública incondicionada. Porém, a partir da alteração promovida pelo chamado “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/19) a ação passou a ser, em regra, pública condicionada à representação do ofendido. Atualmente o § 5º, do artigo 171, CP determina que “somente se procede mediante representação”. Excepcionalmente, a ação continua pública incondicionada nos seguintes casos: se a vítima for a administração pública direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; maior de 70 anos ou incapaz (artigo 171, § 5º, incisos I a IV, CP).

Quanto ao direito intertemporal, num primeiro momento, estabeleceram o STJ e o STF que a nova regra da representação retroagiria beneficentemente para os casos anteriores que ainda não tivessem denúncia. Havendo denúncia, a regra da representação não se aplicaria aos casos antigos (vide Informativo STF n. 995).

Contudo, conforme tem ocorrido em nosso mundo jurídico, as decisões fluem e divergem de si mesmas o tempo todo, de forma que o que hoje vale amanhã já não se sabe. Vigora no Brasil o reino da insegurança jurídica.

Nesse contexto, exsurge decisão do STF, mudando o posicionamento antes firmado. Agora o entendimento é o de que a regra da representação deve retroagir a “todos” os casos de estelionato em andamento quando de sua promulgação, tendo a vítima um prazo de 30 dias para manifestar-se sob pena de decadência e não importando a fase em que o procedimento se encontra.

Considerando a natureza híbrida do instituto da representação (penal e processual penal), tanto que tratada no Código Penal (artigo 107, IV, CP – “causa de extinção de punibilidade – instituto penal) e no Código de Processo Penal (artigos 24 e 38, CPP – “condição de procedibilidade” – instituto processual penal), ao menos se pode dizer que a Corte Superior acertou na decisão final (espera-se que seja final).



Realmente a retroatividade de normas que tenham, ainda que em conjunto com o caráter processual, também característica penal deve ser ampla e não restrita. A parte penal benéfica impõe a retroatividade sem limitações.

A decisão do STF se deu no Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 208.817, julgado em plenário para fins de dirimir divergências e adotar orientação uniforme. 1 Votaram pela retroatividade ampla a Ministra Relatora Cármen Lúcia e os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, André Mendonça, Edson Fachin, Kassio Nunes Marques, e Rosa Weber. Divergiram somente os Ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, sob a alegação de que após a denúncia haveria “ato jurídico perfeito” não passível de modificação, já que eventual retratação de representação somente pode se dar até o ato da denúncia nos termos do artigo 25, CPP. 2

Obviamente o argumento dos divergentes não tem fundamento. Primeiro porque o caso não é de “retratação” de representação, não havendo espaço para chamamento à baila do artigo 25, CPP. São casos em que **não houve qualquer representação na época** porque o crime era de ação penal pública incondicionada e adveio reforma legal, adicionando essa “condição de procedibilidade” (processo penal) e, conseqüentemente, a decadência como causa “extintiva de punibilidade” (direito penal). Não se trata de haver ou não “ato jurídico perfeito” porque houve representação não retratada até o momento da Denúncia, operando-se, portanto a preclusão temporal de eventual representação. Repita-se, **não existe representação porque na época não era exigível, a ação era pública incondicionada**. Há uma tremenda confusão conceitual e fática no argumento apresentado na divergência. O disposto no artigo 25, CPP é aplicável aos casos que se dão na normalidade, sem alterações da legislação e necessidade de análise de questões de “Direito Intertemporal”, bem como, evidentemente, quando há alguma representação a ser retratada. A discussão sobre a retroatividade da representação no crime de estelionato com o advento da reforma legal é matéria de “Direito Intertemporal”, jamais questão de “ato jurídico perfeito” ou “preclusão” de retratação, até porque não haveria do que se retratar, conforme demonstrado. Hoje, não somente nos meios jurídicos, mas em geral há um grave problema de incapacidade de distinção de “categorias”, o que ocasiona uma confusão intelectual altamente deletéria.

Finalmente não se pode deixar de mencionar o fato de que o Legislativo também contribui muito para o surgimento de polêmicas jurídicas desnecessárias. Neste caso

---

1 Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6297053> . Vide também voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/estelionato-exige-representacao.pdf> , acessos em 29.04.2023.

2 Vide para ilustração o voto do Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-moraes-estelionato-hc-stf.pdf> , acesso em 29.04.2023.



concreto, por exemplo, bastaria a imposição de uma “norma de transição”, tal como se fez na época da promulgação da Lei 9.099/95, com seu artigo 91, determinando *expressamente* a retroação da necessidade de representação para os casos em que se a passou a exigir e conferindo um prazo de 30 dias para que as vítimas, devidamente intimadas, se manifestassem sob pena de decadência. A ausência de “norma de transição” para o caso da exigência de representação no estelionato é que criou esse clima de controvérsia.

De qualquer forma, a partir de agora fixou o STF a retroatividade geral da representação para os casos de estelionato, salvo nas hipóteses excepcionadas pelo Código Penal e a intimação das vítimas para manifestação em 30 dias sob pena de decadência. Afinal, pode-se dizer que a iniciativa da Ministra Cármen Lúcia de submeter a questão a plenário para uniformização de entendimento foi extremamente oportuna e providencial.

## A LEI Nº 14.365/2022 E A VEDAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA DO ADVOGADO CONTRA CLIENTE PARA A GARANTIA DO SIGILO PROFISSIONAL

**SIMONE GOMES ARAÚJO:**

Graduanda em Direito pela União Educacional de Ensino Superior do Médio Tocantins (UNEST)

**GRACIELA MARIA COSTA BARROS<sup>3</sup>**

(orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo verificar se a inclusão do § 6º-I do art. 7º do Estatuto da Advocacia pela Lei nº 14.365/2022, que veda a colaboração premiada em desfavor de cliente, funciona como mecanismo para garantir o sigilo profissional, elemento indispensável para a relação cliente-advogado. O problema de pesquisa é justamente identificar se a vedação ao referido instituto contribui para a garantia do sigilo profissional. Justifica-se no meio acadêmico por ser uma temática tecnicamente recente, além de o estudo sobre o limite da atuação do advogado ser imprescindível para a compreensão de seu ofício em geral. O autor utiliza do método de abordagem teórico dedutivo e da metodologia da pesquisa jurídica, por meio da pesquisa exploratória bibliográfica, a partir de levantamento de dados científicos e empíricos, extraídos da legislação, da doutrina e da jurisprudência. O resultado extraído permite concluir que a vedação à colaboração premiada efetuada por advogado contra cliente é essencial para a conservação do sigilo profissional.

**Palavras-chave:** colaboração premiada; advogado; sigilo profissional; Lei nº 14.365/2022.

**ABSTRACT:** The present work aims to verify whether the inclusion of § 6º-I of art. 7 of the Advocacy Statute by Law nº 14.365/2022, which prohibits award-winning collaboration in disfavor of a client, works as a mechanism to guarantee professional secrecy, an indispensable element for the client-lawyer relationship. The research problem is precisely to identify whether the prohibition of said institute contributes to the guarantee of professional secrecy. It is justified in the academic environment because it is a technically recent topic, in addition to the fact that the study of the limit of the lawyer's performance is essential for the understanding of his job in general. The author uses the theoretical deductive method of approach and the methodology of legal research, through exploratory bibliographical research, based on scientific and empirical data, extracted from legislation, doctrine and jurisprudence. The extracted result allows us to conclude that the prohibition of award-winning collaboration carried out by a lawyer against a client is essential for the preservation of professional secrecy.

**Keywords:** award-winning collaboration; attorney; professional secrecy; Law No. 14.365/2022.

### 1 INTRODUÇÃO

O foco do presente artigo é o estudo sobre a Lei nº 14.365, de 2 de junho de 2022 que, dentre outras disposições, alterou a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), notadamente incluindo no rol

---

<sup>3</sup> Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos

do § 6º do art. 7º, o parágrafo § 6º-I, a fim de dispor sobre a vedação à colaboração premiada realizada por advogado em face de cliente atual ou pretérito (BRASIL, [2022a]) e sua relação com a garantia do sigilo profissional.

A referida lei trouxe ao corpo do Estatuto da Advocacia a vedação expressa da colaboração premiada pelo advogado contra quem seja ou tenha sido seu cliente, bem como a responsabilização em caso de ofensa a tal determinação, que abrange tanto a esfera administrativa quanto criminal.

Com base nisso, a problemática proposta é a seguinte: A Lei nº 14.365/2022, que incluiu no rol do art. 7º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94) o § 6º-I a vedação da colaboração premiada ao advogado contra cliente, contribui para a garantia do sigilo profissional?

A pesquisa em evidência se justifica no meio acadêmico por ser uma temática tecnicamente recente, além de o estudo sobre o limite da atuação do advogado ser imprescindível para a compreensão de seu ofício em geral. Ademais, avaliar as evoluções normativas é sempre imprescindível para que o Direito cumpra seu papel, que é afigurar-se como ciência que acompanha as mudanças sociais.

No âmbito social, destrinchar o presente assunto também é de grande valia, pois permite, não apenas à comunidade acadêmica, mas à população em geral, entender de que modo a vedação à colaboração premiada do advogado trazida pela Lei nº 14.365/2022 funciona como mecanismo para a consecução do sigilo profissional e a manutenção da confiança entre parte e patrono.

O objetivo geral do estudo em evidência é verificar, dentre as diversas alterações trazidas pela Lei nº 14.365/2022, de que modo a inclusão do § 6º-I ao art. 7º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – Lei nº 8.906/94, funciona como mecanismo para a garantia do sigilo entre advogado e seu cliente.

Os objetivos específicos são: a) estudar as principais inovações trazidas pela Lei nº 14.365/2022; b) examinar a aplicabilidade do instituto da colaboração premiada e; c) verificar como se dá a responsabilização do advogado em caso de violação do art. 7º, § 6º-I, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – Lei nº 8.906/94.

O tema em evidência é indispensável para a ideal compreensão acerca da confiança entre advogado e cliente na prestação de serviços advocatícios, como essência do ofício, caracterizando a colaboração premiada como um óbice para o regular funcionamento dessa relação jurídica.

Para que os objetivos deste trabalho sejam alcançados, o autor utiliza do método de abordagem teórico dedutivo, consistente em um método racionalista de cadeia de raciocínio descendente, isto é, parte de uma ideia central para que se cheguem a conclusões específicas, o que denota o chamado silogismo (ALMEIDA, [201-?]).

Além disso, é utilizada a metodologia da pesquisa jurídica, por meio da pesquisa exploratória bibliográfica, a fim de favorecer um real contato com a problemática proposta e suas possíveis soluções,

a partir de levantamento de dados científicos e empíricos, buscados tanto na legislação, quanto na doutrina e na jurisprudência brasileira (ALMEIDA, [201-?]).

Por fim, para promover a análise de dados utiliza-se a técnica qualitativa, pois objetiva-se com os dados coletados aprofundar-se na compreensão do tema, sem ater-se a dados numéricos, estatísticos e eventuais relações de causa e efeito (GUERRA, 2014).

A pesquisa está estruturada em três capítulos. Inicialmente será realizado um aparato geral sobre as principais alterações trazidas pela Lei nº 14.365/2022 ao teor da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), com enfoque no § 6º-I do art. 7º, de maneira a compreender o intuito do legislador com esse acréscimo.

Após, será examinada a aplicabilidade do instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico vigente, trazendo à baila eventuais precedentes nos quais tenha havido a admissão desse instituto quando proferido por advogado em desfavor de cliente.

Em seguida, será verificada de que forma se dá a responsabilização do advogado após o advento da Lei nº 14.365/2022 e a vedação da colaboração premiada, seja na esfera disciplinar, criminal, ou em ambas.

Por fim, a pesquisa se direcionará a averiguar se a Lei nº 14.365/2022 e a consequência da vedação à colaboração premiada feita por advogado contra cliente é um instrumento para a garantia do sigilo profissional, indispensável para a composição da relação entre ambos.

## **2 AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 14.365/2022 AO TEOR DA LEI Nº 8.906/94 (ESTATUTO DA ADVOCACIA)**

A referência mais remota que se pode ter da advocacia é a que se funda no estudo do direito romano, pois como advogado podia ser considerado duas espécies de ofício: a que se destinava a representar o povo e a que pertencia ao indivíduo com notável saber, os chamados jurisconsultos, responsáveis mais tarde pela *responsia prudentium* (jurisprudência) (LÔBO, 2023).

Na época romana, a função do advogado era praticamente privativa dos patrícios, tendo em vista que era a única classe que tinha acesso ao direito. Tal situação passou a ser relativizada após a edição da Lei das XII Tábuas, estendendo-se o acesso ao acervo jurídico também aos plebeus, que passaram a assumir a função de advogados leigos (LÔBO, 2023).

Contudo, a atividade da advocacia como instituição somente veio com o governo de Justino, “que constituiu no século VI a primeira Ordem dos Advogados no Império Romano do Oriente, obrigando o registro a quantos fossem advogar no foro”, (LÔBO, 2023, p. 18), exigindo-se também o preenchimento de requisitos.

No âmbito brasileiro, a figura do advogado com essência tal como é conhecida hodiernamente surgiu com a criação dos cursos jurídicos em 1827. A Ordem dos Advogados do Brasil veio posteriormente, em 1930. Mais tarde houve a edição do Estatuto da Advocacia – a Lei nº 8.906, de 04 de abril de 1994 (LÔBO, 2023).

Anteriormente a esse lapso, a advocacia no Brasil era interpretada com muita limitação, pois acreditava-se, sob a leitura dos dois estatutos que antecederam o de 1994, que apenas era advogado aquele profissional liberal e autônomo, que atuava unicamente perante o Poder Judiciário (LÔBO, 2023).

Somente com a edição do estatuto atual é que houve a previsão da atuação advocatícia extrajudicial, do advogado contratado pelo Poder Público e na esfera privada, bem como sendo o profissional que presta atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas, ressaltando-se a indispensabilidade da atuação desse profissional para a administração da justiça, recepcionando-se e disciplinando-se a previsão constitucional do art. 133 (LÔBO, 2023).

Realizado um efêmero aparato sobre o surgimento da figura do advogado, bem como enfatizada a sua importância, passa-se a analisar as influências da edição da Lei nº 14.365/2022 para o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994).

De um modo geral, a nova lei trouxe benesses para a classe de advogados, dentre as quais pode-se pontuar a ampliação da atuação profissional também “em processo administrativo e em processo legislativo, e na produção de normas” (MIGALHAS, 2023, não paginado), que passou a ser contemplada no § 2º - A do art. 2º do estatuto:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 2º - A. No processo administrativo, o advogado contribui com a postulação de decisão favorável ao seu constituinte, e os seus atos constituem múnus público. (Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022). (BRASIL, [2022a], não paginado).

A nova lei também veio enfatizar a prescindibilidade da instrumentalização da forma de prestação da atividade advocatícia, dispensando a necessidade de outorga de mandato e de se redigir contrato para a configuração de seu labor, que pode ser realizado tanto verbal quanto por escrito, a teor do que passa a dispor o § 4º do art. 5º:

Art. 5º O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato.

§ 4º As atividades de consultoria e assessoria jurídicas podem ser exercidas de modo verbal ou por escrito, a critério do advogado e do cliente, e independem de outorga de mandato ou de formalização por contrato de honorários. (Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022). (BRASIL, [2022a], não paginado).

Além disso, ampliou a pena relativa ao crime de violação das prerrogativas advocatícias a que dispõem os incisos II, III, IV e V do *caput* do art. 7º:

Art. 7º - B Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do *caput* do art. 7º desta Lei: (Incluído pela Lei nº 13.869, de 2019) [...]

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 14.365, de 2022). (BRASIL, [2022a], não paginado).

Insta sublinhar, ademais, como alterações benéficas trazidas pela Lei nº 14.365/2022 ao Estatuto da Advocacia: a) a previsão expressa da figura do advogado associado, de modo a assegurar a “autonomia contratual interna dos escritórios de advocacia.” (MIGALHAS, 2023, não paginado), disposta no art. 17-B, *caput*, e parágrafo único; b) o arbitramento de honorários nos moldes elencados pelo Código de Processo Civil (CPC), conforme § 2º do art. 22; c) o direito ao destaque de honorários (art. 22-A) e; d) a viabilidade de percepção de honorários por indicação de cliente (§ 8º do art. 28) (MIGALHAS, 2023, não paginado).

Finalmente, atendo-se à contemplação do objeto do presente trabalho, põe-se sob enfoque o § 6º - I do art. 7º do Estatuto da Advocacia, com redação dada pela nova lei, que reza:

§ 6º - I. É vedado ao advogado efetuar colaboração premiada contra quem seja ou tenha sido seu cliente, e a inobservância disso importará em processo disciplinar, que poderá culminar com a aplicação do disposto no inciso III do *caput* do art. 35 desta Lei, sem prejuízo das penas previstas no art. 154 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). (Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022). (BRASIL, [2022a], não paginado).

Indubitavelmente, a referida previsão reforçou o *múnus* da advocacia, pois a partir dessa redação, há o reforço da magnitude do sigilo profissional para o vínculo entre o profissional e seu cliente, que a despeito de já ser deduzido pelo acervo de normas relativas ao exercício da advocacia, passa a expressar por escrito a nocividade da prestação de informações de clientes atuais ou passados, bem como as punições que tal ato acarretará (ADAMS; FRAGA, 2022).

Sob essa análise, verifica-se que a nova lei trouxe uma série de alterações para o corpo do estatuto, fazendo ajustes necessários para o aperfeiçoamento da atividade do advogado, resguardando tanto seus direitos, quanto de seus clientes.

### **3 A COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL: UM BREVE ESTUDO SOBRE O INSTITUTO**

A colaboração premiada está contemplada no corpo da Lei nº 12.850/2013, podendo ser definida, conforme o art. 3º - A, incluído pela Lei nº 13.964/2019, “como o “negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.” (BRASIL, 2019, não paginado).

Posteriormente, no art. 4º da mesma lei são dispostos os critérios que deverão ser preenchidos para que o colaborador seja beneficiado, seja com a redução de pena, seja com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou até com o perdão judicial, devendo haver, além da voluntariedade e efetividade do procedimento, a obtenção de alguns dos seguintes resultados:

Art. 4º [...] I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;



II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL, 2019, não paginado).

Nas palavras Dipp (2019, p. 7),

Como observa-se a lei 12.850 aumentou os benefícios concedidos ao colaborador, prevendo, não apenas redução de pena, como também perdão judicial e substituição da pena corpórea por pena restritiva de direitos. Ampliou significativamente o rol de resultados para a concessão de possíveis benefícios. E, além disso, tanto estabeleceu direitos ao colaborador, como instituiu requisitos de validade do termo de acordo da colaboração.

A colaboração premiada é reconhecida como “meio de obtenção de elementos de prova, tem por propósito promover a rápida apuração dos ilícitos e de modo célere a aplicação das punições correspondentes em face de condutas de difícil comprovação.” (DIPP, 2019, p. 9).

Em verdade, o fundamento da colaboração premiada reside na extração de informações de um dos sujeitos geralmente incluídos em uma associação criminosa que resulte na absorção de informações sobre o crime organizado, a despeito de cada integrante ter um objetivo e meta pessoal com a realização da conduta delituosa (DIPP, 2019).

Ainda de acordo com Dipp (2019), observa-se pelo acervo legislativo atinente à colaboração ou delação premiada que o legislador passou a se preocupar paulatinamente com a disciplina desse instituto, de modo a consignar que somente se aplicará a crimes cuja organização demande dois ou mais agentes:

A principal marca da disciplina legal relativa a essa forma de colaboração nos diferentes regramentos é que ela se refere sempre a crimes praticados por mais de um agente em forma de coautoria ou coparticipação, ou de organização criminosa ou quadrilha ou bando, de modo a deixar assente que a delação ou colaboração não se aplica aos casos de crimes individuais ou sem a característica de grupo, bando, quadrilha ou organização voltada para o crime. (DIPP, 2019, p. 17).



Quanto à natureza jurídica do instituto, o Supremo Tribunal Federal (STF) posicionou-se no sentido de ratificar o que foi disposto expressamente na lei que trata sobre a colaboração premiada, dispondo que se trata de negócio jurídico bilateral firmado entre colaborador e Ministério Público, excluído da reserva de jurisdição a fixação de seus termos:

Essa característica é representada pelas normas extraídas dos §§ 6º e 7º do art. 4º da Lei 12.850/2013, as quais vedam a participação do magistrado na celebração do ajuste entre as partes e estabelecem os limites de cognoscibilidade dos termos pactuados. Trata-se, portanto, de meio de obtenção de prova cuja iniciativa não se submete à reserva de jurisdição, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a quebra do sigilo bancário ou fiscal e com a interceptação de comunicações telefônicas. (BRASIL, 2017, não paginado).

Nesse norte, nota-se a crucialidade desse acordo e meio de prova, na medida em que, levando-se em consideração o paulatino aumento dos números de crimes organizados no Brasil, a entabulação de um acordo que prevê benefícios em troca de vantagens para a elucidação e desvendamento de atividades criminosas, tal mecanismo revela-se eficaz nesse tipo de combate (BRASIL, 2022b).

Dessa forma, “o acordo de colaboração é de grande valia para os órgãos de investigação e repressão à criminalidade organizada, mas deve ser conduzido sempre em conformidade com a lei, para que as informações obtidas possam ser efetivamente utilizadas no processo penal.” (BRASIL, 2022b, não paginado).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) constantemente vem adequando a aplicação da colaboração premiada através de seus precedentes. Em 2019, no julgamento do REsp 1.728.847, de relatoria do ministro Sebastião Reis Júnior, a Sexta Turma entendeu que a aplicação da fração de diminuição de pena em troca da colaboração premiada trata-se de discricionariedade judicial, desde que haja enquadramento nos limites legais (BRASIL, 2022b, não paginado).

Além disso, em 2022, no julgamento do HC 582.678, de relatoria da ministra Laurita Vaz, a Sexta Turma entendeu que, em se tratando de crimes que envolvam concurso de agentes, sempre será possível a concessão das benesses relativas à colaboração premiada, sendo dispensável que haja organização criminosa, segundo seu conceito técnico (BRASIL, 2022b, não paginado).

No que diz respeito aos precedentes em que o colaborador era advogado, a Quinta Turma do STJ declarou nulo o procedimento da colaboração premiada, no julgamento do RHC 164.616, de relatoria do ministro João Otávio de Noronha considerando que os fatos delatados à autoridade judiciária se originaram do exercício de sua atividade profissional (BRASIL, 2022c). Consoante a ementa do julgado:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR HABEAS CORPUS. EXCEPCIONALIDADE. LEI N. 12.850/2013. COLABORAÇÃO PREMIADA FEITA POR ADVOGADO. NATUREZA JURÍDICA DE MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA. POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO. VIOLAÇÃO DE SIGILO PROFISSIONAL. ART. 34, VII, DA LEI N. 8.906/1994. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. MÁ-FÉ CARACTERIZADA. NULIDADE DO

ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. PRECEDENTES DO STF. RECURSO PROVIDO.

[...]

2. Nos termos da Lei n. 12.850/2013, o acordo de colaboração premiada é um meio de obtenção de provas, no qual o poder estatal compromete-se a conceder benefícios ao investigado/acusado sob condição de cooperar com a persecução penal, em especial, na colheita de provas contra os outros investigados/acusados.

3. É possível a anulação e a declaração de ineficácia probatória de acordos de colaboração premiada firmados em desrespeito às normas legais e constitucionais.

4. O dever de sigilo profissional imposto ao advogado e as prerrogativas profissionais a ele asseguradas não têm em vista assegurar privilégios pessoais, mas sim os direitos dos cidadãos e o sistema democrático.

5. É ilícita a conduta do advogado que, sem justa causa, independentemente de provocação e na vigência de mandato, grava clandestinamente suas comunicações com seus clientes com objetivo de delatá-los, entregando às autoridades investigativas documentos de que dispõe em razão da profissão, em violação ao dever de sigilo profissional imposto no art. 34, VII, da Lei n. 8.906/1994.

6. O sigilo profissional do advogado é premissa fundamental para exercício efetivo do direito de defesa e para a relação de confiança entre defensor técnico e cliente.

7. O Poder Judiciário não deve reconhecer a validade de atos negociais firmados em desrespeito à lei e em ofensa ao princípio da boa-fé objetiva.

8. A conduta do advogado que, sem justa causa e em má-fé, delata seu cliente, ocasiona a desconfiança sistêmica na advocacia, cuja indispensabilidade para administração da justiça é reconhecida no art. 133 da Constituição Federal.

9. Ausente material probatório residual suficiente para embasar a ação penal, não contaminado pela ilicitude, inafastável o acolhimento do pedido de trancamento da ação penal.

10. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal. (BRASIL, 2022d, não paginado).

Portanto, verifica-se que esse posicionamento é perfeitamente compatível com a garantia do sigilo profissional que deve haver entre o advogado e seu cliente. Pelo observado do precedente acima colacionado, a colaboração premiada não pôde prejudicar o delatado, pois afigurou-se como meio de prova ilícito por derivação, e em se tratando do único meio de prova trazido pela acusação, o trancamento da ação penal foi a medida imposta, ressaltando a supremacia do sigilo profissional (BRASIL, 2022d).

#### **4 A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 14.365/2022**

O Estatuto da Advocacia, em seu art. 35, prevê as possíveis punições sanções disciplinares a serem aplicadas em caso de violação aos termos do estatuto, quais sejam, a censura, a suspensão, a exclusão e a multa (BRASIL, [2022a]).

Os arts. 36, 37, 38 e 39 trazem as hipóteses de cabimento da aplicação de cada uma das sanções supramencionadas, e a aplicabilidade se dará pela gravidade da conduta do profissional advogado.

Após o advento da Lei nº 14.365/2022, no caso do advogado que venha a delatar quem seja ou tenha sido seu cliente, será cabível além da pena prevista no preceito secundário do art. 154 do Código Penal, a sanção disciplinar disposta no inciso III do caput do art. 35 do Estatuto, qual seja, a exclusão do quadro da Ordem dos Advogados do Brasil (BRASIL, [2022a]).

Dessa forma,

A partir de agora é vedado ao advogado efetuar colaboração premiada contra quem seja ou tenha sido seu cliente. O descumprimento dessa regra acarretará em processo disciplinar previsto no artigo 35º do Estatuto da Advocacia e em pena prevista no Código Penal. (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2022, não paginado).

Em regra, o advogado só será excluído do quadro da OAB em situações excepcionais. Pela observância do art. 38 do Estatuto da Advocacia, caberá a pena de exclusão após reiteradas três aplicações de suspensão e nos casos dispostos nos incisos XXVI a XXVIII do art. 34, que versa sobre as "infrações e sanções disciplinares", ou seja, nas hipóteses de "XXVI - fazer falsa prova de qualquer dos requisitos para inscrição na OAB; XXVII - tornar-se moralmente inidôneo para o exercício da advocacia; e XXVIII - praticar crime infamante." (BRASIL, [2022a], não paginado).

A inclusão da colaboração premiada no rol das condutas suscetíveis de pena de exclusão denota a seriedade de tal, como verdadeiro instrumento garantidor do sigilo profissional e do próprio fundamento da advocacia.

Até então, conforme dispõe Oliveira (2022, p. 431), quando da violação do sigilo profissional pelo advogado:

De um lado, de forma mais geral, tipifica-se a violação ao sigilo profissional como crime (art. 154, do CP) e como uma infração ética da advocacia (art. 34, VII, EOAB). Sob essa perspectiva, tem-se normas materiais que tornam ilícita a violação do sigilo, em proteção ao confitente.

Conforme o próprio § 6º-I do art. 7º do Estatuto da Advocacia passou a dispor com a vigência da Lei nº 14.365/2022, além da sanção de exclusão será cabível a condenação pelo crime a que dispõe o art. 154 do Código Penal, intitulado “violação do segredo profissional.” (BRASIL, [2023a], não paginado), cujo *caput* preconiza:

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis. (BRASIL, [2023a], não paginado).

A teor do exposto, verifica-se a preocupação do legislador, com a edição da nova lei, em punir severamente quem coloque em risco o sigilo profissional inerente à prática advocatícia, ressaltando a importância deste liame para o funcionamento da relação profissional.

Importante enfatizar, ademais, que o legislador não se ateu a dispor sobre especificações sobre o tipo de serviço prestado ao cliente a ser delatado, isto é, independentemente do serviço jurídico realizado, seja desde uma consultoria jurídica até a representação *ad judícia*, será inviável a aplicação da colaboração premiada, o que denota a indispensabilidade do sigilo profissional.

## **5 A VEDAÇÃO À COLABORAÇÃO PREMIADA FEITA POR ADVOGADO CONTRA CLIENTE E A GARANTIA DO SIGILO PROFISSIONAL**

A questão do sigilo profissional envolve a ética na advocacia. Para Santos (2011, p. 2), “ética é a parte da filosofia que se ocupa da moral.” Nesse contexto, nasce a figura tanto da ética geral quanto da ética especial.

O estudo em questão possibilita abranger o conceito de ética especial, que é aquela inerente a alguma área de atuação, seja na medicina, seja na psicologia, ou seja no direito. Nessa perspectiva, quando se fala sobre ética na advocacia, necessariamente estar-se-á realizando discussão sobre a moralidade ou não da conduta do profissional liberal denominado advogado (SANTOS, 2011).

Conforme ensina Oliveira (2022, p. 430),

Na seara dos limites jurídicos à prova, destacam-se os sigilos profissionais, que põem de fora da atividade probatória as informações adquiridas por determinadas pessoas em razão de sua função, profissão ou ofício, o que as torna confidentes necessárias. Enquadram-se nesse grupo desde os ministros religiosos aos médicos, interessando a este estudo, porém, apenas a figura do advogado.

Hodiernamente, a conduta do advogado deve observar aos ditames contemplados no seu Código de Ética e Disciplina – Resolução nº 02/2015 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2015), que estabelece parâmetros e limites para sua atuação profissional.

Nessa perspectiva, a conduta do advogado deverá zelar sempre pela moralidade, visando encaixar-se constantemente no conceito de “conduta ilibada”. Porém, não basta que o ato não seja eivado de imoralidade. É necessário, contudo, um diferencial, que nas palavras de Santos (2011, p. 21):

Há um núcleo comum a caracterizar a conduta ilibada dos profissionais do direito. Pelo mero fato de se dedicarem ao cultivo do direito, acredita-se atuem retamente. Deseja-se que os integrantes de uma função forense venham a se caracterizar pela incorruptibilidade, sejam merecedores de confiança, possam desempenhar com dignidade o seu papel de detentores da honra, da liberdade e dos demais valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

Além disso, como bem elucida Santos (2011), a relação entre cliente e advogado é personalíssima, o que incita a indelegabilidade do mandato outorgado, justificando, por consequência, a importância da confiança entre outorgante e outorgado.

Em síntese, a ética do advogado se restringe, sobretudo, na aplicação da lei. Em segundo lugar, na sua relação com seu cliente. Em terceiro, à não vinculação a um resultado benéfico ao cliente, porquanto desempenha atividade de meio, estando o sucesso da *lide* alheio ao seu controle (SANTOS, 2011).

Quanto ao sigilo profissional, como bem elucida Santos (2011), o Código de Processo Penal, em seu art. 207 fez questão de proibir “de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.” (BRASIL, [2022e], não paginado), o que inclui a figura do advogado.

Além disso, o próprio Código de Ética estendeu a possibilidade da quebra do sigilo do advogado, em se tratando de ofensa a bens jurídicos considerados pelo legislador de valor superior, consoante denota-se de seu art. 37: “O sigilo profissional cederá em face de circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, como nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra ou que envolvam defesa própria.” (BRASIL, 2015, não paginado).

Com a edição da Lei nº 14.365/2022, especialmente com a inclusão do § 6º-I do art. 7º no Estatuto da Advocacia, a opção de depor contra cliente passou a ser expressamente vedada, distanciando-se da facultatividade mesmo em hipóteses excepcionais, ressaltando a indispensabilidade do sigilo profissional.

Se acaso se parta da premissa de que a colaboração premiada realizada por advogado está vinculada necessariamente à quebra da ética do advogado, infalivelmente pode-se afirmar que tal vedação corroborou para o sigilo profissional entre advogado e seu cliente ou ex-cliente.

Importante enfatizar que com a inclusão do referido parágrafo, não foi excepcionada qualquer exceção, o que denota que muito possivelmente essa seja uma determinação que não comporte ressalvas, reservando-se posteriormente à jurisprudência ou à edição de nova lei ditar os limites de aplicação desse dispositivo.

Nas palavras de Oliveira (2022, p. 425),

O advogado é indispensável à administração da justiça e, para que possa bem exercer o seu mister, deve contar com a plena confiança daquele que representa em juízo. Essa confiança, porém, pressupõe que os segredos revelados pelo constituinte sejam protegidos e é a isso que serve o sigilo profissional.

Portanto, pela leitura do trecho acima delineado, observa-se que a defesa do sigilo profissional é o que garante o exercício do próprio mister do advogado, consubstanciado na manutenção de relação de confiança entre ele e seu constituinte.

Embora a legislação já fizesse restrições quanto à prestação de declarações pelo advogado em desfavor a seu cliente ou ex-cliente, percebe-se que a Lei nº 14.365/2022 foi acurada para, de uma vez por todas, vedar a aplicação do instituto da colaboração premiada, quando o delator for advogado, inclusive sob pena de aplicação cumulativa de sanção penal e disciplinar.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A advocacia é considerada uma profissão nobre, cujo *múnus público* é conferir aos representados a oportunidade de postularem por seus direitos e garantias fundamentais. Desde sempre a figura do advogado foi associada à defesa dos interesses não somente dos particulares, mas de toda a sociedade.

Por esse motivo, é que o legislador vem constantemente aperfeiçoando o ordenamento jurídico brasileiro para fortalecer o vínculo entre advogado e cliente, eis que se trata de uma relação pautada na confiança.

Verificou-se através do presente trabalho que a nova lei 14.365/2022 introduziu diversas alterações ao corpo do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), dentre as quais se destaca a vedação expressa da colaboração premiada feita por advogado em desfavor de quem seja ou tenha sido seu cliente (§ 6º-I do art. 7º).

De certa forma, a aludida menção expressa não causou surpresa, porquanto a própria legislação esparsa já previa dispositivos em que o sigilo profissional do advogado é inviolável e que deve prezar pela manutenção da confiança depositada por seu constituinte.

De toda forma, o legislador reputou importante mencionar a vedação expressa, já que os dispositivos editados anteriormente previam exceções à violação do sigilo profissional.

Com a edição da lei em comento, em caso de haver colaboração premiada, a sanção cabível será a aplicação da pena relativa ao art. 154 do Código Penal e a pena de exclusão do quadro da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 35, inciso III, do Estatuto da Advocacia).

Observou-se, além disso, que a norma que dispõe sobre o funcionamento da colaboração premiada é a Lei nº 12.850/2013, que prevê os critérios a serem preenchidos para que o delator seja beneficiado, que vão desde a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, até o perdão judicial, desde que haja voluntariedade e efetividade do procedimento.



A colaboração premiada afigura-se, conforme visto, como negócio jurídico bilateral firmado entre Ministério Público e colaborador, mediante o estrito cumprimento dos termos, e constitui meio de obtenção de prova hábil à rápida resolução do processo penal e à elucidação do funcionamento do crime organizado.

Observou-se também alguns julgados dos Tribunais Superiores acerca da aplicação da colaboração premiada. Dentre eles, evidenciou-se um em que foi declarado nulo o procedimento da colaboração premiada (RHC 164.616) e, considerando que se tratava do único meio de prova, houve o trancamento da ação penal em virtude da ilicitude do meio de prova por derivação.

Buscou-se, outrossim, explicar como se dá a responsabilização do advogado à luz do Estatuto da Advocacia, mediante a aplicação das sanções de censura, suspensão, exclusão e multa, inclusive, destrinchar como se dá a responsabilização do advogado após a Lei nº 14.365/2022.

No que diz respeito ao sigilo profissional, estudou-se brevemente o conceito de ética aplicável à advocacia, demonstrando que é o principal elemento que sustenta a relação entre cliente e advogado.

Enfatizou-se também que o advogado deverá zelar, sobretudo, pela correta aplicação da lei, assumindo o seu ofício uma função social. Em seguida, deverá observar os interesses de seu cliente. Por último, jamais deverá prometer um deslinde processual favorável ao seu constituinte, por ser incompatível com a natureza jurídica da responsabilidade do profissional liberal de advocacia.

Nessa senda, observa-se que a problemática proposta na pesquisa em evidência foi solucionada, chegando-se à conclusão de que a Lei nº 14.365/2022, que incluiu no rol do art. 7º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94) o § 6º-I a vedação da colaboração premiada ao advogado contra cliente, contribui para a garantia do sigilo profissional.

O estudo em evidência é substancial para entender, além do fundamento legal da nova lei, a coerência dessa norma com o ordenamento jurídico vigente e com a própria função da advocacia na sociedade, defendendo tanto interesses públicos quanto particulares.

Como desafio proposto, fica a análise da jurisprudência de agora em diante, a fim de analisar a aplicação do dispositivo incrementado, verificando-se se há algum tipo de flexibilização quanto à permissão da colaboração premiada ou se a aplicação prática se restringirá à literalidade do dispositivo em comento.

## REFERÊNCIAS

ADAMS, Luís Inácio Lucena; FRAGA, Lucas Resende. As Prerrogativas da Advocacia e as alterações da Lei nº 14.365/2022. **Revista Consultor Jurídico**, 6 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-06/publico-privado-prerrogativas-advocacia-alteracoes-lei-14365>. Acesso em: 20 mar. 2023.

ALMEIDA, Maurício Barcellos. **Noções básicas sobre metodologia de pesquisa científica**. Belo Horizonte: UFMG, [201-?]. não paginado. Disponível em: <https://mba.eci.ufmg.br/downloads/metodologia.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.



BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 1 abr. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. não paginado. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm). Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Colaboração premiada**: os entendimentos mais recentes sobre o acordo entre Estado e investigado. Brasília, DF: STJ,

04 dez. 2022b. não paginado. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/04122022-Colaboracao-premiada-os-entendimentos-mais-recents-sobre-o-acordo-entre-Estado-e-investigado.aspx>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Quinta Turma anula delação premiada feita por advogado contra seu cliente**. Brasília, DF: STJ, 10 out. 2022c. não paginado. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/20102022-Quinta-Turma-anula-delacao-premiada-feita-por-advogado-contra-seu-cliente.aspx>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus Nº 164616 - GO (2022/0135260-8)**. Recorrente: Dejair Jose Borges. Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, 27 de setembro de 2022. Brasília, DF: STJ, 30 set. 2022d. não paginado. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202201352608&dt\\_publicacao=30/09/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201352608&dt_publicacao=30/09/2022). Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022e]. não paginado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. não paginado. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm). Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito penal: colaboração premiada. Plenário do STF, **Informativo n. 870**, Brasília, DF, 19 a 30 jun. 2017. não paginado. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo870.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada**: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília, DF: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2015. Disponível em: [https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1744/1/A\\_Dela%C3%A7%C3%A3o\\_ou\\_Colabora%C3%A7%C3%A3o\\_Premiada.pdf](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1744/1/A_Dela%C3%A7%C3%A3o_ou_Colabora%C3%A7%C3%A3o_Premiada.pdf). Acesso em: 27 abr. 2023.

GUERRA, Elaine Linhares de Assis. **Manual pesquisa qualitativa**. Belo Horizonte: Grupo Ânima Educação, 2014. 47 p. Disponível em:  
<https://docente.ifsc.edu.br/luciane.oliveira/MaterialDidatico/P%C3%B3s%20Gest%C3%A3o%20Escolar/Legisla%C3%A7%C3%A3o%20e%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas/M anual%20de%20Pesquisa%20Qualitativa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. 15. ed. São Paulo: Saraivajur, 2023. *Ebook*.

MIGALHAS. Veja dez pontos positivos em nova lei que altera Estatuto da Advocacia. **Migalhas**, 3 jun. 2022. Disponível em:  
<https://www.migalhas.com.br/quentes/367353/veja-dez-pontos-positivos-em-nova-lei-que-altera-estatuto-da-advocacia>. Acesso em: 20 mar. 2023.

OLIVEIRA, Filipe Ramos. A Prova ilícita por violação ao sigilo profissional do advogado. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. maio-ago. 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62841/42354>. Acesso em: 20 mar. 2023.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Estatuto da Advocacia avança no combate à criminalização da advocacia**. Brasília, DF: Ordem dos Advogados do Brasil, 03 jun. 2022. não paginado. Disponível em: <https://www.oab.org.br/util/print/59785?print=Noticia>. Acesso em: 20 mar. 2023.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução N. 02/2015**. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, DF: Ordem dos Advogados do Brasil, 19 out. 2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

SANTOS, Rita Maria Paulina dos. A ética na advocacia. **Revista OABRJ**, Rio de Janeiro, v. 27, n. Especial, p. 13-30, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Revista-OABRJ-v.-27-n%C3%BAmero-Especial1.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2023.

## **PUBLICIDADE REGISTRAL *VERSUS* PRIVACIDADE DOS DADOS PESSOAIS: O CONFLITO ENTRE O PROVIMENTO N. 134/2022 DO CNJ E A LEI DE REGISTROS PÚBLICOS SOB A ÉGIDE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)**

**DENES DE SA SOUSA:** Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP)<sup>4</sup>

**DIOLINA RODRIGUES SANTIAGO SILVA**<sup>5</sup>  
(orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho versa sobre o conflito entre o Provimento n. 134/2022 do CNJ e a Lei de Registros Públicos, sob a égide da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), com redação dada pela Lei nº 13.853/2019. O objetivo do estudo é verificar se há conflito aparente de normas entre o referido provimento e a LRP, sob o cenário da LGPD. Dessarte, o problema da presente pesquisa é: há conflito aparente de normas entre o Provimento n. 134/2022 e a LRP no que atine às disposições concebidas sob o cenário da LGPD? A pesquisa se justifica na necessidade do entendimento sobre qual norma deverá prevalecer, a que visa atingir um bem comum, ou a que visa garantir o direito à intimidade e à privacidade. Utiliza-se da metodologia da pesquisa jurídica exploratória bibliográfica e documental e da técnica de análise de dados qualitativa. O método de abordagem teórica é o dedutivo. Afirma-se que há antinomia real entre o Provimento n. 134/2022 do CNJ e a LRP, pois ambas tratam de normas aplicáveis às matérias que regulamentam e uma não pode ser afastada em razão da aplicação da outra pelo uso de um dos critérios solucionadores de antinomias jurídicas.

Palavras-chave: antinomia jurídica; Provimento n. 134/2022; LGPD; LRP.

**ABSTRACT:** The present work deals with the conflict between Provision n. 134/2022 of the CNJ and the Public Records Law, under the aegis of the General Data Protection Law (Law No. 13,709/2018), amended by Law No. 13,853/2019. The objective of the study is to verify if there is an apparent conflict of rules between the aforementioned provision and the LRP, under the LGPD scenario. Thus, the problem of the present research is: there is an apparent conflict of norms between Provision n. 134/2022 and the LRP with regard to the provisions conceived under the LGPD scenario? The research is justified by the need for agreement on which rule should prevail, which aims to achieve a common good, or which aims to

---

<sup>4</sup> E-mail: sousa.dss@gmail.com

<sup>5</sup> Mestra em Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: diolina.santiago@unest.edu.br

guarantee the right to intimacy and privacy. It uses the methodology of bibliographical and documental exploratory legal research and the technique of qualitative data analysis. The method of theoretical approach is deductive. It is stated that there is a real antinomy between Provision n. 134/2022 of the CNJ and the LRP, as both deal with strict rules for the matters they regulate and one cannot be withdrawn due to the application of the other by using one of the criteria for resolving legal antinomies.

**Keywords:** legal antinomy; Provision n. 134/2022; LGPD; LRP.

## 1 INTRODUÇÃO

Promulgada em 14 de agosto de 2018, a Lei nº 13.709, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), com nova redação dada pela Lei nº 13.853/19, veio trazer uma série de garantias no que diz respeito aos dados pessoais, inclusive no meio digital (BRASIL, [2022a]).

O avanço tecnológico e a comunicação global resultaram na necessidade de se regulamentar mais severamente os direitos atinentes à liberdade e à privacidade dos indivíduos, considerando o progresso da migração para a vida digital, seja no que diz respeito ao comércio, seja no que diz respeito ao estabelecimento de relações pessoais.

Portanto, a intenção do legislador com a edição da referida lei foi sintetizar a ideia de proteção aos dados pessoais em um mesmo regramento, gerando a ideia de “sistema protetivo dos dados pessoais”, como mecanismo garantidor da eficácia da norma constitucional que dispõe sobre o direito à intimidade e à vida privada (GUERREIRO; TEIXEIRA, 2022).

Em observância a essa conjuntura mais garantista da proteção dos dados pessoais, foi promulgado o Provimento n. 134, de 24 de agosto de 2022 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que “estabelece medidas a serem adotadas pelas serventias extrajudiciais em âmbito nacional para o processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.” (BRASIL, 2022b, não paginado).

Portanto, o objeto de análise do presente trabalho é especificamente o conflito aparente de normas existente entre o Provimento n. 134 e a Lei de Registros Públicos (LRP) (Lei nº 6.015/1973), considerando de um lado a garantia da publicidade dos atos notariais e de outro lado o direito à proteção dos dados pessoais sob a égide da LGPD.

Dessarte, o problema da presente pesquisa é: há conflito aparente de normas entre o Provimento n. 134/2022 e a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6015/1973), no que atine às disposições concebidas sob o cenário da LGPD?

A presente pesquisa se justifica no meio acadêmico para que se entenda qual norma deverá prevalecer, a que visa atingir um bem comum, qual seja, a publicidade dos atos das serventias extrajudiciais, ou a que visa garantir o direito à intimidade e à privacidade, analisando a linha cronológica do ordenamento jurídico brasileiro nesse sentido.

No meio social, ademais, justifica-se no esclarecimento da dúvida que há entre as pessoas que necessitam de um documento que se encontra nos registros dos livros gerais e auxiliares de imóveis, bem como nos registros civis dos Cartórios de Registros Públicos no Brasil, com os objetivos das mais diversas finalidades, quanto aos critérios e exigências para que tais informações sejam fornecidas.

À vista disso, o objetivo geral é verificar se há conflito aparente de normas entre o Provimento n. 134/2022 e a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6015/1973), no sob o cenário da LGPD, quanto à necessidade de burocratização do procedimento para as solicitações de certidões e demais atos notariais e registrais no âmbito das serventias extrajudiciais de todo o país.

Os objetivos específicos são: a) estudar as principais inovações da LGPD e suas repercussões; b) conhecer o Provimento n. 134/2022 e estabelecer relação com a LGPD e; c) contrapor o Provimento n. 134/2022 e a Lei de Registros Públicos.

Para que o fim da presente pesquisa seja alcançado, é utilizada a metodologia da pesquisa jurídica exploratória bibliográfica e documental, com consultas no ordenamento jurídico vigente, em artigos acadêmicos, ou seja, fundamentada na análise e compreensão ampla e minuciosa de materiais diversos, como leis, pesquisas científicas, provimentos e recomendações das corregedorias estaduais e federal etc.

O foco da pesquisa está voltado ao estudo de dados sobre o conflito aparente de normas entre os atos normativos objetos do estudo. Os dados e informações deverão ser encontrados em pesquisas publicadas em bancos de dados de publicações referenciadas, dados de pesquisas existentes em sites, jornais e revistas, que serão analisados para obtenção dos objetivos propostos por esta pesquisa sob o método dedutivo.

Para a análise dos dados, aplicar-se-á a técnica qualitativa para entender a possibilidade de existência do referido conflito, pois a despeito de serem duas normas aplicáveis, uma prepondera a proteção de dados e o direito à privacidade de informação e a outra garante o dever de tornar públicas informações bem como o direito a publicidade de dados.

A pesquisa está estruturada em três capítulos. Inicialmente, serão abordadas as principais inovações da LGPD, bem como suas repercussões práticas, editada como garantia de direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Após, no capítulo dois, será estudado o Provimento n. 134/2022 do CNJ, especificamente a partir de seu capítulo X, que contempla dispositivos que garantem maior proteção aos dados pessoais, burocratizando, por conseguinte, a obtenção de certidões em geral e acesso ao banco de dados das serventias extrajudiciais de todo o país, contrapondo suas disposições às insertas na Lei de Registros Públicos.

Por fim, no capítulo três será estudada particularmente a questão do conflito aparente de normas que eventualmente exista entre o Provimento n. 134/2022 do CNJ e a Lei de Registros Públicos, sob o cenário da LGPD, bem como, por consequência, o conflito entre os direitos fundamentais da transparência e publicidade *versus* privacidade e intimidade.

## **2 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E AS SUAS REPERCUSSÕES QUANTO ÀS GARANTIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Anteriormente à vigência da LGPD, o ordenamento jurídico brasileiro dispunha sobre a proteção dos dados pessoais em regramentos jurídicos diversos, a exemplo do que reza o art. 5º, inciso X, que tutela a intimidade e a vida privada; o inciso LXXII, que garante o direito ao conhecimento e retificação de informações pelo indivíduo que impetra *habeas data*; a Lei de Acesso à Informação; o Código de Defesa do Consumidor (CDC); o Código Civil e; o Marco Civil da Internet (GUERREIRO; TEIXEIRA, 2022).

A aprovação da nova lei induziu a um cenário mais protecionista no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais, a partir da abrangência a princípios que “devem nortear a coleta, o compartilhamento e o tratamento dos dados pessoais, direitos básicos dos titulares dos dados pessoais, obrigações impostas aos controladores e responsáveis pelo tratamento de dados pessoais.” (GUERREIRO; TEIXEIRA, 2022, p. 17).

Conforme ensina Finkelstein (2019), a regulamentação da captação, armazenamento e disseminação dos dados pessoais tornou-se imperiosa, e exemplifica tal afirmação com respaldo em duas situações principais: a uma, mormente pelo crescente acesso das grandes empresas às informações dos consumidores nos últimos anos, ocasionando aumento de circulação de produtos e serviços; a duas, para agregar dados para fins de investigação criminal pelo Estado e assuntos atinentes ao interesse público.

Ainda segundo a concepção do aludido autor, incontestavelmente o fator preponderante que gerou esse cenário foi a migração das atividades econômicas para os meios digitais, resultando em fator de risco para o desenvolvimento de uma série de



fenômenos, sobretudo no que diz respeito à violação de direitos fundamentais tais como a privacidade:

Com o desenvolvimento da tecnologia e intensificação dos fluxos de informação, surgem novas possibilidades de armazenamento, utilização e manipulação de informações pessoais, refletindo em mudanças no conceito de direito à privacidade, de modo que a informação que antes era dispersa, torna-se organizada. Riscos que envolvem a violação à privacidade e à personalidade dos cidadãos na sociedade da informação crescem exponencialmente, como a possibilidade de uso indevido dos dados pessoais, cadastro e classificação dos indivíduos, propagandas de marketing invasivas, publicidade comportamental, vigilância estatal, utilização indevida da Big Data, coleta de dados através da Internet das coisas, entre outros. (FINKELSTEIN, 2019, p. 285).

Contudo, não se pode afirmar que a tecnologia nesse âmbito tem apenas vieses negativos. Hodiernamente, é possível auxiliar na busca de muitas informações pelas instituições estatais, para auxiliar também em investigações pela *internet* e redes sociais, sem que haja, simultaneamente, apercepção dessa possibilidade pelo usuário, mas em contrapartida sem causar-lhe incômodo, considerando a abordagem invisível e eficiente (FINKELSTEIN, 2019, p. 288).

A despeito de os dados pessoais serem severamente tutelados pelo Direito, há algumas espécies de informações que fogem a tal regra. Finkelstein (2019, p. 289) traz à baila as considerações feitas por Abreu (2001) e Boran (1996) na obra de Lucena Neto (2002), que estabeleceu classificação das informações da seguinte maneira:

- pública – informação que pode vir a público sem maiores consequências danosas ao funcionamento normal da empresa, e cuja integridade não é vital;
- interna – o acesso a esse tipo de informação deve ser evitado, embora as consequências do uso desautorizado não seja por demais sérias. Sua integridade é importante, porquanto não seja vital;
- confidencial – informação restrita aos limites da empresa, cuja divulgação ou perda pode levar a desequilíbrio operacional, e eventualmente, perdas financeiras, ou de confiabilidade perante o cliente externo, além de permitir vantagem expressiva ao concorrente;



- secreta – informação crítica para as atividades da empresa, cuja integridade deve ser preservada a qualquer custo e cujo acesso deve ser restrito a um número bastante reduzido de pessoas. A manipulação desse tipo de informação é vital para a companhia. (LUCENA NETO, 2002, não paginado *apud* FINKELSTEIN, 2019, p. 289).

O que se percebe é que a proteção da privacidade ganha novos desdobramentos a partir das novas tecnologias, o que demanda acompanhamento legislativo à altura, para ressignificar o conceito de privacidade tal como demanda a evolução do cenário tecnológico (FINKELSTEIN, 2019, p. 290).

Sob essa direção, ao usuário acessar um *site*, são preenchidos relatórios para que possa usufruir de algum serviço que ali é proporcionado. Apesar disso, a problemática evidencia-se quando do comércio dos dados coletados para empresas alheias às que o usuário tem conhecimento (FINKELSTEIN, 2019, p. 290).

Isso significa dizer que são criados verdadeiros bancos de dados dos usuários, contendo desde informações pessoais até dados relativos às atividades habituais de consumo, que posteriormente são comercializados com outras empresas, “cuja utilização encontra-se numa zona cinzenta, uma vez que nem o usuário nem o Poder Público sabem exatamente a forma da utilização destas informações” (FINKELSTEIN, 2019, p. 290), constituindo formas variadas e incertas de violação ao direito à privacidade.

A teor do esclarecido, verifica-se que a LGPD, juntamente com as demais leis que a antecederam no que diz respeito à tratativa de dados pessoais, é de mirabolante importância, para que se tente minimizar o problema evidenciado nesse panorama, seja qual, a afronta ao direito à intimidade e à vida privada manifestada pela tratativa de dados pessoais como produto objeto de transações comerciais (FINKELSTEIN, 2019).

### **3 O PROVIMENTO N. 134/2022 DO CNJ E A LEI DE REGISTROS PÚBLICOS: estabelecendo um paralelo entre os atos normativos**

Sob a promessa de se adequar às novas diretrizes inauguradas com a LGPD, em especial com vistas à tutela dos direitos à liberdade, à privacidade e ao regular desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, foi editado pelo CNJ o Provimento n. 134, de 24 de agosto de 2022, que “estabelece medidas a serem adotadas pelas serventias extrajudiciais em âmbito nacional para o processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.” (BRASIL, 2022b, não paginado).

O foco do presente trabalho, como já explicitado, é contrapor o referido provimento e a Lei de Registros Públicos, na medida em que aquele vem relativizar o direito

à publicidade e à transparência das informações públicas no Brasil, ressaltadas na Lei de Registros Públicos (LRP), para proteger direitos constitucionais fundamentais.

Por esse motivo, reserva-se não a estudar o provimento *suso* delineado na íntegra, contudo, especificamente a partir de seu capítulo X, que trata “das certidões e compartilhamento de dados com centrais e órgãos públicos”, especificamente no que atine às certidões do Registro Civil de Pessoas Naturais.

O mencionado capítulo vem trazer a necessidade de justificação no ato de lavratura de certidões perante os serviços extrajudiciais em todo o país, tanto pelo meio físico quanto telemático (art. 22), atribuindo-se ao notário a função de verificar a comprovação de tal necessidade atrelada à finalidade do ato notarial (BRASIL, 2022b).

O art. 23 do provimento prevê a possibilidade de centrais de serviços eletrônicos compartilhados solicitarem informações pessoais do cidadão, oportunidade em que menciona ser compatível com a tutela dos dados pessoais, desde que observados por essas centrais “a adequação, necessidade e persecução da finalidade dos dados a serem compartilhados.” (BRASIL, 2022b, não paginado).

A burocratização do compartilhamento de dados se estende também quando o solicitante se tratar de órgão público, sendo imprescindível, consoante os ditames do art. 24, que haja “lei ou ato normativo do órgão solicitante, ou convênio ou outro instrumento formal com objeto compatível com as atribuições e competências legais da atividade notarial e registral.” (BRASIL, 2022b, não paginado).

O § 1º do art. 24 aumenta o rol de exigibilidades para o fornecimento de informações para os órgãos públicos, exigindo-se além do cumprimento do requisito acima, que haja, com a concessão de dados, “atendimento das finalidades presentes na política pública perseguida pelo órgão,” (BRASIL, 2022b, não paginado), bem como a observância aos “protocolos de segurança da informação e evitando-se a transferência de bancos de dados, a não ser quando estritamente necessária para a persecução do interesse público.” (BRASIL, 2022b, não paginado).

Pairando dúvida, pelo notário ou registrador, sobre a devida concessão de informações no caso acima destrinchado, deverá ele consultar a Corregedoria Nacional de Justiça, em prazo estimado, com a devida justificativa (BRASIL, 2022b).

Dentre outras disposições, o capítulo X finaliza informando que em correição anual haverá a verificação se os atos notariais daquela serventia extrajudicial se amoldaram às diretrizes trazidas pela LGPD e ao Provimento n. 134/2022 (BRASIL, 2022b), denotando efetiva preocupação do CNJ com a tutela dos dados e informações pessoais dos cidadãos.

Com base nessas informações, observa-se que o novo provimento se reservou a limitar a emissão de certidões nas serventias de Registro Civil de Pessoas Naturais, objetivando-se tutela rigorosa sobre o tratamento de dados pessoais.

Contudo, como bem pontua Faleiros Júnior e Perrotta (2022), tanto o provimento quanto a LGDP foram omissos quanto às hipóteses de aceitabilidade e razoabilidade da justificativa para a emissão dessas certidões, que em regra, são de caráter público:

Uma questão que se coloca é a da exigência de indicação da finalidade para obtenção da certidão. Não há, nem por parte da lei, muito menos do Provimento, rol elucidativo acerca do que seria legítimo ou aceitável como finalidade para solicitação de uma certidão cujo conteúdo é, por disposição legal, público. A quem caberá a análise dessa finalidade? (FALEIROS JÚNIOR; PERROTTA, 2022, não paginado).

A Lei nº 6.015/1973 (LRP), em seu art. 17 dispõe que “Art. 17. Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido”, o que choca com os novos moldes trazidos pelo Provimento n. 134/2022 (FALEIROS JÚNIOR; PERROTTA, 2022).

Isso porque a LRP garante os princípios da transparência e da publicidade que são indispensáveis aos serviços notariais e registrais, ao passo que o referido provimento vem relativizar tais preceitos em busca da tutela de direitos como a intimidade e a vida privada, premissas trazidas pela LRPD para a tratativa de dados.

Esse conflito gera um panorama complexo – diga-se, um conflito aparente de normas –, devido ao fato de que são duas normas que, em tese, são aplicáveis à mesma situação fática, contudo, com embasamentos e anseios diametralmente opostos.

#### **4 O CONFLITO APARENTE DE NORMAS ENTRE O PROVIMENTO N. 134/2022 E A LEI DE REGISTROS PÚBLICOS: privacidade dos dados pessoais *versus* publicidade registral**

O ordenamento jurídico brasileiro é caracterizado pela grande quantidade de leis positivadas, sendo que tal característica decorre diretamente do modelo romano-germânico, amplamente conhecido como *civil law* (SOARES, 2019).

Dentro de um ordenamento jurídico tão extenso, e considerando ainda o constante aprimoramento ao qual as leis sempre estão sujeitas, não é raro que surjam antinomias jurídicas. Sobre o tema, destaca-se a seguinte lição:

No direito, os elementos que compõem um sistema jurídico podem entrar em conflito, surgindo, assim, as chamadas antinomias jurídicas. Geralmente, isso ocorre quando diferentes normas do mesmo ordenamento jurídico, válidas e aplicáveis ao mesmo tempo e no mesmo caso, permitem e proíbem um mesmo comportamento, o que suscita uma situação de indecidibilidade que requer uma pronta solução do aplicador do direito. (SOARES, 2019, não paginado).

Segundo os ensinamentos de Klug (1961, p. 129 *apud* DINIZ, 2019, p. 129), para os tridimensionalistas o sistema jurídico comporta outros subsistemas, quais sejam, os subsistemas de normas, de fatos e de valores, sem prevalência de um sobre os demais:

Assim, na tridimensionalidade jurídica de Miguel Reale, encontramos a noção de que o sistema jurídico, criado pelo jurista, compõe-se de um subsistema de normas, de um subsistema de fatos e de um subsistema de valores, isomórficos entre si, pois deve haver uma igualdade estrutural ou correlação entre eles. (KLUG, 1961, p. 129 *apud* DINIZ, 2019, p. 230).

Nessa senda, explica como a lacuna legal e a antinomia jurídica são geradas. A primeira resulta do conflito entre sistemas jurídicos, e a segunda origina-se de conflito no interior do subsistema: “Dessas ideias deduzimos que os elementos do sistema estão vinculados entre si por uma relação, sendo interdependentes. Se houver incongruência entre eles, temos quebra de isomorfia e lacuna, se conflito dentro do subsistema normativo, temos antinomia.” (DINIZ, 2019, p. 230).

A supressão dessas irregularidades legais é necessária para garantir segurança jurídica e harmonia do ordenamento jurídico. De acordo com Buch (1965, p. 390-391 *apud* DINIZ, 2019, p. 230-231):

O sistema jurídico deverá, teoricamente, formar um todo coerente, devendo por isso, excluir qualquer contradição lógica nas asserções, feitas pelo jurista, elaborador do sistema sobre as normas, para assegurar sua homogeneidade e garantir a segurança na aplicação do direito.

No que tange ao Provimento n. 134/2022 do CNJ, é cristalino, conforme exposto alhures, que existem disposições da legislação em comento que vão de encontro ao regramento da LRP, fato que caracteriza a existência da antinomia jurídica no caso concreto.

Posto isso, faz-se necessário diferenciar os diferentes tipos de antinomia, a fim sopesar qual seria a melhor solução ao conflito. Consoante a lição de Maciel e Madeu (2015, não paginado), “tratando-se de antinomia aparente, a utilização de critérios fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico, como o de antinomia de normas (hierarquia, cronologia e especialidade) é suficiente para obter a solução.”

Dentro de tais critérios de solução, tem-se que o hierárquico se destaca sobre os demais. Nesse sentido é a lição de Soares (2019, não paginado), que dispõe que “de todos esses critérios, o mais importante é o hierárquico, prevalecendo, inclusive, sobre os demais, quando houver um conflito entre eles, nas chamadas antinomias jurídicas de segundo grau.”

De acordo com Diniz (2019, p. 238):

O princípio *lex superior* quer dizer que em um conflito entre normas de diferentes níveis, a de nível mais alto, qualquer que seja a ordem cronológica, terá preferência em relação à de nível mais baixo. Assim p. ex. a norma constitucional prevalecerá sobre uma lei.

Na situação que lastreia a presente pesquisa, percebe-se que a incorporação da Lei de Registros Públicos se deu na modalidade de Lei Ordinária, o que pode ser confirmado mediante consulta ao sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, notadamente se consultado o PL 2267/1970, que posteriormente deu origem àquela Lei (BRASIL, 1970).

No se refere ao Provimento n. 134/2022 do CNJ, cumpre ressaltar o teor do artigo 8º, X, do regimento interno do CNJ, *in verbis*:

Art. 8º Compete ao Corregedor Nacional de Justiça, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

[...]

X- expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça. (BRASIL, 2009, não paginado).

Percebe-se, pois, que o provimento objeto deste estudo afigura-se como ato normativo do Conselho Nacional de Justiça. Sobre o tema, é importante ressaltar que o STF, no julgamento da medida cautelar na ADC/12, assentou o entendimento de que o ato

normativo editado pelo CNJ possui força para inovar no ordenamento jurídico, sendo, portanto, classificado como ato normativo primário (BRASIL, 2006).

Considerando tal julgamento, resta evidente que o critério hierárquico não resolve satisfatoriamente a questão, visto que, tal como a lei ordinária, o ato normativo editado pelo CNJ tem o condão de inovar no ordenamento jurídico, não se posicionando de maneira definitivamente inferior na escala hierárquica em relação à LRP.

No que tange aos demais critérios de solução, é importante ressaltar que a utilização do critério cronológico é prestigiada em se tratando de normas cujos inícios de vigência são distintos no tempo, e que disciplinem a mesma matéria (SOARES, 2019).

Ou ainda como ensina Diniz (2019, p. 238), o aludido critério restringe-se “somente ao conflito de normas pertencentes ao mesmo escalão. Logo, a última prevalece sobre a anterior, se com ela for incompatível, respeitando-se ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada.”

No caso em tela, em que pese a Lei de Registros Públicos e o Provimento n. 134/2022 do CNJ toquem em pontos comuns, é cristalino que os motivos que levaram às edições dos textos legais são diferentes, de modo que enquanto a legislação ordinária busca precipuamente organizar e disciplinar os registros públicos (BRASIL, 1973), o provimento se propõe a legislar com fincas na proteção de dados pessoais (BRASIL, 2022b).

Assim sendo, o cotejo das normas em espeque exclusivamente sob o critério cronológico é insuficiente, visto que a justificativa de produção das normas passaria a ser desconsiderado.

Por fim, o critério da especialidade, de acordo com Diniz (2019, p. 238)

visa a consideração da matéria normada, com o recurso dos meios interpretativos. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. Há uma diversificação do desigual. Tratamento desigual ao desigual, (segunda parte do princípio da isonomia, CF art. 5º) fazendo as diferenciações exigidas fática e axiologicamente. Realmente se, em certas circunstâncias, uma norma ordena ou permite determinado comportamento somente a algumas pessoas, as demais, em idênticas situações, não são alcançadas por ela, por se tratar de disposição excepcional, que só vale para as situações normadas.



Na hipótese de se adotar o critério da especialidade para dirimir o conflito, haveria grande risco de imprecisão na análise. Isso porque, com base no referido critério, "havendo contradição entre uma norma jurídica que regule um tema genericamente e uma norma que regule o mesmo tema de modo específico, sendo ambas de mesma hierarquia, prevalece a norma jurídica especial" (SOARES, 2019, não paginado).

No presente conflito, não há que se falar em generalidade ou especialidade, visto que, conforme demonstrado, o ponto principal da controvérsia cinge-se sobre o âmbito das normas, isto é, sobre a razão de edição daquilo que foi disciplinado, não sobre o alcance geral ou específico dos textos legais.

Caso se entenda que os critérios da hierarquia, cronologia e especialidade não são suficientes a resolver o conflito, verifica-se a existência de uma antinomia real:

Mas a colisão de direitos pode ser também resultante de uma antinomia real, que é a contradição entre duas normas emanadas de autoridades competentes em um mesmo âmbito normativo, fazendo com que o aplicador fique em uma posição insustentável, tanto pela ausência de qualquer critério normativo para sua solução como pela existência de conflito entre os critérios aptos a resolvê-la. (MACIEL; MADEU, 2015, não paginado).

Comungando do mesmo entendimento, Ferraz Jr (1978b, p.14 *apud* DINIZ, 2019, p. 231), preconiza que:

antinomia real é a oposição total ou parcial que ocorre em duas normas, emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo que coloca o sujeito (aplicador) numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um dado ordenamento.

Ademais, dispõe sobre os critérios que ambos os atos normativos deverão contemplar para que a antinomia seja caracterizada como real, sendo necessário que ambas as normas conflitantes sejam jurídicas, em vigência e integrem o mesmo ordenamento jurídico; serem emanadas de autoridades competentes e direcionando-se ao mesmo público alvo; terem premissas e objetivos diametralmente opostos e; o destinatário da norma deve permanecer em situação aparentemente insustentável em vista do conflito existente (FERRAZ JR, 1978b, p. 13-14; GAVAZZI, 1959, p. 50; PERELMAN, 1965, p. 392 *apud* DINIZ, 2019).



Dentro desse contexto, a ponderação de bens e interesses parece ser o caminho mais indicado a dirimir o conflito. Sobre a ponderação, cumpre ressaltar a lição de Soares (2019, não paginado):

Logo, com a colisão de princípios jurídicos, pode incidir mais de uma norma sobre o mesmo conjunto de fatos, como o que várias premissas maiores disputam a primazia de aplicabilidade a uma premissa menor. A interpretação jurídica contemporânea, na esteira do pós-positivismo, deparou-se, então, com a necessidade de desenvolver técnicas capazes de lidar com a natureza essencialmente dialética da ordem jurídica, ao tutelar interesses potencialmente conflitantes, exigindo um novo instrumental metodológico para aplicação de um direito justo e capaz de materializar a dignidade da pessoa humana.

Voltando-se à análise do provimento, resta evidente que os motivos elencados pelo CNJ ao editar a normativa guardam especial guarida na proteção da dignidade da pessoa humana, notadamente no que tange a informações resguardadas pela LGPD, consoante se extrai da própria motivação para edição do provimento, na literalidade:

CONSIDERANDO a necessidade de regulamentar as disposições da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, considerando as resoluções aplicáveis, como a Resolução CD/ANPD n. 02, de 27 de janeiro de 2022 (BRASIL, 2022b, não paginado).

Não se deve olvidar também que o Provimento n. 134 de 2022 do CNJ considera para a edição da normativa a publicidade dos dados notariais:

CONSIDERANDO o princípio da publicidade que orienta a prática dos atos registrais e notariais, possibilitando, inclusive, que a pessoa possa requerer certidão sem informar o motivo ou o interesse do pedido (Lei n. 6.015/1973, art. 17; Lei n. 8.934/1994, art. 1º). (BRASIL, 2022b, não paginado).

Pelo exposto, resta evidenciado que o Provimento n. 134 de 2022 do CNJ busca equalizar direitos, inclusive aqueles de natureza fundamental, de modo que não é tarefa fácil ao operador do direito ponderar acerca do conflito em evidência.

Utilizar a técnica de ponderação no caso concreto é admitir o conflito entre o direito à privacidade *versus* o direito à publicidade. Acerca do direito à privacidade, cumpre trazer à baila a seguinte lição:

Assim como os demais direitos, não se trata de um direito absoluto, encontrando várias hipóteses de limitação. Ora, como a intimidade e a vida privada são princípios constitucionais (e não regras), devem ser aplicados na maior intensidade possível, e não de forma absoluta e irrestrita. (MARTINS, 2023, não paginado).

Noutro vértice, a Lei 8.935/94 estatui em seu art. 1º que “serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.” (BRASIL, [2022c], não paginado).

Nesse sentido, percebe-se que a publicidade é um verdadeiro sustentáculo de toda a legislação afeta aos registros públicos, de modo que as normas atinentes ao tema devem se curvar à publicidade. Todavia, é necessário salientar que embora exista tal regra, há situações em que é necessária a relativização:

A Publicidade formal não é absoluta e sofre restrições nos serviços registrais quanto ao registro civil de pessoas naturais (art. 18 da Lei n. 6.015/73 – questões referentes ao nome). Na atividade notarial, há restrição no tabelionato de protestos, pois certidões de protestos cancelados só podem ser fornecidas ao próprio devedor ou por ordem judicial. (SOUZA, 2022, não paginado).

Resta evidente que o conflito entre as normas em comento diz respeito a princípios e direitos da mais elevada relevância dentro da ordem jurídica nacional. Nesse diapasão, a técnica de ponderação é de grande valia para a solução da controvérsia, devendo sempre o operador do direito se atentar à proporcionalidade no estudo do caso. Sobre o tema:

Como se deduz, o princípio da proporcionalidade funciona como importante parâmetro para orientar a atividade de sopesamento de valores do intérprete do direito, iluminando a ponderação de princípios jurídicos e, pois, de dimensões da dignidade humana eventualmente conflitantes. Descortina-se, portanto, como alternativa hermenêutica para a colisão entre os direitos fundamentais dos cidadãos, vetores que norteiam uma vida digna,

modulando a interpretação e a posterior tomada de uma decisão, diante de casos difíceis. (SOARES, 2019, não paginado).

Entretanto, o referido mecanismo não irá eliminar o conflito real entre as normas na origem, apenas na ocasião da sopesagem dos atos normativos e adequando sua aplicabilidade para a melhor resolução ao caso concreto, sob a ótica dos direitos fundamentais (DINIZ, 2019).

Por todo o exposto, resta cristalina a existência do conflito entre as disposições do Provimento n. 134/2022 do CNJ e trechos da Lei de Registros Públicos, de modo que a análise para resolução da controvérsia, a fim de melhor atender aos anseios do legislador e da sociedade, deve ser baseada na técnica de ponderação, sempre com atenção à proporcionalidade.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O fenômeno da globalização, embora satisfatório para o progresso do conhecimento científico e do domínio do ser humano, incorre em algumas problemáticas incidentais. Dentre elas, pode-se listar a trágica afronta a direitos fundamentais em virtude da violação à proteção de dados.

Em vista do paulatino número de casos envolvendo a violação da privacidade em virtude da quebra da proteção de dados pessoais, em 2019 foi aperfeiçoada a Lei do Marco Civil da Internet, implementando disposições atinentes à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A referida lei veio impor uma série de mecanismos e medidas para que direitos fundamentais indisponíveis sejam resguardados, tais como a intimidade e a vida privada, contemplados em um mesmo ato normativo. Ou seja, mudou-se o panorama anterior: a presença de dispositivos regulamentadores da proteção de dados espalhados pelo ordenamento jurídico.

A principal forma de violação de dados pessoais foi verificada pelo crescente número de circulação de bens e mercadorias pelas empresas, que muitas vezes passaram a comercializar dados de clientes, criando o cenário perfeito para a violação da privacidade dos indivíduos.

Denota-se, com efeito, que os dados pessoais passaram a ser tratados como verdadeiros produtos sujeitos à comercialização, e que a LGPD, além de coibir práticas que resultem nesse malquisto resultado, passou a ser um verdadeiro instrumento conscientizador de toda a sociedade no que diz respeito à tutela dos dados pessoais.

Também em 2022 foi editado o Provimento n. 134 do CNJ, dispondo medidas que deverão ser tomadas pelas serventias extrajudiciais em todo país para que os serviços notariais sejam prestados sob os ditames da LGPD.

Dentre outras disposições, o referido provimento veio a limitar a obtenção de certidões nos cartórios de registro civil, fazendo-se imperiosa a justificativa para que sejam concedidos dados pessoais, cuja tarefa de verificação de interesse fica conferida ao notário ou registrador, tudo com o escopo de se amoldar às disposições da LGPD.

Nesse cenário, faz-se indispensável verificar eventual conflito aparente de normas entre o Provimento n. 134 do CNJ e a Lei de Registros Públicos (LRP), na medida em que o primeiro ato normativo preza pela tutela da privatização dos dados pessoais e o segundo visa a publicidade dos atos notariais.

Verificou-se que as chamadas antinomias jurídicas costumam ser resolvidas pelos critérios da hierarquia, cronologia e especialidade, mas que nenhum dos critérios é suficiente para resolver o conflito entre o Provimento n. 134 e a LRP, pois ambos se equiparam quando analisada sob o conceito dos três critérios.

Malgrado esse panorama, resta *in casu* a aplicação da técnica de ponderação, a partir da análise do caso concreto, com observância à proporcionalidade, e com a indispensável ponderação dos direitos fundamentais contrapostos na situação fática.

Porém, verificou-se, ademais, que a referida técnica poderá ser realizada pelo órgão judicante apenas na ocasião da subsunção das leis, considerando o vício que acompanha a norma desde sua edição, restando apenas esse mecanismo para conferir ao caso concreto uma solução proporcional e tecnicamente justa.

Desse modo, é possível concluir que a presente pesquisa contemplou a problemática primitivamente proposta, atingindo o conhecimento de que há conflito entre o Provimento n. 134 do CNJ e a LRP, que deverá ser resolvido no caso concreto a partir da técnica de ponderação.

Como desafio para futuras pesquisas, remanesce a verificação de eventuais novas leis que venham a apaziguar a antinomia identificada através do presente estudo, seja limitando a aplicação de uma das leis em comento, seja recorrendo ao instituto da revogação.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em 23 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento N. 134, de 24 de agosto de 2022**. Estabelece medidas a serem adotadas pelas serventias extrajudiciais em âmbito nacional para o processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2022b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/201638>. Acesso em 24 abr. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios). Brasília, DF: Presidência da República, [2022c]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8935.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm). Acesso em 23 abr. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 2267/1970**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1970. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/201638>. Acesso em 24 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regimento Interno Nº 67 de 03/03/2009**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>. Acesso em 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Med. Caut. em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6 Distrito Federal**. Relator: Ministro Carlos Brito, 16 de fevereiro de 2006. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910>. Acesso em 23 abr. 2023.

DINIZ, Maria Helena. Conselho Nacional de Justiça. A antinomia real e a polêmica do diálogo das fontes. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 03, n. 53, p. 228-247, jul./set. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3575/371371967>. Acesso em 23 abr. 2023.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; PERROTTA, Maria Gabriela Venturoti. O provimento 134/22 do CNJ e a aplicação da LGPD aos serviços notariais e de registro. **Migalhas**, 16 set. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/373576/provimento-134-22-do-cnj-e-a-aplicacao-da-lgpd-aos-servicos-notariais>. Acesso em 24 abr. 2023.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia; FINKELSTEIN, Claudio. Privacidade e lei geral de proteção de dados pessoais. **Revista de Direito Brasileira**,

Florianópolis, v. 23, n. 9, p. 284-301, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5343/4545>. Acesso em 23 abr. 2023.

GUERREIRO, R.; TEIXEIRA, T. **Lei geral de proteção de dados pessoais**: comentada artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

LUCENA NETO, Cláudio. Função social da privacidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2834>. Acesso em: 28 abr. 2023.

MACIEL, José Fábio Rodrigues; MADEU, Diogenes. **Direito vivo**: introdução ao estudo e à teoria geral do direito. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Teoria geral do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. **Noções fundamentais de direito registral e notarial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. (Série Direito Registral e Notarial).



## **A IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA EM PERÍODO DE PANDEMIA**

**ANA GABRIELLA OBLIGADO DA CONCEIÇÃO.**

Bacharelada em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG<sup>6</sup>.

CELMA MENDONÇA MILHOMEM JARDIM<sup>7</sup>.

(orientadora)

**RESUMO:** A pandemia do Covid-19, iniciada no ano de 2020, repercutiu diretamente na vida das pessoas, especialmente no relacionamento entre elas e perante os órgãos estatais. Isto porque não havia qualquer previsão que uma mudança tão drástica poderia se impor em prol da conservação da vida e da saúde dos indivíduos. Todavia, apesar da pandemia causada pela Covid-19 demandar esforços de todo o Poder Público, os demais serviços estatais deveriam se manter, primando pela segurança da população. Neste novo contexto social, a violência contra as mulheres manteve-se em alta, especialmente em decorrência do isolamento ter aumentado o período de convivência entre os entes familiares. Assim, a pesquisa tem como objetivo geral a apresentação de uma análise científica sobre as consequências que a Covid-19 e suas regras de isolamento social geraram na fixação de medidas protetivas de urgência em favor das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Com uma análise qualitativa de material bibliográfico, com citações de doutrinadores, especialistas e entendimentos jurisprudenciais proferidos após a instauração da pandemia, a pesquisa resulta na apresentação não apenas do quadro vivenciado no Brasil, mas principalmente dos avanços e melhoramentos implementados em decorrência dos desafios impostos pela pandemia no combate à violência doméstica e familiar.

**Palavras-chave:** Medidas Protetivas. Violência Doméstica. Desafios. Pandemia. Covid-19.

### **THE IMPOSITION OF PROTECTIVE MEASURES UNDER THE MARIA DA PENHA LAW DURING A PANDEMIC PERIOD**

**ABSTRACT:** The Covid-19 pandemic, which started in 2020, had a direct impact on people's lives, especially on their relationship with state bodies. This is because there was no prediction that such a drastic change could be imposed in favor of preserving the life and

<sup>6</sup> E-mail: anagabriella430@gmail.com.

<sup>7</sup> Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi (UnirG). E-mail: mscelmamilhomem@hotmail.com

health of individuals. However, despite the pandemic caused by Covid-19 demanding efforts from all public authorities, other state services should remain in place, prioritizing the safety of the population. In this new social context, violence against women remained high, especially as a result of isolation having increased the period of coexistence between family members. Thus, the general objective of the research is to present a scientific analysis of the consequences that Covid-19 and its rules of social isolation have generated in the establishment of urgent protective measures in favor of women in situations of domestic and family violence. With a qualitative analysis of bibliographic material, with quotations from scholars, specialists and jurisprudential understandings pronounced after the onset of the pandemic, the research results in the presentation not only of the situation experienced in Brazil, but mainly of the advances and improvements implemented as a result of the challenges imposed by the pandemic in the fight against domestic and family violence.

**Keywords:** Protective Measures. Domestic violence. Challenges. Pandemic. Covid-19.

**Sumário:** Introdução. Material e Métodos. 1. A Caracterização da Violência Doméstica e Familiar. 2. Principais Disposições da Lei Maria da Penha. 3. As Medidas Protetivas de Urgência. 4. A Pandemia e seus Impactos na Fixação de Medidas Protetivas. Considerações Finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal anunciam que a segurança e integridade física é essencial ao ser humano, devendo ser assegurado pelo Estado. Portanto, cabe ao ordenamento jurídico a implementação de mecanismos de proteção aos indivíduos frente às situações de violência.

Atualmente, um dos maiores desafios, vivenciados há muitos anos, consiste no combate às agressões contra mulheres. No Brasil, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) é a base legal responsável pela criação e manutenção de todo o sistema nacional de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Composta de uma série de dispositivos, com avaliações positivas não apenas no país, mas também no âmbito internacional, uma das mais importantes disposições da Lei Maria da Penha consiste na possibilidade de serem impostas medidas protetivas de urgência em favor da vítima.

Dentre as mais variadas medidas possíveis, o afastamento do agressor do lar se apresenta mais viável, porque permanecendo em um mesmo ambiente, mais prováveis são as situações de risco e violência propriamente dita.

Apesar de todas as hipóteses de aplicação das medidas de proteção contra a violência de gênero, doméstica e familiar contra as mulheres, não se cogitava a eventualidade de uma doença altamente contagiosa que levaria todos os indivíduos a tomada de precauções e medidas de isolamento social.

As novas regras sociais de convivência, com limitação de locomoção dos indivíduos, obrigados a permanecer em suas residências por um período maior do que o anteriormente praticado, levantou o questionamento de como se daria a imposição das medidas protetivas durante a pandemia da Covid-19.

## **MATERIAIS E MÉTODOS**

O estudo científico intitulado “A imposição de medidas protetivas da Lei Maria da Penha em período de pandemia se desenvolveu no município de Gurupi-TO como conclusão do curso de graduação em direito da Universidade de Gurupi UnirG e se desenvolve através do método dedutivo, por meio de pesquisa do tipo bibliográfica, em que os dados e informações discutidas foram coletados em acervo teórico disponíveis em variados meios de busca. Quanto ao seu objetivo, a pesquisa se classifica como exploratória, ao passo que tem como finalidade ampliar o debate acerca da imposição de medidas preventivas em período pandêmico, em que é necessário atender as determinações dos órgãos de saúde pública, tornando a matéria mais conhecida no cenário jurídico e social.

Os dados e as informações obtidas por meio da pesquisa bibliográfica são analisados e discutidos por meio do método de abordagem qualitativa de dados, em que são aplicadas as técnicas de análise de discursos, de conteúdos e confrontamento de informações, com apresentação dos resultados obtidos de forma escrita, com transcrição de trechos retirados de doutrinas e de decisões jurisprudenciais acerca das medidas protetivas em período de pandemia.

### **1 A CARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR**

A ocorrência de violência contra as mulheres de forma recorrente, aliada à sensação de impunidade que a imposição das penas na forma comum aos agressores gerava em toda a sociedade, surgiu a necessidade de uma lei especial fosse sancionada com vias de proteção dessas pessoas frente as agressões ocorridas em ambiente doméstico e familiar.

A princípio, se faz necessário definir a violência doméstica e familiar como fator determinante para a aplicação da Lei Maria da Penha, cujos elementos para a sua caracterização encontram-se previstos na legislação especial:

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 (BRASIL, 2006).

Ao comentar o dispositivo de lei, Ricardo Antônio Andreucci assim resume a abrangência da Lei:

O legislador, portanto, fixou o âmbito espacial para a tutela da violência doméstica e familiar contra a mulher, o qual compreende as relações de casamento, união estável, família monoparental, família homoafetiva, família adotiva, vínculos de parentesco em sentido amplo, introduzindo, ainda, a ideia de família de fato, compreendendo essa as pessoas que não têm vínculo jurídico familiar, considerando-se, entretanto, aparentados (amigos próximos, agregados etc.) (ANDREUCCI, 2017, p. 789).

De acordo com o entendimento proferido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, somente se terá a aplicação da Lei Maria da Penha se, além da caracterização da violência segundo o citado artigo 5º, figurar como vítima dos atos, uma mulher:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AMEAÇA REALIZADA PELO IRMÃO CONTRA IRMÃ. COMPETÊNCIA. RELAÇÃO FAMILIAR. LEI MARIA DA PENHA. MOTIVAÇÃO DE GÊNERO. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Lei Maria da Penha, em seu art. 5º, dispõe que a violência doméstica e familiar contra a mulher consiste em qualquer ação ou omissão baseada no gênero, que cause morte, lesão,

sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Com efeito, a Lei n. 11.340/2006 não abrange toda e qualquer violência doméstica ou familiar contra a mulher, mas apenas aquela baseada na relação de gênero, isto é, atos de agressão motivados não apenas por questões pessoais, mas refletindo a posição cultural da subordinação da mulher ao homem ou pretendida sobreposição do homem sobre a mulher. 2. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que, [...] para que a competência dos Juizados Especiais de Violência Doméstica seja firmada, não basta que o crime seja praticado contra mulher no âmbito doméstico ou familiar, exigindo-se que a motivação do acusado seja de gênero, ou que a vulnerabilidade da ofendida seja decorrente da sua condição de mulher. Precedentes. (REsp n. 1.726.181/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 5/6/2018, DJe 15/6/2018). 3. Na hipótese dos autos, não obstante a suposta prática do delito tenha se dado no âmbito das relações domésticas e familiares, o certo é que, em momento algum, ficou demonstrado que teria sido motivado por questões de gênero, ou mesmo que os atos de agressão tenham sido motivados não apenas por questões pessoais, mas refletindo a posição cultural da subordinação da mulher ao homem ou pretendida sobreposição do homem sobre a mulher. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1858694 GO 2020/0014912-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 28/04/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/05/2020)

Sendo assim, para que seja possível analisar a aplicação das medidas protetivas e preventivas contidas na Lei Maria da Penha, primeiramente é preciso que a violência ocorrida esteja enquadrada nas disposições legais, para, ato contínuo, serem tomadas as providências em prol da proteção da vida, saúde e integridade física e mental das vítimas de violências domésticas e familiares.

## **2 PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES DA LEI MARIA DA PENHA**

O Estado Brasileiro assumiu internacionalmente o compromisso de proteger as mulheres das situações de violência no ambiente doméstico e familiar. Para pôr em prática o combate a tais práticas ilícitas, a Lei Maria da Penha foi sancionada no ano de 2006, apresentando logo nos seus artigos os objetivos pretendidos pelo legislador e as formas de prevenção às situações de violência de gênero.

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006).

A sua entrada em vigor atende também a determinação contida no parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal que prevê que "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". (BRASIL, 1988).

Trata-se de lei protetiva de todas as mulheres, independentemente de qualquer caráter discriminatório, por força do que dispõe o artigo 2º, que determina a sua aplicação independentemente da classe, raça, etnia, renda, cultura, orientação sexual, idade e religião.

Além de trazer em seu artigo 5º a definição legal de quais as violências cometidas contra a mulher estão compreendidas pela Lei Maria da Penha, esta lei traz ainda outros importantes dispositivos voltados à proteção da mulher no ambiente doméstico familiar.

Para compreender todas as violações passíveis de responsabilização segundo seus ditames, tratou o legislador de apresentar a definição de todas as formas de violência compreendidas pela Lei Maria da Penha, contidas no artigo 7º, quais sejam: física, quando ofender a integridade ou saúde corporal; a psicológica, quando causar dano emocional, diminuição da autoestima ou prejudique e perturbe o pelo desenvolvimento; sexual, quando constranger a vítima a presenciar, manter ou participar de relação sexual indesejada; patrimonial, mediante retenção, subtração, destruição de objetos e bens; e moral, consubstanciada na configuração de calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, 2006).

Sobre as formas de violência contra a mulher, o professor Damásio de Jesus leciona:

Física, sexual, psicológica, moral e patrimonial. A norma atendeu a recomendação da Convenção de Belém do Pará. Ela quebra a regra, na legislação penal brasileira, de que a lei, quando menciona somente violência, sem se referir a grave ameaça, indica somente a física. Assim, para fins de adequação dos tipos realizados no âmbito doméstico ou familiar, a expressão "violência" abrange, além de



outras, as duas formas, quais sejam, a física e a moral (grave ameaça) (JESUS, 2015, p. 65).

A legislação ainda impõe uma assistência especializada à mulher em situação de violência doméstica e familiar, prestada de forma articulada entre as autoridades policiais, o Sistema Único de Saúde e a Lei Orgânica da Assistência Social.

Com intuito de prestar o melhor acolhimento à vítima, a Lei Maria da Penha destina boa parte de seus dispositivos à regulação do atendimento prestado pela autoridade policial, a oitiva e valorização do seu depoimento, especialmente com a tomada imediata de providências que assegurem a integridade física e moral da mulher em situação de violência.

Dentre todos os seus mecanismos de proteção, a possibilidade de serem impostas medidas protetivas de urgência se destaca, uma vez que, impostas de forma imediata, têm o poder de preservar a integridade das mulheres, impedindo o contato com o agressor, nas hipóteses mais severas.

### **3 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA**

Resultado da condenação do Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA), pela omissão e negligência quanto às violações aos direitos humanos da vítima Maria da Penha, a Lei que leva o seu nome contem dentre seus dispositivos importantes mecanismos de proteção da mulher.

Isto porque, para alcançar ao resultado pretendido, não basta apenas punir de forma mais rigorosa o agressor doméstico e familiar, mas antes disso, é preciso evitar que as situações de violência aconteçam, já que a saúde e a integridade física das mulheres é que deve ser garantida.

Com previsão contida do artigo 18 ao 24 da Lei Maria da Penha, as medidas protetivas de urgência “têm como objetivo dar maior efetividade na busca pela proteção da mulher, vítima de violência doméstica. Suas espécies são destinadas tanto à vítima, quanto ao agressor para assegurar-lhe sua efetividade.” (VACCAS e ROCHA, 2019, p. 23)

Neste sentido, as medidas protetivas de urgência consistem em instrumentos preventivos com maior destaque na legislação do Brasil, as quais podem ser fixadas mediante o pedido apresentado pela ofendida ou por representante do Ministério Público:

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

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

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público (BRASIL, 2006).

De acordo com o artigo 22 da lei em estudo, as medidas protetivas de urgência aplicadas ao agressor, sozinhas ou cumulativamente, são as seguintes: suspensão da posse ou restrição do porte de armas; afastamento do lar ou local de convivência com a vítima; proibição de condutas, dentre elas a aproximação e o contato com a ofendida e seus familiares e a frequência de determinados locais; restrição ou suspensão de visitas aos filhos menores; a prestação de alimentos; o comparecimento a programas de recuperação e reeducação; e acompanhamento psicossocial (BRASIL, 2006).

Em que pese seja mais comum a fixação de medidas que obrigam o agressor, existe a possibilidade de tutelas provisórias para a ofendida, as quais compreendem o encaminhamento para um programa de proteção ou atendimento; a recondução à residência; o seu afastamento do lar sem prejuízo ao direito de partilha sobre bens; etc. (artigo 23, Lei Maria da Penha).

O que determinará qual a medida aplicada será o caso concreto, observadas as condições que envolvem o cenário de violência (VACCA e ROCHA, 2019). Contudo, em todas as hipóteses, há que estar demonstrado o preenchimento dos requisitos autorizadores, que se relacionam diretamente ao risco à integridade física, psicológica e moral da mulher vitimada.

**APELAÇÃO CRIMINAL. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. DECISÃO MANTIDA.** – Demonstrado o risco concreto e atual à integridade física e psicológica da ofendida, impõe-se a manutenção das medidas protetivas de urgência. (TJ-MG – Apelação Criminal: APR XXXXX81312968001 Belo Horizonte.

Apelação Criminal: APR XXXX-33.2018.8.13.0024. Câmaras Criminais/ 2ª Câmara Criminal, Relator Martins Jacob)

Uma vez fixada a medida, a mesma não pode ser descumprida a decisão judicial que a impôs, sob pena de caracterização do crime tipificado no artigo 24-A da Lei 11.340/2006, punido com detenção de três meses a dois anos (BRASIL, 2006).

Além da pena mencionada, admite-se ainda a aplicação de outras sanções cabíveis. Uma delas consiste na decretação de prisão preventiva com objetivo de garantia da ordem pública. Assim diz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AMEAÇA. LEI MARIA DA PENHA. PRISÃO PREVENTIVA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA, NO CASO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. As instâncias ordinárias assinalaram a necessidade da constrição cautelar do Recorrente diante da necessidade de proteção à integridade física da Vítima, bem como para evitar a reiteração criminosa, considerando o descumprimento, pelo Acusado, das medidas protetivas de urgência fixadas com base na Lei Maria da Penha. 2. A prisão preventiva do Recorrente está devidamente fundamentada, tendo em vista que a jurisprudência considera idônea a decretação da custódia cautelar fundada no descumprimento de medidas protetivas, de acordo com o previsto no art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal. Precedentes. 3. A existência de condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação ilícita e residência fixa, não é apta a desconstituir prisão processual, caso estejam presentes os requisitos de ordem subjetiva que autorizem a imposição da medida extrema, como verificado na hipótese. 4. Demonstrada pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não é possível a aplicação de nenhuma das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal. 5. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (STJ – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC XXXXX MS XXXX/XXXXX-5. T6 – Sexta Turma. Ministra Laurita Vaz. Acórdão publicado em 13/03/2020).

Apesar de apresentar várias hipóteses, o rol do artigo 22 é exemplificativo, podendo, a depender da situação, serem fixadas outras medidas de proteção da vítima de violência doméstica.

Não obstante, o que está previsto na lei e ratificado pela jurisprudência, a aplicação prática das medidas demandam uma série de consequências, especialmente quando a restrição envolve o afastamento do agressor do lar e dos locais em que a vítima frequenta de forma habitual. O principal empecilho à efetividade da lei consiste na pouca estrutura das polícias e sistemas nacionais de segurança. Em razão disso, ainda são preocupantes os números da violência contra a mulher no Brasil.

Atualmente, o Estado tem muita dificuldade de aplicar e fiscalizar as medidas protetivas de urgência, tendo em vista que há uma carência de policiais para isso, mesmo depois de serem deferidas pelo juiz. Ademais, por ser diária a violência doméstica, a demanda de ocorrência é muito grande, ocasião em que o judiciário não consegue cumprir com os prazos para deferir ou indeferir as medidas, ficando as vítimas vulneráveis e sujeitas a novas agressões (VACCAS e ROCHA, 2019, p. 37).

O problema acima tornou-se mais acentuado ainda com a imposição de medidas sanitárias a fim de impedir a transmissão do vírus da Covid-19, o que impactou de forma significativa as medidas protetivas de urgência, conforme adiante se analisa.

#### **4 A PANDEMIA E SEUS IMPACTOS NA FIXAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS**

Passados anos desde o ápice do risco, é forçoso reconhecer que a pandemia da Covid-19 impactou toda a sociedade brasileira, não apenas em relação à saúde da população, mas também o mercado de trabalho, a convivência com outros indivíduos e as relações no âmbito doméstico e familiar.

O principal motivo das mudanças residiu na necessidade de imposição de regras que limitassem a propagação da doença altamente contagiosa, compreendendo não apenas a orientação da população quanto à necessidade de busca por atendimento, mas principalmente a tomada de cuidados com a saúde, como a higiene e o uso de máscaras, por exemplo.

A fim de dar maior resultado, o ordenamento jurídico autorizou uma série de medidas por parte das autoridades competentes.

A Lei 13.979/20 concedeu às autoridades, no âmbito de suas competências, poder para decretar medidas de enfrentamento à pandemia, tais como isolamento, quarentena, realização compulsória

de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas. Todavia, no Brasil, a medida de isolamento social adotada pelos governos no combate à pandemia da Covid-19 constituiu um fator majorante das ocorrências de violência doméstica. (VIEIRA, 2022, p. 1)

Assim, as mulheres sujeitas a situações de violência foram significativamente afetadas pela pandemia, uma vez que, a necessidade de isolamento social refletiu negativamente em suas vidas, ao trazer o aumento do sofrimento vivenciado diariamente no ambiente doméstico e familiar. Ao considerar a dependência emocional e financeira do agressor, maior ainda foi o dano, uma vez que a Covid-19 contribuiu para a permanência das vítimas em relações abusivas (SOUZA e MENDONÇA, 2021).

É plausível dizer que o fator econômico também influenciou de forma significativa no aumento das ocorrências de violência doméstica, como cita Balbino (2020), o estresse dentro das residências vez que mudou totalmente a rotina familiar, intensificou também a crise financeira, bem como, na grande maioria dos lares, a redução ou perda total do salário, agregando ainda o desemprego dos trabalhadores formais e a perda de renda dos trabalhadores informais, resultando em comportamentos violentos, além do aumento da ingestão de álcool e drogas (TEIXEIRA E BRANDÃO, 2022, p. 12).

Quando o assunto se refere à imposição das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, também foram observadas mudanças relevantes quanto à condução da proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar durante as medidas de prevenção à Covid-19.

O impacto da Covid-19 foi negativo, posto que resultou no crescimento de ocorrências de violência e na solicitação de medidas protetivas:

Com base nos dados das Secretarias de Segurança Pública dos estados brasileiros, os casos de feminicídio em 2020 aumentaram aproximadamente 38% no Estado de São Paulo, quando comparados com o primeiro trimestre de 2019; no Rio de Janeiro, durante o primeiro trimestre de 2020, o índice de feminicídio tiveram um aumento de 13%; e em outros estados como Espírito Santo 30%, Ceará 60%, Rio Grande do Sul 73% e Tocantins 300% (CASACA *et al.*, 2020). Logo, os números divulgados pelo Monitor da Violência revelaram a importância da lei Maria da Penha no enfrentamento à

violência doméstica. Somente nos primeiros seis meses de 2021, período que compreendeu a segunda onda da pandemia da Covid-19 no país, 152 mil Medidas Protetivas de Urgência foram deferidas nas 24 Unidades da Federação (BUENO, 2021). Os estados que mais concederam Medidas Protetivas de Urgência foram: São Paulo, com 29.615 (crescimento de 22,8%), Minas Gerais, com 17.584 (crescimento de 13,9%) e Rio de Janeiro, com 16.236 (aumento de 19,1%). (VIEIRA, 2022, p. 1)

Diante desses números e a inegável urgência no combate à tais situações, o Congresso Nacional se diligenciou na edição de uma lei com previsão de atendimento às mulheres, mesmo durante a pandemia, em que vários serviços foram suspensos a fim de evitar o contágio das pessoas.

As autoridades do Poder Executivo Brasileiro intervieram nesse momento, através da Lei 14.022 de 2020, assinada em 07 de junho, que entrou em vigor na data de sua publicação. A lei em questão surge diante da necessidade de determinar e intensificar as medidas de proteção contra violência à mulher, além de tratar sobre medidas de enfrentamento de tal violência contra pessoas com deficiência, idoso, adolescentes e crianças, durante o período de emergência sanitária na saúde pública mundial. Esta lei foi de suma importância, já que no período de pandemia, em alguns locais os órgãos públicos não estavam em total prestação de serviços, por questões sanitárias de combate ao COVID-19. Estes ambientes que fazem parte da prestação de serviços de atendimento à essas vítimas de violência, não possuíam atendimento presencial, o que tornava ainda mais moroso e desgastantes todos esses procedimentos (MACEDO e SILVA, 2022, p. 1).

Composta por um total de nove artigos, a Lei nº. 14.022/2020 dispõe sobre o enfrentamento da violência contra mulheres em situação de violência doméstica, mas também as crianças, adolescentes, idosos e deficientes durante a emergência de saúde pública causada pelo coronavírus.

Especificamente na tomada de providências, o legislador estabeleceu no seu artigo 4º a garantia das medidas protetivas em favor da vítima ofendida:

Art. 4º Os órgãos de segurança pública deverão disponibilizar canais de comunicação que garantam interação simultânea, inclusive com possibilidade de compartilhamento de documentos, desde que gratuitos e passíveis de utilização em dispositivos eletrônicos, como



celulares e computadores, para atendimento virtual de situações que envolvam violência contra a mulher, o idoso, a criança ou o adolescente, facultado aos órgãos integrantes do Sistema de Justiça - Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, e aos demais órgãos do Poder Executivo, a adoção dessa medida.

§ 1º A disponibilização de canais de atendimento virtuais não exclui a obrigação do poder público de manter o atendimento presencial de mulheres em situação de violência doméstica e familiar e de casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra idosos, crianças ou adolescentes.

§ 2º Nos casos de violência doméstica e familiar, a ofendida poderá solicitar quaisquer medidas protetivas de urgência à autoridade competente por meio dos dispositivos de comunicação de atendimento on-line.

§ 3º Na hipótese em que as circunstâncias do fato justifiquem a medida prevista neste artigo, a autoridade competente poderá conceder qualquer uma das medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 12-B , 12-C , 22 , 23 e 24 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Pena), de forma eletrônica, e poderá considerar provas coletadas eletronicamente ou por audiovisual, em momento anterior à lavratura do boletim de ocorrência e a colheita de provas que exija a presença física da ofendida, facultado ao Poder Judiciário intimar a ofendida e o ofensor da decisão judicial por meio eletrônico (BRASIL, 2020).

Diante do exposto, restou comprovado que apesar do inegável abalo causado pelas mudanças decorrentes da tomada de precaução com a transmissão do Coronavírus, o funcionamento do atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar permanece em andamento, adequando-se às necessidades apresentadas no decorrer do período, com manutenção inclusive da fixação das medidas protetivas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Lei Maria da Pena sancionada em 2006 é reconhecidamente uma norma protetiva de extrema relevância social e jurídica, ao passo que criou mecanismos de prevenção e de repressão a atos de violência física, psicológica, patrimonial, sexual e moral praticado contra a mulher no ambiente doméstico e familiar. Assegurando a dignidade humana prevista na Constituição Federal e nas Convenções Internacionais contra atos de

violência contra a mulher, de que o Brasil é signatário, a norma é aplicada sempre que presente o risco à integridade da mulher no Brasil.

Contudo, a tomada de medidas para reduzir o contágio da Covid19 ensejou uma significativa mudança nas relações entre pessoas em todo o mundo, para garantir a todos o direito à saúde e à vida. Diante da situação de emergência e de calamidade do sistema de saúde, o Estado fixou medidas de restrição de circulação da população e recomendou a todos que permanecessem em suas residências.

Ocorre que o isolamento social e o *lockdown* resultaram em um aumento de casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres, que acabavam por manter-se em contato maior com seu agressor. Essa situação ensejou um debate acerca da atuação do poder público para garantir a integridade da mulher vítima da violência e assegurar a aplicação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) durante o período da pandemia do Coronavírus.

Como se sabe, a fixação de medidas protetivas de urgência em favor da vítima é uma das principais ferramentas de garantia da integridade da mulher previstas na Lei 11.340/2006, ao passo que, dentre outras disposições, ela impõe o afastamento imediato do agressor da residência familiar e impede sua aproximação por determinado lapso temporal.

Contudo, a aplicação dessas medidas ficou prejudicadas durante a pandemia, principalmente no seu início, quando o acesso a vários serviços públicos ficaram reduzidos em razão do isolamento domiciliar, período também em que as mulheres ficaram ainda mais expostas a atos de violência dentro de casa, quando o agressor permaneceu isolado com a vítima durante todos os dias.

Passados três anos desde a decretação de estado pandêmico da Covid19 foi possível constatar que a pandemia tornou ainda mais vulnerável a mulher, submetida a mais situações de violência doméstica e familiar em razão das medidas de isolamento, contribuindo para a permanência de mulheres em relacionamentos abusivos em razão da dependência financeira e emocional ampliada no período da pandemia.

As pesquisas demonstraram que houve um efetivo aumento no número de casos de violência dessa natureza, fato de exigiu do Poder Executivo a criação de uma lei ainda durante o período pandêmico (Lei nº. 14.022/2020), assegurando o atendimento das mulheres vítima dessa violência, impedindo que estas ficassem a mercê do agressor e que este permanecesse impune diante da suspensão de vários serviços públicos em razão da pandemia.

Portanto, em que pese o inegável aumento dos casos de violência, a pandemia acabou por possibilitar a criação de uma nova lei que facilitou o atendimento da mulher vítima de violência doméstica e familiar, permitindo o funcionamento das delegacias e órgãos de apoio ainda que de forma virtual e remota, a fim de dar maior segurança às vítimas durante o período de vulnerabilidade a que todo cidadão esteve submetido em razão do alastramento do contágio da Covid19, responsável pela dizimação da vida de uma grande parcela da população mundial.

## REFERENCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. – 12. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em 10 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 14.022, de 7 de julho de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l14022.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14022.htm)>. Acesso em 12 abr. 2023.

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006**. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

MACEDO, Maria Sthephannie Alves de; SILVA, Wirna Maria Alves da. **Violência doméstica em tempos de pandemia e as medidas protetivas contra os atos abusivos**. Direitonet, 09 de junho de 2022. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58631/violencia-domstica-em-tempos-de-pandemia-e-as-medidas-protetivas-contra-os-atos-abusivos>>. Acesso em 02 abr. 2023.

SOUZA, Roberto Barbosa de; MENDONÇA, Mayara (2021). **Violência doméstica: medidas protetivas de urgência durante a pandemia**. *Brazilian Journal of Development*, 7(12), 111288–111299. Publicado em 29 de dez. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.34117/bjdv7n12-081>>. Acesso em 08 abr. 2023.

STJ - AgRg no REsp: 1858694 GO 2020/0014912-1, Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Data de Julgamento: 28/04/2020, T5 - Quinta turma, Data de Publicação: DJe 04/05/2020.

STJ – Recurso Ordinário Em Habeas Corpus: RHC XXXXX MS XXXX/XXXXX-5. T6 – Sexta Turma. Ministra Laurita Vaz. Acórdão publicado em 13/03/2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/857236503>>. Acesso em 28 mar. 2023.

TEIXEIRA, Eduarda; BRANDÃO, Edaurdo Guimarães. **A Lei Maria Da Penha No Período Da Covid-19: Uma Análise Sobre Os Números Nos Casos De Violência Doméstica E Familiar Na Comarca De Canoas/RS**. UNIRITTER, 2022. Disponível em: <[https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/24549/1/Eduardo%20Guimar%C3%A3es%20Brand%C3%A3o-A%20Lei%20Maria%20da%20Penha%20no%20Per%3%ADodo%20da%20COVID-19\\_%20Uma%20an%C3%A1lise%20sobre%20os%20n%C3%BAmeros%20nos%20casos%20de%20viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica%20e%20familiar%20na%20Comarca%20de%20Canoas\\_RS-Eduarda%20Teixeira%20%281%29.pdf](https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/24549/1/Eduardo%20Guimar%C3%A3es%20Brand%C3%A3o-A%20Lei%20Maria%20da%20Penha%20no%20Per%3%ADodo%20da%20COVID-19_%20Uma%20an%C3%A1lise%20sobre%20os%20n%C3%BAmeros%20nos%20casos%20de%20viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica%20e%20familiar%20na%20Comarca%20de%20Canoas_RS-Eduarda%20Teixeira%20%281%29.pdf)>. Acesso em 09 abr. 2023.

TJ-MG – Apelação Criminal: APR XXXXX81312968001 Belo Horizonte. Apelação Criminal: APR XXXX-33.2018.8.13.0024. Câmaras Criminais/ 2ª Câmara Criminal, Relator Martins Jacob. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/941379180>>. Acesso em 28 mar. 2023.

VACCAS, Beatriz Souza e Lima; ROCHA, Thiago de Barros. **Lei Maria da Penha: medidas protetivas de urgência e as equipes de atendimento multidisciplinares em busca da efetividade**. Unitoledo, 2019. Disponível em: <<https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/2287>>. Acesso em 31 mar. 2023.

VIEIRA, Alex da Fonseca. **A Lei Maria da Penha e Medidas Protetivas em Tempos de Pandemia da Covid-19**. Publicado em 08 de junho de 2022. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/pandemia-da-covid-19>>. Acesso em 04 abr. 2023.

## O PAPEL DO INQUÉRITO POLICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

**HERLLAN SILVA.** Bacharelado em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG<sup>8</sup>.

FLÁVIA GONÇALVES BARROS DANTAS<sup>9</sup>.

(orientadora)

**RESUMO:** O referido trabalho objetiva em abordar os aspectos jurídicos e sociais a respeito do Inquérito Policial, importante peça procedimental no sistema jurídico. Apesar de já se encontrar normatizado, o Inquérito Policial, documento que reúne todas as provas da investigação criminal preliminar, vem sendo constantemente criticado. Muito dessa resistência reside no fato de que o Inquérito Policial aponta alguns, atrasa o período investigatório e que não respeita os princípios elementares da Carta Magna, como o contraditório e a ampla defesa. Neste trabalho apresentou-se além dessa problemática, a real eficácia prática do uso do Inquérito Policial, abrangendo desde o seu conceito, até a sua participação durante a investigação. O trabalho também focou no papel desse instrumento frente aos princípios já mencionados. Insta salientar, que também foi abordado o valor probatório do mesmo e sua real utilidade durante a ação penal. Para melhor embasamento desses estudos, o trabalho se utiliza de metodologias analíticas e com fundamentação teórica baseada em referências bibliográficas, com a releitura de obras de importantes doutrinadores jurídicos, além de pesquisas feitas pela internet de artigos e reportagens virtuais e também de jurisprudências.

**Palavras-chave:** Inquérito Policial. Processo penal. Procedimento. Relevância.

## THE ROLE OF THE POLICE INQUIRY IN BRAZILIAN LAW

**ABSTRACT:** This work aims to address the legal and social aspects about the police inquiry, an important procedural part in the legal system. Although it is already standardized, the police inquiry, a document that brings together all evidence of preliminary criminal investigation, has been constantly criticized. Much of this resistance lies in the fact that the police inquiry points some, delays the investigative period and does not respect the elementary principles of the Magna Carta, such as the contradictory and the broad defense. In this paper, the real practical efficacy of the use of the police inquiry was presented, from its concept to its participation during the investigation. The work also focused on the role

---

<sup>8</sup> E-mail: herllan.47@gmail.com.

<sup>9</sup> Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: flaviabarros@unirg.edu.br.

of this instrument in the face of the principles already mentioned. It is noteworthy that the probative value of it and its real utility was also addressed during the criminal action. For better basement of these studies, the work uses analytical methodologies and with theoretical foundation based on bibliographic references, with the rereading of works by important legal indoctrinators, as well as research done on the Internet of virtual articles and reports as well as jurisprudence.

**Keywords:** Police inquiry. Criminal proceedings. Procedure. Relevance.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Inquérito Policial: apontamentos gerais. 2.1 Dos elementos constitutivos. 3. O inquérito policial frente aos princípios do contraditório e ampla defesa. 4. O inquérito policial em contexto. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Num mundo cada vez mais violento e tumultuado, o aumento da criminalidade e da violência vem preocupando os órgãos públicos criminais. A sociedade, como a maior vítima, também vem apresentando uma enorme preocupação com esse aumento.

Nesse cenário, diversos crimes são cometidos, e todos trazem consequências desastrosas a todos os envolvidos, e também para a população em geral. Entretanto, para que esses crimes possam ser resolvidos, evitando assim crimes sem solução, deve-se ter uma forte investigação.

Nesse sentido, o presente estudo vem ao seu turno, descrever os meios investigatórios da investigação criminal. Por ser um amplo material, o presente trabalho abordou apenas a investigação preliminar, que tem como fase principal o Inquérito Policial.

Dessa forma, o Inquérito Policial, como peça procedimental inicial, é um importante instrumento de investigação e elucidação de crimes. Mesmo sendo apenas informativa, ajuda muito o Ministério Público, os magistrados e até mesmo as partes a esclarecerem os acontecimentos ocorridos (CAPEZ, 2017).

Diante disso, o Inquérito Policial é de extrema importância para as investigações, se encerrando com o relatório e dando base para a instauração da ação penal. A sua importância reside justamente no agrupamento de informações que são colhidas pelo Delegado de Polícia para que a ação penal seja formalizada com conteúdo e provas incontestáveis (CARVALHO, 2018).

Por conta disso, a escolha do presente tema se deu pela importância que esse procedimento causa nas investigações e principalmente na ação penal. Neste trabalho, além de discorrer sobre a sua origem e normatização, também se abordou a respeito do Inquérito Policial frente aos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.



Frente ao exposto, esse estudo tem como questão problemática a seguinte questão: nos dias atuais, o inquérito policial ainda é necessário para o Direito? Desse modo, buscou-se nesse estudo discorrer sobre os principais aspectos do inquérito policial brasileiro, ressaltando a sua relevância no Direito penal e sua adaptação no contexto social e jurídico atual.

A metodologia empregada foi a de revisão da literatura, tendo como fonte de pesquisa a base de dados digitais como Google, Scielo, etc., e em livros, periódicos, artigos científicos e na legislação e jurisprudência brasileira.

## **2. INQUÉRITO POLICIAL: APONTAMENTOS GERAIS**

O ato de investigar sempre esteve presente entre os indivíduos. É da natureza humana a busca da verdade através de uma investigação. Faz parte da atividade inerente a cada indivíduo. Seja para saber o que ocorre com o vizinho, seja para descobrir um segredo ou até mesmo para desvendar um crime, a investigação é uma ação praticada por todos.

Diante de uma infração penal, e com dever-poder para punir qualquer infrator que modifique a estabilidade individual ou coletiva, o Estado deve buscar meios para que essa punição seja realizada sem ferir os princípios constitucionais normatizados, entre eles, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Para que isso ocorra necessário haver a perseguição penal.

A perseguição penal “é o caminho que percorre o Estado para satisfazer a pretensão punitiva, uma vez que a este é dada o monopólio de punir – jus puniendi” (BORGES, 2017, p. 05). É todo o sistema que o Estado deve fazer para realizar a devida punição, ou seja, é o labirinto, a estrada que se percorre até chegar na sentença final.

Em âmbito brasileiro, a *persecutio criminis*, se divide em três etapas: a investigação preliminar, a ação penal e a execução penal. A primeira, conta com o Inquérito policial, objeto desse estudo, servindo também “para colher elementos aptos a ensejarem o oferecimento de uma ação penal, estruturando e dando justa causa à propositura desta, servindo para fundamentá-la” (ALMEIDA, 2019, p. 01).

Para efeito deste trabalho, abordar-se somente a respeito da investigação preparatória, que inclui o Inquérito Policial. O Inquérito Policial possui um longo histórico. Surgido ainda na Inquisição europeia no século XII, onde o processo penal era secreto, o Inquérito Policial foi uma forma processual de aplicar a inquisição. A “inquisição foi o meio usado pelos papas e reis católicos para perseguir os mouros, judeus e quaisquer outros hereges que importunavam o interesse e a vontade daqueles” (TORRES, 2018, p. 102).

De acordo com Torres (2018) o antigo Ofício criou o inquérito policial secreto, ato este que influenciou o ordenamento jurídico brasileiro e que estende até hoje com o Inquérito Policial. Em terras nacionais, até abril de 1821, quando ainda tinha ligações com Portugal, criou-se os primeiros tribunais do país, pela ordem do Príncipe Regente D. Pedro. Após o rompimento político entre os dois países, o Brasil consolidou a sua independência, tanto no aspecto jurídico quanto político.

Em 3 de dezembro de 1841 surgiu o Decreto-Lei que modificou a Constituição do Império, criando inclusive a Justiça. De acordo com Paiva (2018, p. 145) esse Decreto-Lei criou o inquérito policial, que mesmo não possuindo esse nome, "dava obrigações aos chefes de polícia de que remetessem todos os dados e provas colhidas sobre algum delito ao juízo competente, para este formar opinião sobre o caso".

Entretanto foi em 20 de setembro de 1871, já denominada como Inquérito Policial, que se efetivou a sua entrada no regimento jurídico. Previsto na Lei 2.033/71 e regulamentada pelo Decreto nº 4.824/1871.

Desde o seu surgimento na esfera legislativa do país, o Inquérito Policial sofreu diversas críticas. Em 1936, um grupo de juristas comandados pelo então Ministro da Justiça, Vicente Ráo, organizaram um projeto de um novo Código de Processo Penal, onde eliminava o Inquérito Policial.

Todavia, esse projeto não vingou, continuando o Inquérito Policial sendo previsto normativamente. Em 1941, com a entrada em vigor do Código de Processo Penal, o Inquérito Policial de fato adentrou-se no ordenamento jurídico brasileiro. Na Exposição de Motivos desse Código, argumenta Francisco Campos, então ministro do governo Vargas:

[...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos... [...] Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória e mais prudente e serena (BRASIL, 1941).

Ainda que tenham ocorrido outras críticas, é consenso que o Inquérito Policial atualmente vigente, é a melhor forma de se obter uma investigação justa, sempre

respeitando o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e dando base legal para a implementação da futura ação penal.

Muitos são os conceitos para o Inquérito Policial na doutrina jurídica. Apesar de não haver na norma uma conceituação legal, diversos doutrinadores a conceitua como um “conjunto de diligências policiais destinadas a reunir elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e a sua autoria” (MIRABETE, 2015, p. 60).

De maneira terminológica, tem-se:

O termo inquérito tem sua origem terminológica no verbo inquirir, indagar, ou seja, de forma simplória, possui um significado muito próximo com o conceito atual de inquérito policial, o qual pode ser entendido, basicamente, como o ato de averiguar os fatos jurídicos, como ocorreram e quais são seus autores (CHONG, 2019, p. 01).

Ademais, para Nucci (2017, p. 127) “o inquérito policial serve à composição das indispensáveis provas pré-construídas que serve de base a vítima para a propositura da ação penal de iniciativa privada”. Tal instituto é sempre ligada à investigação criminal, na sua fase ainda introdutória.

## 2.1 DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

O Inquérito Policial possui um longo histórico. Surgido ainda na Inquisição europeia no século XII, onde o processo penal era secreto, o Inquérito Policial foi uma forma processual de aplicar a inquisição. “A inquisição foi o meio usado pelos papas e reis católicos para perseguir os mouros, judeus e quaisquer outros hereges que importunavam o interesse e a vontade daqueles” (TORRES, 2018, p. 102).

Outros pontos se fazem necessário discorrer sobre o Inquérito Policial. *A priori*, tem-se a sua natureza jurídica, para quem Eudes Borges (2017, p. 03) afirma que o “inquérito policial não é um processo, mas sim um procedimento administrativo, por isso não constitui uma relação trilateral, já que investigado não é parte do procedimento”.

Considerado com um procedimento administrativo, o Inquérito Policial tem uma sequência de atos administrativos, além de possuir os princípios da presunção da veracidade e de legitimidade, se acrescentado o caráter informativo, preparatório e inicial da ação penal (CAPEZ, 2016).

No inquérito policial também agrupa o sigilo. Sob esse elemento, Tourinho Filho (2018, p. 59) explica que “de fato, de nada valeria, como peça investigatória, se todos os

seus atos devessem ser públicos. O sigilo deverá ser resguardado pela própria autoridade que o preside, sempre que necessário para a cabal apuração do fato criminoso”

Tem-se também a finalidade onde o Inquérito Policial “visa à apuração da existência da infração penal e à respectiva autoria, a fim que o titular da ação penal disponha de elementos que autorizem a promovê-la” (TOURINHO FILHO, 2018, p. 60). Para Capez (2017, p. 75) “a finalidade do inquérito policial é a apuração de fato que configure infração penal e a respectiva autoria para servir de base à ação penal ou às providências cautelares”.

Assim, o Inquérito Policial objetiva em reunir elementos que atestem de maneira inequívoca a existência de um delito e a indicação de seu possível autor (REIS, 2016).

Em se tratando de competência, já se encontra acatado que o delegado de polícia é o responsável pelo Inquérito Policial, onde possui essa atribuição, que é a capacidade para atuar quando da ocorrência de determinada infração, que se encontra normatizada no parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal (BARROS, 2021).

No que se referem as suas características, o Inquérito Policial possui a forma escrita, sigiloso e inquisitivo. Nesse aspecto, tem-se:

**1) Forma escrita:** De acordo com o Artigo 9º do CPP, o Inquérito Policial deve ser realizado de forma escrita, ordenada e com as folhas paginadas. A documentação em peças escritas é essencial para que a atividade policial de investigação possa ser submetida ao controle da legalidade.

**2) Sigiloso:** A autoridade policial poderá, caso seja necessário a elucidação do fato ou para preservar interesse social, decretar o sigilo do inquérito.

**3) Caráter Inquisitivo:** Decorre do fato de o procedimento desse ser constituído por atividades persecutórias que se concentram nas mãos de uma única autoridade, devendo agir de ofício, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria.

(BORGES, 2017, p. 28).

Além desses, tem-se mais duas características, que são:

**a) Ser realizado pela Polícia Judiciária** (Polícia Civil ou Federal). A presidência do inquérito fica a cargo da autoridade policial (delegado de polícia ou da Polícia Federal), que para a realização das diligências

é auxiliado por investigadores de polícia, escrivães, agentes policiais etc.

**b) É dispensável.** Para o desencadeamento da ação penal, não é obrigatória e nem necessária a existência do inquérito policial. Existem vários dispositivos no Código de Processo penal que permitem que a denúncia ou queixa sejam apresentadas com base nas chamadas peças de informação que, na verdade, podem ser quaisquer documentos que demonstrem a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade da infração penal.

(REIS, 2016, p. 27)

Com isso, o Inquérito Policial tendo esses elementos é lícito e aplicável na investigação criminal inicial, servindo, sobretudo como base para a futura ação penal a ser intentada.

### **3. O INQUÉRITO POLICIAL FRENTE AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA**

Nesse tópico serão abordados a análise dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e a sua aplicabilidade no inquérito policial. Antes, sobretudo, deve-se mencionar o que sejam esses princípios. No primeiro, encontra-se o contraditório. Este princípio consiste no "acesso do interessado à informação (conhecimento) do que foi praticado no procedimento, podendo então exercer a reação (resistência)" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2018, p. 66).

Em outras palavras, é dizer, a partir da ciência do ato persecutório o sujeito pode se contrapor aos atos desfavoráveis, sendo possível influir no convencimento da autoridade (CASTRO, 2018).

Estampado no texto constitucional no Art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, o contraditório se expressa como aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes (SANTOS; HILÁRIO, 2017).

Nas luminas palavras de Almeida (1973 *apud* CASTRO, 2018, p. 03) o contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou "alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão".

Outrossim, conceituando o princípio do contraditório infere-se que seja um dos sustentáculos fundamentais da ordem jurídica processual, sendo que sua existência garante também a ampla defesa, pois são princípios umbilicalmente interligados.

Em vista disso, encontra-se a ampla defesa. Tal princípio corresponde a uma das basilares garantias que funcionam como um base central do Estado democrático de direito. Corolário do devido processo legal, preceitua que seja possibilitado aquele cujo recai uma imputação todos os meios legais para exercer sua defesa (SANTOS; HILÁRIO, 2017).

Reconhecido constitucionalmente no art. 5º, LV, da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Além de abarcar a defesa material ou genérica pressupõe também a defesa técnica exercida em regra por advogado, reconhecida no art. 261 do Código de Processo Penal: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Nas seguintes palavras, tem-se:

princípio da ampla defesa: significa que ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5.º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal (NUCCI, 2017, p. 125).

A ampla defesa abrange a possibilidade de manifestação, seja pessoalmente (autodefesa) — em seu favor (defesa positiva) ou se abstendo de produzir prova contra si (defesa negativa) — ou por meio de defensor (defesa técnica). Nota-se, como já mencionado anteriormente, que a ampla defesa está umbilicalmente ligada ao contraditório. A primeira faceta do contraditório (direito à informação) permite que o sujeito saiba dos atos praticados, enquanto seu segundo elemento (possibilidade de reação) faculta ao indivíduo sua efetiva participação. Logo, a defesa garante o contraditório, e também por este se manifesta e é garantida (CASTRO, 2018).



Tais proposições conceituais e classificatórias acima inclina a maioria da doutrina ao entendimento que é incabível o contraditório e ampla defesa na investigação preliminar. Alguns julgados também vão por esse caminho.<sup>10</sup>

Na medida em que se refere a um procedimento e não processo; em que subsiste um viés inquisitorial que a regra é o sigilo e a discricionariedade; não existindo partes e sim meros investigados; todas essas características embarga o reconhecimento da possibilidade de contraditório nessa fase (SANTOS; HILÁRIO, 2017).

Há parcela da doutrina que admite no inquérito policial a existência de contraditório e ampla defesa, conquanto atinja direitos fundamentais do investigado e gera importantes repercussões na persecução penal, fato que não pode ser ignorado (SANTOS; HILÁRIO, 2017).

Como bem acentua Machado (2018, p. 02), o investigado tem determinadas garantias atingidas por esse procedimento pré-processual; a existência de contraditório poderia em tese aprimorar a administração da justiça uma vez que seu “exercício obstaría o andamento de um processo judicial desgastante e oneroso para todos (partes, judiciário, sociedade etc.) contribuindo para desafogar a demasia de feitos que colaboram para uma justiça lenta como a brasileira”.

Interpretação literal da Constituição Federal, que em seu artigo 5º, LV garante o contraditório e a ampla defesa aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral. Daí se conclui que não estão incluídos os investigados em inquérito policial, posto não serem litigantes ou acusados e por não constituir o procedimento policial um processo (CASTRO, 2018).

No entanto o constituinte não empregaria termos desnecessários no texto constitucional, justamente para ser cauteloso em relação a interpretações que destoassem da sua mensagem; sendo assim, o complemento adicional de acusados “em geral” não foi redigido em vão, posto que abrangeria não somente aqueles demandados em ação judicial penal, mas também aqueles imputados informalmente na investigação preliminar (CASTRO, 2018).

Ou seja, dentre os “acusados em geral” empregado no texto constitucional, mediante uma interpretação extensiva e sistemática, consistiria igualmente suspeitos e

---

<sup>10</sup> É cediço que o inquérito policial é peça meramente informativa, de modo que o exercício do contraditório e da ampla defesa, garantias que tornam devido o processo legal, não subsistem no âmbito do procedimento administrativo inquisitorial (STJ – Quinta Turma – RHC n. 57.812/PR – Rel. Min. Felix Fischer – j. em 15.10.2015 – Dje de 22.10.2015).

indiciados na medida em que o Estado já iniciara a persecução penal decretando medidas cautelares à exemplo: busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica e até mesmo a prisão etc. (MACHADO, 2018).

Nessa perspectiva, aduzem Cintra; Grinover; Dinamarco (2018, p. 67), assentando que após “o indiciamento, mesmo não sendo formal este ato, e inexistindo, ainda, a acusação propriamente dita, já há uma situação de litígio, ante a confrontação do investigado com o estado acusador”.

Ou seja, não deve se verificar vocábulos de lei para delimitar a incidência do contraditório, e sim uma situação fática lesiva ao acusado em ser acometido da eventual prática de um crime que desgasta sobremaneira sua reputação perante seus próximos, cabendo nessa linha conjectura uma imprescindível premência da observância do contraditório e ampla defesa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2018).

Além disso, o termo processo abarca o procedimento, já tendo o legislador em outras oportunidades empregado a palavra em sentido amplo, tal como no Código de Processo Penal (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 254).

Ademais, nada impede o etiquetamento do inquérito policial como processo administrativo *sui generis*, apesar da resistência em utilizar o termo processo na seara não judicial.

Não obstante não haja litígio e acusação formal, há na fase investigativa policial questões a serem contraditadas. Como já destacado no tópico inicial desse estudo, o inquérito tem a finalidade de colher elementos de informação que indiquem autoria e materialidade delitiva. Em razão disso é perfeitamente cabível o contraditório. A ausência da nomenclatura *partes* não obsta a condição de imputados em sentido amplo (MACHADO, 2018).

Neste contexto desde o ato inicial do inquérito ao final exercem coercitivamente uma atuação que impactam direitos fundamentais referentes ao estado de inocência e liberdade, bens jurídicos que não podem sofrer ameaça ou lesão sem que haja instrumentos capazes de resguardá-los.

Ainda que inexistam sanções no inquérito policial, há possibilidade de determinadas medidas que podem lesar o investigado, seja por decisão do delegado de polícia ou do juiz. Assim, apesar da doutrina tratar o inquérito apenas como simples procedimento administrativo, o fato é que são amplos os poderes exercidos nessa fase, na medida em que se deve preservar os direitos do indiciado.

Nessa perspectiva, em que pese os supracitados princípios do contraditório e ampla defesa, este relacionado a autodefesa e defesa técnica e aquele um direito ao

conhecimento do que é praticado no procedimento (ou processo) e assim esboçar a resistência contra atos que aflijam contra seu interesse; bem como a inquisitorialidade e sigilosidade para efetivação do escopo persecutório penal; a jurisprudência vem estabelecendo um juízo que media essas características diametralmente opostas no sentido de preservar princípios basilares do ordenamento jurídico (dignidade da pessoa humana) e evitar que garantias sejam expurgadas.

Prosseguindo, há no Código de processo penal no seu art. 14: “o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”, autorização para o exercício do contraditório e ampla defesa tendo em vista que o conhecimento do indiciado de uma investigação em desenvolvimento lhe possibilita requerer diligências, como aludido, oferecer contraprova (art. 306, §2º, CTB) e apresentando razões e quesitos (artigo 7º, XXI do Estatuto da OAB) (CASTRO, 2018).

Em outra perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça assenta: “apesar da natureza inquisitorial do inquérito policial, não se pode perder de vista que o suspeito (...) possui direitos fundamentais que devem ser observados mesmo no curso da investigação, entre os quais o direito ao silêncio e o de ser assistido por advogado”.<sup>11</sup>

Numa afirmação peremptória da suprema ideia de relação inquisitória plena na fase policial, reconhecendo o conjunto de direitos que possui o indiciado (MACHADO, 2018).

Desta feita, não se pode como amiúde emprega a doutrina falar numa ausência plena do contraditório e ampla defesa no âmbito da fase investigativa policial, sendo mais adequado falar numa aplicação mitigada.

Tendo isso em vista, não se pretende indagar que deva haver uma modificação substancial na fase de inquérito a ponto de obstaculizar o elemento surpresa da investigação policial. Todavia, para preservar garantias jurídico-constitucionais concomitantemente conservar as características precípuas e eficazes do inquérito.

Nestes termos, possibilitando providências garantistas que não subvertam a inquisitorialidade do inquérito policial, dá ensejo a uma persecução penal democrática protegendo os direitos fundamentais evitando que a defesa seja prescindível nessa fase haja vista os bens jurídicos em voga.

#### **4. O INQUÉRITO POLICIAL EM CONTEXTO**

---

<sup>11</sup> STJ, RHC 34322, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 02/05/2014.

Uma vez analisado o processo histórico, conceitual, legislativo e acerca da aplicabilidade dos princípios do contraditório e ampla defesa, parte-se para a análise da discussão jurisprudencial do inquérito policial no Judiciário brasileiro.

Em relação ao trancamento do inquérito policial, o artigo 10 do Código de Processo Penal estabelece como regra geral, o prazo de 30 dias para conclusão do inquérito policial, caso o indiciado esteja solto. O §3º do referido dispositivo legal prevê que é possível a prorrogação do prazo, a requerimento da autoridade policial, quando o fato for de difícil elucidação, hipótese em que as diligências necessárias deverão ser realizadas no prazo fixado pelo juiz.

Silva e Gonçalves (2020) salientam que é muito raro que esse prazo legal seja rigorosamente observado, pois é fato notório o excessivo número de inquéritos policiais em andamento, o que, aliado à carência de recursos materiais e humanos, acaba por inviabilizar a conclusão das apurações no referido período, sendo comum e amplamente admitido pela jurisprudência a flexibilidade desse prazo, com a concessão de dilações sucessivas para a finalização das investigações policiais.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu no rol de direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal (artigo 5º, LXXVIII) a garantia da razoável duração do processo.

De um lado, tem-se o dever do Estado de investigar a materialidade e autoria de fatos em tese criminosos que chegam ao seu conhecimento. De outro, o do cidadão em se ver investigado em prazo razoável.

Nesse cenário, há o trancamento do inquérito policial que possui índole excepcional, somente admitido nas hipóteses em que se denote, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade. É o que enfatiza a seguinte jurisprudência:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A DEMORA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. RECURSO PROVIDO. 1. O artigo 10 do Código de Processo Penal estabelece, como regra geral, o prazo de 30 dias para conclusão do inquérito policial, caso o indiciado esteja solto. O §3º do referido dispositivo legal prevê que é possível a prorrogação do prazo, a requerimento da autoridade policial, quando o fato for de difícil elucidação, hipótese em que as diligências necessárias

deverão ser realizadas no prazo fixado pelo juiz.

2. **O trancamento de inquérito policial possui índole excepcional, somente admitido nas hipóteses em que se denote, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.**

7. Recurso conhecido e provido para determinar o trancamento e arquivamento do Inquérito Policial nº 0000882-50.2019.8.27.2723, em relação ao recorrente, estendendo-se os efeitos ao indiciado Oziel Alves Tavares. (TJTO, Recurso em Sentido Estrito, 0015528-32.2022.8.27.2700, Rel. HELVÉCIO DE BRITO MAIA NETO, julgado em 14/02/2023, DJe 15/02/2023). (grifo meu)

Com base no caso acima citado, o recorrente está como indiciado desde abril de 2019, sem existirem indícios de materialidade e autoria delitiva, tão somente por suspeitas de que o recorrente e outra pessoa estariam traficando drogas na cidade de Recursolândia/TO. Passaram-se mais de 03 (três) anos da abertura do procedimento e nem mesmo os indiciados foram ouvidos.

Neste feito, o magistrado entendendo que inexistindo elementos probatórios mínimos que conduzam ao crime de tráfico de drogas, somado à demora na conclusão do inquérito policial, constitui constrangimento ilegal o prosseguimento de inquérito policial em desfavor do paciente.

Nesse sentido, é o entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça:

Há excesso de prazo para conclusão de inquérito policial, quando, a despeito do investigado se encontrar solto e de não sofrer efeitos de qualquer medida restritiva, a investigação perdura por longo período e não resta demonstrada a complexidade apta a afastar o constrangimento ilegal. (STJ. 6ª Turma. HC 653.299-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. Acd. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/08/2022).

Portanto, resta configurado o constrangimento ilegal no caso apresentado. Dessa forma, configurado o excesso de prazo na conclusão do Inquérito Policial, o Magistrado votou no sentido de conhecer do recurso e, no mérito, deu-lhe provimento para determinar o trancamento e arquivamento do Inquérito Policial.

Todavia, a questão do trancamento do inquérito policial não é unânime na jurisprudência. Há decisões que vão na contramão ao que fora citado no julgado anterior.

Nesse caminho, Dias (2021) entende que o trancamento do inquérito policial só é possível quando a sua instauração é manifestamente abusiva, pois o encerramento prematuro das investigações pode caracterizar risco à segurança pública, com indevida limitação das atividades próprias da polícia investigativa e do Ministério Público, inviabilizando a apuração de condutas delituosas, precipuamente porque as leis processuais não estipulam prazo para a conclusão do inquérito policial.

O supracitado autor compreende que o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de trancar o inquérito policial nas hipóteses de excesso de prazo e violação ao princípio da razoabilidade, visto que não se admite que alguém seja objeto de investigação eterna, notadamente, diante de uma situação que conduz a um evidente constrangimento, seja ele moral ou até mesmo financeiro e econômico (DIAS, 2021).

Entretanto, o autor aponta que o trancamento nessas hipóteses ocorre quando a investigação já ultrapassou o prazo de pelo menos 05 (cinco) anos sem conclusão, o que impõe a intervenção do Poder Judiciário para fazer cessar o constrangimento (DIAS, 2021).

Nesse sentido, cita-se o presente julgado:

PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE EXTENSÃO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. GESTÃO FRAUDULENTE OU TEMERÁRIA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PEDIDO DE EXTENSÃO DEFERIDO. **1. Esta Sexta Turma, por ocasião do julgamento do RHC n. 135.299/CE, acolheu a pretensão defensiva quanto ao trancamento do inquérito policial na origem, tendo em vista o reconhecimento do excesso de prazo para o seu término, bem como em função da ausência de justa causa, uma vez que, malgrado passados 6 anos do início das investigações, não foram encontrados indícios ou provas que caracterizassem a suposta prática do delito em apuração.** 2. O ora requerente, na linha do parecer ofertado pelo Ministério Público Federal, encontra-se na mesma situação do recorrente beneficiado pela concessão do writ, fazendo jus à extensão dos efeitos do acórdão proferido por esta Turma, nos termos do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal, in verbis: "No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.". 3. Pedido de extensão deferido. (STJ. PExt



no RHC n. 135.299/CE, relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021.) (grifo meu)

Outras questões além destas são discutidas em sede de inquérito policial. Tem-se por exemplo, a questão da denúncia anônima como fato que enseja um inquérito policial. Nessa situação, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que as investigações iniciadas por delação anônima são admissíveis, desde que a narrativa apócrifa se revista de credibilidade e, em diligências prévias, sejam coletados elementos de informação que atestem sua verossimilhança. Segundo o magistrado, ao receber uma denúncia anônima, a polícia não pode instaurar inquérito para averiguar sua veracidade. É o que se verifica na seguinte jurisprudência:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. NULIDADE. **DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.** ORDEM CONCEDIDA. 1. Investigações iniciadas por delação anônima são admissíveis, desde que a narrativa apócrifa se revista de credibilidade e, em diligências prévias, sejam coletados elementos de informação que atestem sua verossimilhança. Precedentes. 2. **Diante de uma mera comunicação apócrifa, não é possível instaurar-se inquérito policial para se averiguar sua veracidade. O que a denúncia anônima possibilita é a averiguação prévia e simples do que fora noticiado anonimamente e, havendo elementos informativos idôneos o suficiente, aí, sim, é viável a instauração de inquérito e, conforme o caso, a tomada de medidas extremas, como, por exemplo, a quebra de sigilo telefônico, para melhor elucidação dos fatos.** 3. [...]. (HABEAS CORPUS Nº 496.100 - SP (2019/0060824-0). STF. RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Data de Julgamento: 23/02/2021. DJe de 28/02/2021). (grifo meu)

Frente as situações expostas, finda-se esse estudo entendendo que o Inquérito Policial ainda é essencial para o Direito. No sentido de que uma conduta investigativa séria é o mínimo que deve acontecer para que sejam garantidos os direitos do indivíduo, com o uso do Inquérito Policial é possível buscar a verdade processual, chegando o mais perto possível da verdade real.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do decorrer deste estudo, ficou evidente constatar que o Inquérito Policial é extremamente importante para o funcionamento do Judiciário brasileiro. Ele é como peça-

chave do processo, ao se levar em conta todo o desdobramento dele dentro da persecução penal, sua benevolência não só para o processo em si, mas para a sociedade num todo.

Com a coleta de materiais doutrinário e jurisprudenciais, é nítido observar o quão é necessário a colheita de elementos comprobatórios de materialidade e de indícios da autoria dos delitos para que não ocorram equívocos, e isso só se torna possível através do Inquérito Policial, porque por mais que o Ministério Público possa investigar, é óbvio que ele não possui todo o aparato e as qualificações como a Polícia Judiciária, essa obrigação é dada a ela pela própria Constituinte em seu artigo 144.

Soma-se a isso, em vista dos argumentos apresentados entende-se que a incidência do contraditório e ampla defesa no inquérito é uma realidade, ainda que reconhecidamente de forma mitigada, haja vista os limites intransponíveis para ter uma investigação preliminar efetiva, à exemplo da assecuração do sigilo como fator surpresa da persecução penal pré-processual.

Tendo isso em vista, como já foi abordada literalidade dos dispositivos legais não tem o fito de suplantar uma interpretação em conformidade com as garantias e direitos fundamentais, posto que a interpretação deva ser harmoniosa com a carta da república no sentido de solidificar reforçar o devido processo legal – onde se situa o contraditório e ampla defesa.

Ainda assim, se verificou os pontuais aplicações do contraditório e ampla defesa no âmbito de exercício de defesa, consistindo em reconhecimento assentado na jurisprudência, bem como alguns doutrinadores que se enteiam nessa linha.

Perante tudo o que aqui foi defendido, fica evidente a necessidade de evidenciar a importância do Inquérito Policial, visto que ele é a melhor ferramenta que o ordenamento penal dispõe para solucionar crimes sem abrir mão dos direitos e garantias das pessoas.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Marcelo Mazella de. **Histórico do inquérito policial no Brasil**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 maio 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37218&seo=1>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BARROS, Francisco Dirceu. **Tratado Doutrinário de Direito Penal**. vol. 2. 2ª Edição. Editora: Mizuno, 2021.

BORGES, Eudes. **Persecução Penal e Inquérito Policial**. 2017. Disponível em: <http://eudesferreira.blogspot.com.br/2011/04/persecucao-penal-e-inquerito-policial.html>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm). Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 14**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> Acesso em: 27 mar. 2023.

CARVALHO, Jefferson Moreira de. **Prisão e Liberdade Provisória**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTRO, Henrique Hossmann Monteiro de. **Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>. Acesso em: 29 mar. 2023.

CHONG, Daniela Zoila Ribeiro. **O valor probatório do inquérito policial**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2019. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13727&revista\\_caderno=22](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13727&revista_caderno=22). Acesso em: 26 mar. 2023.

CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2018.

DIAS, Adriana Faria Guimarães Andrade. **Indispensabilidade do inquérito policial**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no curso de Direito da Faculdade de Inhumas (FACMAIS). Inhumas, 2021.

GONÇALVES, Eduardo Rodrigues. **Direito fundamental ao contraditório no inquérito policial: nova perspectiva à luz da jurisprudência do STF**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2018. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12789](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12789). Acesso em: 29 mar. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **O inquérito policial goza de contraditório (mitigado) e defesa (limitada)**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-04/academia-policia-inquerito-policial-goza-contraditorio-mitigado-defesa-limitada>. Acesso em: 27 mar. 2023.

MANCO, Lucas Sanches. **A polícia judiciária como instrumento do garantismo penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5734, 14 mar. 2019.

MARQUES, José Frederico. **Apontamentos sobre Processo Criminal Brasileiro**. Revista dos Tribunais, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTOS, Cícero Yuri Silva; HILÁRIO, Antônio Ivan Amorim. **Aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60248/aplicabilidade-do-contraditorio-e-ampla-defesa-no-inquerito-policial>. Acesso em: 28 mar. 2023.

SILVA, Paulo Ricardo Pereira; GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **As características e o desdobramento do inquérito policial: aplicabilidade dos direitos fundamentais de ampla defesa e do contraditório**. Anais do congresso de políticas públicas e desenvolvimento social da faculdade PROCESSUS. Ano II, Vol.II, n.4, jan./jul., 2020.

TORRES, Andréia. **Direitos Humanos e sistema penitenciário**. São Paulo: Cortez, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 18ª edição. Editora: Saraiva Jur, 2018.

## A DESCREDIBILIDADE DA SAÍDA TEMPORÁRIA FRENTE À INTERPOSIÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL E A PREMISSA DA REEDUCAÇÃO SOCIAL

**VALDENI DE SOUSA BRITO:**  
Acadêmico de Direito. Universidade  
de Gurupi - UNIRG<sup>12</sup>.

CELMA MENDONÇA MILHOMEM JARDIM<sup>13</sup>.

(orientadora)

**RESUMO:** Este estudo tem como objetivo apontar os requisitos impostos para a concessão do benefício da saída temporária, e também descrever a importância da reeducação social de detentos através da saída temporária, por meio de uma análise bibliográfica acerca da aceitação da população quanto a credibilidade da ressocialização que intui o instituto, bem como apresentar os direitos fundamentais que compõem a justificativa deste benefício. A presente pesquisa adequando-se ao critério Cidadania, busca através da Legislação de Execução Penal, Súmulas Vinculantes e também a Doutrina Brasileira esclarecer acerca da natureza das Saídas Temporárias, a sua relevância no processo socioeducativo e principalmente apontar as possíveis causas da descredibilidade das saídas temporárias frente aos direitos fundamentais. Para tanto, foram utilizados a Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal, a Súmula Vinculante nº 520 do STJ e artigos científicos e doutrinas brasileiras para a composição lógica e assertiva deste estudo.

**Palavras-chave:** Lei de Execução Penal. Saída Temporária. Direito Penal. Reeducação Social.

**ABSTRAT:** This study aims to point out and describe the requirements imposed for the granting of the temporary leave benefit, proposing a bibliographical analysis about the population's acceptance regarding the credibility of the resocialization that the institute foresees, as well as presenting the fundamental rights that make up the justification of this benefit. The present research adapting to the Citizenship criterion, seeks through the Legislation of Penal Execution, Binding Precedents and also the Brazilian Doctrine to clarify about the nature of the Temporary Exits, its relevance in the socio-educational process and mainly to point out the possible causes of the discredit of the temporary exits against fundamental rights. For this purpose, Law nº 7.210/84 – Penal Execution Law, Binding

---

<sup>12</sup> E-mail: [valbritop21@gmail.com](mailto:valbritop21@gmail.com)

<sup>13</sup> Mestre em Direito Administrativo - UFRGS. Professora de Direito na Universidade de Gurupi - UNIRG. E-mail: [mscelmamilhomem@hotmail.com](mailto:mscelmamilhomem@hotmail.com)

Precedent nº 520 of the STJ and scientific articles and Brazilian doctrines were used for the logical and assertive composition of this study.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Execução penal. 1.1 Requisitos para saída temporária. 1.2 Reeducação social de detentos pela saída temporária. Conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

As Saídas Temporárias têm sido tema de debate desde a sua aprovação pela Câmara dos Deputados em 2010, e, a descredibilidade se dá pela ausência de informações ou informações distorcidas acerca do instituto.

O objetivo desse benefício é dar ao reeducando a possibilidade de manutenção dos seus laços familiares, permitir que ele tenha a oportunidade de estudar e se qualificar para o mercado de trabalho para, quando alcançar a liberdade, poder ter oportunidades para garantir o seu sustento lícitamente e auxiliar para que tenha um convívio social íntegro, pacífico e harmonios (MEIRELES 2020).

A ideia de ressocializar o detento parte do questionamento da funcionalidade do sistema prisional brasileiro, a penalidade deve ter caráter ressocializador para que tenha efeito. Historicamente, o Direito possui um extremismo muito grande quanto a punibilidade e o valor social da penalidade, e essa herança histórica proveniente da Lei do Talião ainda se encontra arraigada no modo de pensar da população, onde se busca muito mais a vingança do que a justiça quando se trata dos direitos fundamentais.

A efetivação da Saída Temporária em muito diz respeito ao processo de aceitação da sociedade frente a novas oportunidades aos reeducando, e neste sentido LANA (et al, 2012, p. 02) é assertivo em determinar:

Entender o instituto de saída temporária nos casos em que o condenado cumpre pena em regime semiaberto é de suma importância para pensar a respeito de sua utilidade para a sociedade. Vale ressaltar, que o benefício da saída temporária é essencial para humanizar o condenado, como também, a sua concessão ajusta-se perfeitamente às perspectivas ressocializadora da pena.

Cabe a população compreender a necessidade de reeducação de detentos, para torná-los aptos ao convívio social e mudar as suas respectivas realidades, retornando este indivíduo a sociedade sem que o deixe a mercê da criminalidade novamente, sendo direito fundamental a liberdade, a educação e a vida, no âmago da dignidade.

Neste sentido, o presente estudo possui como objetivo apontar os requisitos impostos para a concessão do benefício da saída temporária, e também descrever a



importância da reeducação social de detentos pela saída temporária, por meio de uma análise bibliográfica acerca da aceitação da população quanto a credibilidade da ressocialização que intui o instituto, bem como apresentar os direitos fundamentais que compõem a justificativa deste benefício. Este artigo é uma revisão bibliográfica integrativa, que busca com análise de textos e dados que partem de uma leitura secundária de artigos, periódicos e jurisprudências que tratam do tema escolhido.

## **1 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL**

A Lei nº 7.210/84 instituiu a Execução Penal no Brasil, cujas inúmeras decisões incluíram a saída temporária (para visitas a familiares, possibilidade de trabalho e estudos principalmente), que foi conceituada como um benefício concedido aos detentos do regime semiaberto para que pudessem retornar à sociedade para atividades específicas.

Para Nunes e Silva (2022), trata-se de um benefício concedido aos condenados, com direito a benefícios de saída temporária, e tem como previsão legal a lei de execução penal, não está relacionada à visita de parentes, com o objetivo de cursar o Ensino Médio, um profissionalizante ou superior. Assim como também, participar de atividades que promovam a reintegração à vida social com concessões como comportamento adequado.

Dessa forma, o que precisa ser esclarecido com urgência é que não se trata de um benefício aleatório que geralmente se acredita ser dado à vontade, mas de uma série de condições que precisam ser atendidas para conquistar as saídas temporárias. Nunes e Silva (2022, p. 04) ainda esclarece acerca dos objetivos da saída temporária:

Não havendo saída temporária ao réu preso que esteja em regime fechado ou acautelamento provisório, sendo regime aberto a legislação não prevê o benefício vez que o mesmo já se encontra em liberdade de circulação, sem olvidar que a saída temporária lembra a finalidade da pena que é a ressocialização, devendo ser observado inclusive a realidade de normas infringidas a caso não houver a concessão do benefício de acordo com o extraído na Lei de Execuções Penais.

Quando se fala em criminalização, não é por acaso que primeiro vem à mente a privação de liberdade, prisões superlotadas, pessoas que cometem todo tipo de crimes (dos mais simples aos mais graves e violentos), falta de proteção, higiene pessoal, saneamento, falta de saúde, falta de recursos alimentares, enfim, um lugar extremamente vergonhoso e hostil para qualquer pessoa.

Acontece que as penas privativas de liberdade não são as únicas penas existentes no ordenamento jurídico, pois, uma vez preenchidos os requisitos legais, a pena privativa de liberdade do infrator pode ser substituída por pena legalmente restritiva, como a prestação de dinheiro ou a prestação dos serviços sociais, digamos, para que ele não fosse preso, porém, a prisão imaginária acima, com as características acima elencadas, surgiria aos montes nos quatro cantos do Brasil (FILHO, 2015).

Apesar das más condições da grande maioria dos presídios brasileiros, o artigo XLVII, artigo 5º da Constituição Federal proíbe expressamente o uso de penas cruéis, prisão perpétua ou pena de morte, que só são possíveis em casos de declaração de guerra, já que uma das finalidades da pena é promover a socialização dos condenados, não à morte (obrigação do Estado nos termos do artigo 10 da Lei 7.210/1984).

Diante da finalidade fundamental de ressocialização da pena, o Estado, por meio do Poder Legislativo, passa a adotar meios para atingir essa finalidade, como proporcionar aos condenados a possibilidade de trabalho de acordo com suas habilidades, facilitar o aprendizado, a capacitação profissional, o recebimento de direito de visitas, o sistema progressivo do sistema prisional e benefícios de liberdade provisória, saída temporária, entre outros. É importante realçar que cada um destes direitos/benefícios aprovados pelos legisladores tem finalidades e requisitos específicos, não sendo exceção as saídas temporárias (MEIRELES, 2020).

Mais recentemente, porém, a Saída Temporária vem enfrentando certa resistência da sociedade, inclusive sendo objeto do recente Projeto de Lei 1.029/2019, tramitando no Senado Federal, redigida pelo senador Olympio Major (PSL/SP) para extinguir o benefício, revogando o artigo 122/125 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).

Essa medida ignora amplamente o caráter ressocializador da pena e os efeitos positivos da saída temporária, e argumenta que cerca de 5% (cinco por cento) dos infratores não retornam à prisão ao final da pena e outros argumentos não jurídicos. No entanto, é absurdo admitir que 95% da população carcerária está sendo prejudicada porque uma pequena porcentagem não aproveita as oportunidades que lhe são dadas.

Para Nucci (2018), a saída temporária é um benefício da execução de pena, especificamente para reeducandos que cumprem meio ano. Visa auxiliar a reeducação e cultivar seu senso de responsabilidade para que possam ingressar no regime aberto, para futuramente cumprirem suas penas e buscar a melhor ressocialização. Mas os que não sabem dos benefícios da reeducação, criticam veementemente esse direito.

O artigo 122 da Lei de Execução Penal estabelece as finalidades da saída temporária, quais sejam: visitar familiares em cumprimento de pena, frequentar cursos

complementares profissionalizantes e/ou superiores ou de nível superior e participar de datas comemorativas voltando para casa, para a vida da sociedade.

O objetivo da saída temporária é permitir ao detento reeducando a oportunidade de manter os laços familiares, isso permitiria que ele continuasse seus estudos e ganhasse qualificação profissional, quando fosse liberado, teria a oportunidade de se sustentar legalmente e ajudá-lo a ter uma vida socialmente responsável, pacífica e harmoniosa.

O artigo 123 da mesma lei, no entanto, especifica os requisitos para que um condenado tenha esse direito. Para tê-la, devem ter comportamento adequado, devem ter cumprido pelo menos um sexto da pena (se o infrator for primário), um quarto da pena (se o infrator for reincidente), e o benefício for compatível com a finalidade da pena.

Quanto ao tempo de duração da saída temporária, o artigo 124º estabelece que esta não pode exceder 7 dias, podendo ocorrer até 4 vezes adicionais durante o ano e com um intervalo mínimo de 45 dias entre saídas.

O artigo 125 da LEP estabelece que o benefício de afastamento temporário será automaticamente cancelado caso o reeducando cometa algum crime, cometa falta grave, não cumpra os requisitos necessários para autorização ou tenha baixo grau de participação na classe.

É inevitável considerar que essa concessão dá permissão para o beneficiário da concessão aproveitar a oportunidade de fuga, portanto, a declaração de Lana et al. (2012) que os condenados aproveitam a saída temporária para cometer crimes. Esta é uma situação que sempre acontecerá, principalmente para os presos que não estão interessados na reinserção social.

Existem salvaguardas para evitar que isso ocorra. Além disso, a confiança também depende da crença na responsabilidade e confiança do condenado, uma vez que a Lei de Execução Penal determina que o prazo não pode ultrapassar 7 dias, podendo ser renovado por mais 4 vezes ao ano.

Também é importante ressaltar que o detento tem direito a uma reeducação condizente com a sociedade, a saída temporária é um meio de avaliar a eficácia do sistema prisional em seu objetivo de ressocialização, este também é um direito constitucional de buscar a liberdade, e a dignidade do ser humano também é sacrificada para encontrar a liberdade, porém, a restrição é limitada e monitorada.

Para Rodrigues e Sanches (2020), a conclusão é óbvia quanto à credibilidade do sistema de justiça criminal brasileiro aos olhos da sociedade; a restrição de saída

temporária prevista no projeto de lei é uma forma de ser reconhecida sem banalizar o crime, tornando-se assim um benefício que auxilia o Poder Executivo a investir na segurança pública da população brasileira. Como resultado, o regime semiaberto tem relevância social válida, isso porque atende aos anseios da sociedade.

Também é importante reconhecer que a legislação, como todos os aspectos da sociedade, é desenvolvida em busca do bem coletivo. Isso pode ser observado quando comparamos os sistemas jurídicos mais antigos com o sistema atual.

Diante disso, torna-se imprescindível a realização de uma análise bibliográfica que descreva a forma como as saídas temporárias são instituídas e encaradas pela sociedade no Brasil, levando em consideração as informações atuais e concretas sobre o assunto e, em última análise, esclarecendo os benefícios que os detentos recebem os direitos fundamentais que promovam a reinserção social (MEIRELES, 2020).

### 1.1 REQUISITOS PARA SAÍDA TEMPORÁRIA

As "saidinhas", como são comumente conhecidas, é um fenômeno do ordenamento jurídico brasileiro que concede permissão a condenados que se encontram em regime semiaberto para sair, temporariamente, e com autorização, da prisão para participar de outras atividades. Veja o que diz a Lei de Execução Penal, lei 7.210/84:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

§ 1º A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

§ 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o caput deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte.

É importante ressaltar que para as saídas temporárias para o fim de realização do ensino médio ou o ensino superior partem, apenas o tempo necessário para o final do exigido (artigo 124, § 2º da Lei de Execução Penal). No entanto, essa autorização não apenas abrange o período da aula, mas também abrange atividades externas. De acordo com o artigo 34 da Lei de Execução Penal, o tempo a ser respeitado deve ser de 45 dias.

Apesar deste direito ter sido comum por muito tempo, atualmente está sendo elaborado um projeto de lei que visa extinguir o direito sob o argumento de "sentimento" de impunidade, que é um conceito abstrato e carece de base legal legítima.

O portal G1 dedicou notícia em 3/8/22 sobre o projeto de lei, o que foi relatado pelo deputado capitão Derrite (PL-SP), que, por sua vez, baseou a medida no clamor público como motivo para a saída temporária sem respaldo legal ou científica base. Segundo o site de notícias, no parecer do referido Deputado, afirma-se que:

Causa a todos um sentimento de impunidade diante da percepção de que as pessoas condenadas não cumprem suas penas, e o pior, de que o crime compensa. A saída temporária não traz qualquer produto ou ganho efetivo à sociedade, além de que, na verdade, prejudica o combate ao crime, eis que grande parte dos condenados cometem novos crimes quando estão fora dos estabelecimentos penais desfrutando do benefício.

Reconhece-se que a insurgência contra as saídas temporárias é arbitrária e despropositada, por se basear apenas em alegadas sensações, sem, no entanto, fornecer qualquer prova significativa que demonstre que a eliminação de tal medida é prática. A pessoa condenada está obrigada a cumprir o disposto no art. 123 da LEP, além de estar no regime semiaberto, quais sejam:

- I - comportamento adequado (requisito subjetivo);
- II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente (requisito objetivo);
- III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena (requisito objetivo).

Em resumo, é necessário cumprir pelo menos 1/6 da pena, se o condenado for primário, e 1/4 da pena, se for reincidente. No entanto, isso não é a única coisa. O preso também deve possuir condições de natureza subjetiva, que serão documentadas pelo diretor do presídio.

É importante reconhecer que, apesar da presença de circunstâncias pessoais, como bom comportamento, que facilitem o pedido de afastamento temporário, não se pode falar em extinção desse benefício; ao contrário, há exigências subjetivas que não podem ser suprimidas arbitrariamente pelo desejo de uma parcela da população. Porque reivindicar a impunidade para um baixo percentual de presos significaria ampliar outros efeitos danosos, o que não acontecia, com isso, os padrões legais foram enfraquecidos e a justiça cega foi aplicada aos considerados de boa reputação (SIRQUEIRA, 2019).

Por necessário, e no seguimento do exposto, importa assinalar que a eliminação do direito do recluso à saída temporária face aos requisitos para o efeito - que incluem tanto os requisitos objetivos como os subjetivos - seria violar, no máximo, a sua garantia de circulação, uma liberdade consagrada na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XV, o qual prevê que:

[...] 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: XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Com isso, o poder de autodeterminação, bem como a finalidade de ressocialização e a finalidade educacional do instituto ficariam significativamente comprometidos se, porventura, o referido instituto fosse suprimido por meio de projeto de lei elaborado após grande contestação social que contraria princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Em consequência, há que defender o respeito pelo princípio da legalidade e promover a efetiva concretização dos direitos já concedidos.

Marcão (2022), diz que o direito à saída temporária será cancelado automaticamente se o preso cometer um crime, se for punido por uma transgressão grave, não seguir as regras em vigor ou tiver baixo desempenho.

No art. 125, o preso que cometer ato considerado crime pode perder a saída temporária (se o juiz revogar o benefício durante os dias em que estiver ausente, cometendo o crime, o juiz determina que ele volte, mas sem qualquer penalidade por devolução antecipada), isso pode não ser possível no futuro, conforme disposto no



parágrafo único do mesmo artigo. Da mesma forma, em outras instâncias (incumprimento do mandato, punição por falta grave ou mau desempenho em andamento).

## 1.2 REEDUCAÇÃO SOCIAL DE DETENTOS PELA SAÍDA TEMPORÁRIA

A ressocialização refere-se ao processo de reconexão com os outros e retomada da vida em grupo. No âmbito do direito penal, a ressocialização envolve a reintegração do infrator à sociedade durante e após o cumprimento da pena. Envolve uma série de ações que incidem positivamente na reabilitação dos presos do ponto de vista psicológico, profissional e educacional. Isso ajuda a prevenir qualquer reincidência de comportamento criminoso no futuro (FILHO, 2015).

Para iniciar o processo de ressocialização assim que o apenado ingressa no sistema prisional, são essenciais esforços coordenados entre poder público, família e o próprio preso. Este processo exige ações e métodos sincronizados para serem implementados de forma eficaz.

A reabilitação de presos é amplamente considerada como um elemento central do direito penal no Brasil. No entanto, muitas vezes é visto como um conceito "politicamente correto", carecendo de evidências empíricas para apoiá-lo. Em contraste com a abordagem do Brasil, a maioria dos países prioriza a punição como meio de dissuadir futuros crimes. Os Estados Unidos, em particular, são frequentemente citados como modelo para essa abordagem. (MELO, 2013).

A ressocialização visa estimular os presos a refletirem sobre seus crimes e se reinserirem na sociedade. Um método eficaz, segundo Brito (2020), é a saída temporária. No entanto, embora essa abordagem apresente riscos para a sociedade, as prisões e os governos devem suportá-los para reintegrar os presos. A importância do retorno dos presos à sociedade é clara e, como tal, a ressocialização continua sendo um componente essencial do sistema de justiça criminal.

Nucci (2018) esclarece que a licença provisória é privilégio exclusivo concedido aos reeducandos que cumprem pena em regime semiaberto na justiça criminal. O principal objetivo deste benefício é facilitar a reeducação e promover um maior senso de responsabilidade. Com o objetivo final de alcançar a ressocialização máxima, os reeducandos devem aspirar à transição para penas de regime aberto no futuro.

Saída temporária é parte integrante do sistema de execução progressiva, conforme previsto na Lei de Execução Penal. Esse componente é considerado essencial na preparação dos presos para a liberdade no regime semiaberto.

A saída temporária é mais do que apenas um benefício para os presos – ela serve a um propósito essencial dentro do sistema penal progressivo. Ele permite que prisioneiros bem-comportados façam breves excursões ao mundo exterior, o que ajuda a prepará-los para a eventual transição para um regime aberto. De acordo com o estudo de BOSCHI de 1989, essas fugas de suas celas são importantes para os condenados seguirem em frente.

Assim, pode-se inferir que o objetivo primordial da saída temporária é equipar o preso para a liberdade eventual e atenuar a rigidez de sua pena, marcando uma fase progressiva em sua execução. Os especialistas concordam que essa abordagem ajuda na reabilitação do prisioneiro.

Segundo Siqueira (2019), a estratégia de saída temporária tem papel crucial no sistema de reeducação progressiva ao reduzir a severidade da pena absoluta de reclusão. É também um método de prova eficaz que verifica se o condenado desenvolveu resiliência suficiente para resistir à tentação de uma vida livre e possui um senso de responsabilidade adequado o suficiente para evitar a violação da confiança que lhe é depositada, se concedida com o benefício da saída temporária.

Combinar trabalho e educação na prisão é visto como uma ferramenta crucial para reintegrar os indivíduos de volta à sociedade. Isso não apenas impede o desenvolvimento de comportamentos improdutivos, mas também promove o crescimento pessoal. Além disso, oferece aos detidos a oportunidade de sustentar suas famílias e viver com dignidade após sua libertação.

A ausência de incentivos do Estado, a estrutura carcerária insuficiente e os entraves burocráticos representam um desafio para envolver as empresas na reintegração dos presos à sociedade. Consequentemente, as empresas não estão mais participando ativamente desse processo. Além disso, essa falta de estrutura impacta negativamente na educação dos presidiários, conforme apontado por ANTUNES em 2015 e NASCIMENTO em 2020.

Melo (2013) enfatiza que a humanização não deve ser confundida com a ressocialização. Enquanto a humanização diz respeito à melhoria das condições carcerárias, como nos Estados Unidos, no Brasil, o foco é o respeito aos direitos humanos dos presos no cumprimento de suas penas. Há um cumprimento estrito do cumprimento da pena, com menor ênfase nas ações de ressocialização.

Segundo Filho (2015), é amplamente aceito que as prisões não são propícias para reabilitar os condenados. Outros especialistas em psicologia e criminologia compartilham dessa visão e sugerem que os programas de ressocialização não devem se concentrar apenas no indivíduo condenado, mas também em seus laços sociais. Essa abordagem

reconhece que o comportamento desviante pode ser melhor compreendido no contexto da relação do condenado com a sociedade.

A saída temporária para fins de ressocialização só pode ser bem sucedida se o apenado estiver disposto, com o apoio do Estado, da família e da sociedade. A ressocialização bem-sucedida de um condenado pode depender da orientação religiosa ou do auxílio de ideólogos, como observa Nascimento (2020).

De acordo com as normas sociais, é imperativo que os cidadãos cumpram seus deveres e responsabilidades. No entanto, no mundo do crime, os presos tendem a acreditar que seus direitos superam as obrigações. Muitas vezes, isso se deve à clemência dos tribunais, como destaca MELO (2013).

## **CONCLUSÃO**

Com base nessa breve análise, identificou-se que é de suma importância conceder aos detentos o direito de saída temporária que faz parte do programa de reeducação, pois permite ao condenado a reintegração, e possivelmente um regime aberto e desta forma um retorno gradual à sociedade, o que levaria ao desenvolvimento da responsabilidade e da disciplina, sem supervisão direta, embora pode-se utilizar a supervisão indireta, via monitoramento eletrônico.

A descredibilidade da Saída Temporária dá-se principalmente a falta de informação da sociedade dos benefícios que esse direito traz para a reeducação e reinserção do detendo na sociedade, e essa falta de informação advém principalmente da mídia que mostram apenas dados negativos sobre o benefício da saída temporária.

Verifica-se que devem existir condições para que esse ser humano mantenha vínculos familiares, estude e profissionalize-se, e desta forma, quando retornar à sociedade, poderá fazê-lo de forma permanente, provendo a si e a sua família com dignidade e legalmente, e vivendo de maneira socialmente aceitável. Além disso, isso levará a uma redução da reincidência, o ambiente em que vivem será mais benéfico e o número de crimes será reduzido.

## **REFERÊNCIAS**

ANTUNES, Lorena Alves Martins. As saídas temporárias como benefício da lei de execução penal: uma reflexão sobre sua importância para a reinserção social dos apenados em cumprimento de pena no sistema prisional do Distrito Federal. 2015. 94 f. Monografia (Bacharelado em Serviço Social) – Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Brasília, 2015.

BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL.

BRITO, A. C. D. Execução penal. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

CHITERO, Ana Laura. Concessão de Saída Temporária. Intertemas, v. 1, n. 1, 2019. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/IFDIDH/article/view/8066>> Acesso em Abr 2023

FILHO, Eleones Rodrigues Monteiro. O sistema penal e a ressocialização do preso no Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4426, 14 ago. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41528>. Acesso em Abr 2023

LANA, Gustavo; DUARTE, João Carlos; ARMOND, Lorena Silveira Rezende; SÁ, Andressa Jardim. SAÍDA TEMPORÁRIA: INSTITUTO DA EXECUÇÃO PENAL DESACREDITADO PELA SOCIEDADE. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, v. 01, nº 04, 2012. Disponível em: <<http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/86/pdf>> Acesso em Abr 2023

MARCAO, R. F. Curso de execução penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

MEIRELES, Crislaine Faria. Saída Temporária dos presos no Brasil: Finalidades e Consequências. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80552/saida-temporaria-dospresos-no-brasil-finalidades-e-consequencias>> Acesso em Abr 2023

MELO, André Luis. Ressocialização é ato de vontade do cidadão. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jan-01/andre-luis-melo-ressocializacao-ato-vontade-cidadao>. Acesso em Abr 2023

MELO, André Luis. Ressocialização é ato de vontade do cidadão. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jan-01/andre-luis-melo-ressocializacao-ato-vontade-cidadao>. Acesso em Abr 2023

NASCIMENTO, Thais Agatha Silva. A Ineficácia da Saída Temporária. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54447/a-ineficia-da-sada-temporria>. Acesso em Abr 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 11ª ed. São Paulo: RT, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Execução Penal. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUNES, Leonardo Ítalo Silva; SILVA, Rodolfo Cassiano. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTO A BENESSE DA SAÍDA TEMPORÁRIA CONCEDIDA AO RÉU PRESO.

Repositório Universitário Ânima. Maio de 2022. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/24635> > Acesso em Abr 2023.

RODRIGUES, V. L., & Gasques SANCHES, A. (2020). Preso: saída temporária e seus reflexos sociais. Anais do fórum de iniciação científica do UNIFUNEC, 9(9). Recuperado de <https://seer.unifunec.edu.br/index.php/forum/article/view/3772>. Acesso em Abr 2023

SANCHES. Rogério. Lei de Execução Penal. 5ª ed. rev. atual. ampla. São Paulo. Juspodivm. 2022. Disponível em: < [https://www.editorajuspodivm.com.br/lei-de-execucao-penal-para-concursos-lep-2022?utm\\_camp=gshop&idgrade=246186&idtag=68de8f86-cdb0-4409-9802-675b3098e82e&gclid=CjwKCAjw7vuUBhBUEiwAEdu2pHmxCjxfgRN\\_tBzq7mC62cx-MFCRV5WgVfj0RHhoibJBXBrV9szkboxoCjdIQAvD\\_BwE](https://www.editorajuspodivm.com.br/lei-de-execucao-penal-para-concursos-lep-2022?utm_camp=gshop&idgrade=246186&idtag=68de8f86-cdb0-4409-9802-675b3098e82e&gclid=CjwKCAjw7vuUBhBUEiwAEdu2pHmxCjxfgRN_tBzq7mC62cx-MFCRV5WgVfj0RHhoibJBXBrV9szkboxoCjdIQAvD_BwE) > Acesso em Abr 2023.

SIQUEIRA, Jonathan Walter Paixão de. As Saída Temporárias no Processo de Execução Penal. 2019. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/2460/1/ARTIGO%20OFICIAL%20-%20Jonathan.pdf>. Acesso em Abr 2023

## ESTUPRO DE VULNERÁVEL: CONDENAÇÃO COM BASE NA PALAVRA DA VÍTIMA E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*

**DEBORA PEREIRA BARBOSA:**  
Graduanda do curso de Direito da  
Faculdade de Ciências Jurídicas de  
Paraíso do Tocantins (FCJP).<sup>14</sup>

DIOLINA RODRIGUES SANTIAGO SILVA<sup>15</sup>  
(orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho objetiva verificar se a condenação do denunciado com base apenas na palavra da vítima ofende o princípio do *in dubio pro reo* no processamento do crime de estupro de vulnerável descrito no art. 217-A do Código Penal. Nesse espeque, o problema de pesquisa é: há conflito aparente entre a exclusiva prova da palavra da vítima no estupro de vulnerável e o princípio *in dubio pro reo*? O trabalho justifica-se na imprescindibilidade que se tem de verificar a sopesagem do valor atribuído ao meio de prova da palavra da vítima no crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), para verificação também de eventual violação a garantias e direitos fundamentais do acusado, bem como na disparidade de armas no âmbito do processo penal brasileiro. Utiliza-se o método de pesquisa dedutivo, por meio da pesquisa exploratória, bibliográfica e documental, e quanto à análise de dados usa-se da técnica qualitativa. Os resultados encontrados foram no sentido de que mesmo em se tratando do crime de estupro de vulnerável, a palavra da vítima não poderá ser considerada isoladamente para ensejar a condenação do réu, sob pena de violação ao *in dubio pro reo* e, conseqüentemente, à presunção de inocência.

Palavras-chave: *in dubio pro reo*; palavra da vítima; estupro de vulnerável; presunção de inocência.

**ABSTRACT:** The present work aims to verify whether the condemnation of the accused based only on the victim's word offends the principle of *in dubio pro reo* in the processing of the crime of rape of a vulnerable person described in art. 217-A of the Penal Code. In this sense, the research problem is: is there an apparent conflict between the exclusive proof of the victim's word in vulnerable rape and the principle *in dubio pro reo*? The work is justified by the indispensability of verifying the weighing of the value attributed to the means of proof of the victim's word in the crime of rape of a vulnerable person (art. 217-A

---

<sup>14</sup> E-mail: debora.barbosa1705@hotmail.com.

<sup>15</sup> Mestra em Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: diolina.santiago@unest.edu.br



of the CP), for verification also of possible violation of guarantees and fundamental rights of the accused, as well as the disparity of weapons in the scope of the Brazilian criminal procedure. The deductive research method is used, through exploratory, bibliographical and documental research, and in terms of data analysis, the qualitative technique is used. The results found were in the sense that even when dealing with the crime of rape of a vulnerable person, the victim's word cannot be considered in isolation to lead to the conviction of the defendant, under penalty of violating the *in dubio pro reo* and, consequently, the presumption of innocence.

Keywords: *in dubio pro reo*; victim's word; vulnerable rape; presumption of innocence.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a palavra da vítima, admitida no processamento do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), como um meio de prova que viola o princípio processual penal do *in dubio pro reo*, segundo o qual, pairando dúvida sobre a existência de crime, deverá haver a absolvição do acusado.

Nessa perspectiva, será verificado o panorama jurídico da aplicabilidade desse meio de prova no âmbito dos crimes contra a dignidade sexual, notadamente no que diz respeito ao crime de estupro de vulnerável, examinando-se sua aplicabilidade e o valor probatório atribuído, bem como os limites para que não se incorra em violação ao direito de liberdade do réu.

Nesse norte, a problemática evidenciada é: Há conflito aparente entre a exclusiva prova da palavra da vítima no estupro de vulnerável e o princípio *in dubio pro reo*?

A pesquisa se justifica no meio acadêmico devido à imprescindibilidade que se tem de verificar a sopesagem do valor atribuído ao meio de prova da palavra da vítima no crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), além de se averiguar se há confronto entre tal elemento e o princípio do *in dubio pro reo*, ocasionando a violação a garantias e direitos fundamentais do acusado, bem como na disparidade de armas no âmbito do processo penal brasileiro.

No meio social, justifica-se na razoabilidade de se analisar o cenário panorâmico do processamento do crime de estupro de vulnerável, sob dois vieses distintos: a) o acusação feita pelo Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e da sociedade, na medida em que, tratando-se de crime que ocorre às escuras e no âmbito da clandestinidade, a palavra da vítima tem especial valor; b) o da defesa do acusado que, como regra, em sendo precário o arcabouço probatório jungido aos autos, a absolvição deverá ser a medida a ser imposta, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*.

Essa análise é imprescindível para atestar eventuais incongruências e injustiças intrínsecas ao processo penal brasileiro contemporâneo, porquanto, a despeito de se tratar de um crime altamente repudiável e que de fato faz jus à reprimenda que lhe é prevista, deve-se haver ponderação minuciosa dos meios de prova para que não haja maculação ao direito de liberdade do acusado.

O objetivo geral do estudo em evidência é verificar se a condenação do denunciado com base apenas na palavra da vítima ofende o princípio do *in dubio pro reo*.

Os objetivos específicos estão sintetizados em: a) estudar como se dá a tratativa do princípio do *in dubio pro reo* no Brasil; b) investigar como é valorada a palavra da vítima no processo penal nos crimes cometidos em clandestinidade; c) refletir sobre o conceito do princípio do *in dubio pro reo* e sua configuração como hipótese de absolvição do acusado.

Quanto ao tratamento de dados, serão utilizados artigos na área de direito com pertinência temática, isto é, que tratem de aspectos mais importantes que giram em torno do princípio *in dubio pro reo* no contexto do art. 217-A do Código Penal Brasileiro.

Para tanto, será utilizada a metodologia do trabalho jurídico com o método dedutivo, que se dará por meio da pesquisa exploratória, bibliográfica e documental da legislação brasileira, bem como da doutrina, jurisprudência, orientações e instruções normativas, notas técnicas e estudos relacionados a temática. Na análise dos dados será aplicada a técnica qualitativa, levando-se em consideração que não redundará em análise numérica, pelo contrário, dar-se-á pelo exame de informações contextuais.

Os resultados esperados são o de fornecer um norte filosófico para os juristas e operadores do direito no sentido de verificar os riscos de violar o princípio *in dubio pro reo*, considerando apenas a palavra da vítima no crime de estupro de vulnerável objeto de estudo.

O presente trabalho está estruturado em quatro capítulos. O primeiro disporá sobre o panorama jurídico do princípio do *in dubio pro reo* no Brasil, sob a análise da ótica constitucional e infraconstitucional.

O segundo capítulo tratará da palavra da vítima e sua aplicabilidade como meio de prova no processo penal, avaliando em quais crimes há cabimento e mediante quais raciocínios, tendo como respaldo a doutrina brasileira.

Por fim, o quarto capítulo versará sobre a ofensa ao princípio do *in dubio pro reo* em virtude da utilização exclusiva do meio de prova da palavra da vítima no crime de estupro de vulnerável (art. 217-a do Código Penal).

## **2 O PANORAMA JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* NO BRASIL: ANÁLISE À LUZ DA ÓTICA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL**

O estudo do princípio do *in dubio pro reo* origina-se da imprescindibilidade de se estudar o ônus da prova no processo brasileiro. O conceito de ônus da prova pode ser carreado pelos ditames processualistas civis, que o interpretam, como regra, consoante os termos do art. 373 do Código de Processo Civil (CPC), que reza: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.” (BRASIL, [2022a], não paginado).

No âmbito do processo penal, o ônus da prova jamais poderá ser interpretado em desfavor do réu. Daí nasce o embasamento do *in dubio pro reo*, na medida em que “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, [2022b], não paginado).

Na visão infraconstitucional, o aludido princípio encontra-se positivado no Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 155:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, [2022c], não paginado).

Pela leitura do dispositivo constitucional, infere-se que: a) o ônus da prova é da acusação, que dependerá do tipo de ação penal no caso concreto, sendo, na maioria das vezes do Ministério Público; b) a valoração das provas deverá ser realizada em favor do acusado e; c) a medida cautelar da prisão deverá ser aplicada excepcionalmente (CAPEZ, 2022).

Ou ainda segundo Mendes, Nascimento e Leonel (2022, p. 4), o referido princípio pode ser considerado como dotado de características variadas, com repercussões tanto dentro quanto fora do processo penal.

Portanto, “é um princípio multifacetado, com implicações extraprocessuais e endoprocessuais. Manifesta-se a partir de três vertentes que se integram, quais sejam: norma-regra de tratamento, probatória e de juízo.” (MENDES; NASCIMENTO; LEONEL, 2022, p. 4).

No que se refere ao *in dubio pro reo* – uma das faces que o princípio da presunção de inocência pode revelar –, é atribuída à acusação o dever de colacionar carga probatória aos autos, sendo ressalvado o direito da defesa de se manter inerte, isto é, para que a absolvição seja devida, não somente pode provar a inocência, basta que as provas jungidas sejam insuficientes para ensejarem a condenação (MENDES; NASCIMENTO; LEONEL, 2022).

Com base nessas alusões, a tarefa de julgar pode se tornar muito mais complexa do que se imagina, transcendendo a mera aplicabilidade da norma em abstrato, fazendo-se crucial uma minuciosa análise do conjunto probatório a fim de roferir um julgamento que se aproxime o máximo da verdade real.

Para que cumpra o seu papel, o processo penal deve funcionar como legítimo instrumento para a consecução dos direitos e garantias constitucionais indisponíveis, através do devido processo legal, sob pena de nítido autoritarismo que se contrapõe aos ideais constitucionais:

A instrumentalidade do processo é a razão de sua existência. O direito penal prescinde da pena, bem como apena do processo. A aplicação da pena sem o devido processo representa um atraso e, mais que isso, um sinal claro de autoritarismo do qual buscou se afastar a atual Constituição brasileira. Nem mesmo o consentimento do acuado em submissão voluntária da pena dispensaria prévio processo, de forma que só seria possível após ato judicial condenatório, que se fomente no mais amplo conhecimento dos fatos bem como ampla possibilidade de argumentação jurídica. (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 92 *apud* MENDES; NASCIMENTO; LEONEL, 2022, p. 3).

Demais disso, como bem pondera Nucci (2020 *apud* MENDES; NASCIMENTO; LEONEL, 2022), o Estado deve desempenhar a função de manter o equilíbrio entre a garantia dos direitos individuais e a segurança da sociedade, utilizando o mecanismo de garantias e limitações.

Nesse enfoque, a presunção de inocência é a regra que deverá ser afastada somente nas incontestáveis situações que se faça imperiosa a aplicação da lei penal, o que justifica o processo penal não ser instrumento para a imposição de pena, entretanto, limitador desse poder estatal, com o escopo de se chegar a uma ponderada e ideal aplicação de pena (MENDES; NASCIMENTO; LEONEL, 2022).

Todavia, há crimes que impõem uma variação à configuração alhures exposta, notadamente nos que dizem respeito à violação da dignidade sexual do indivíduo,

regulados no Título VI da Parte Especial do Código Penal Brasileiro (BRASIL, [2023a]), cujo objeto de estudo será elucidado posteriormente.

### **3 A PALAVRA DA VÍTIMA E SUA APLICABILIDADE COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL**

É incontestável que o sistema de valoração de provas aplicável no processo penal brasileiro é majoritariamente o do livre convencimento motivado do magistrado ou também chamado de persuasão racional, segundo o qual a prova não tem valor pré-atribuído e, por essa razão, não se submete o juiz à sua tarifação (FARACO NETO; LOPES, 2022).

É possível ratificar a afirmação acima aduzida pela leitura do art. 155 do CPP, que preconiza:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, [2022c], não paginado).

Portanto, ao observar o lastro probatório processual, o juiz analisará cada prova e realizará juízo de sopesagem sobre elas, a fim de proferir um julgamento justo e que se coadune o máximo à verdade real, evitando-se incongruências e supressão de direitos fundamentais do réu.

Embora cause expressiva controvérsia na doutrina sobre o uso do “livre” convencimento motivado, grande parte dos estudiosos compreendem a utilização do termo como significativo de não relação do magistrado a qualquer concepção política ou ideológica na formação de seu convencimento, não que o julgamento possa ser realizado com base apenas em sua íntima convicção e de forma desenfreada e imotivada (FARACO NETO; LOPES, 2022). Nesse sentido:

A liberdade a que se refere este termo, na verdade, se trata da natureza contra majoritária da função jurisdicional, é a garantia ao magistrado de não ser submetido a interesses políticos, econômicos ou ao da vontade popular. [...] O livre convencimento do magistrado, portanto, encontra limitação nas regras do próprio sistema processual, e principalmente nas regras constitucionais. O juiz, nesse sentido, não é livre, por exemplo, para considerar culpado o réu que não provou sua própria inocência, isto porque tal raciocínio viola a

presunção de inocência esculpida no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. (FARACO NETO; LOPES, 2022, p. 29).

O estudo do método de valoração da prova no processo penal é imperioso para que se compreenda o seu próprio fundamento. Para Faraco Neto e Lopes (2022), o processo penal não é nada mais que um instrumento do Estado Democrático de Direito, na medida em que a inocência é a regra e somente será afastada em se tratando de provas irrefutáveis de que a condenação deverá ser a medida imposta.

Nessa senda, o juiz não atuará como no processo civil, em que há litígio entre autor e réu. Em verdade, é muito pelo contrário: o réu já goza naturalmente de presunção de inocência. Daí a concepção de *in dubio pro reo*: uma política estatal para de instrumentalização do poder punitivo, que escolhe a “absolvição de um culpado à condenação de um inocente.” (BADARÓ, 2019, p. [47] *apud* FARACO NETO; LOPES, 2022, p. 30). Nesse contexto,

Trata-se de uma escolha política orientada pela preservação da liberdade como valor fundamental do ser humano. Não há nenhuma razão lógica para se preferir o *in dubio pro reo* ao *in dubio pro societate*. Os critérios lógicos baseados na probabilidade, ou na normalidade da ocorrência dos fatos a serem provados, que se aplicam ao processo civil, cedem a um critério político no campo penal. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente. Ou seja, o *in dubio pro reo* revela o conteúdo garantista do ônus da prova no processo penal. (BADARÓ, 2019, p. 47 *apud* FARACO NETO; LOPES, 2022, p. 30).

Conforme dispõe Badaró (2019 *apud* FARACO NETO; LOPES, 2022), portanto, um dos maiores erros encontrados no processo penal é atribuir ao Ministério Público o “crédito” da ação penal, perdendo, portanto, o caráter de instrumento do poder punitivo estatal.

Isso se dá devido ao fato de que o processo penal, nessas condições, aproxima-se na prática do modelo processual civil, em que há *lide* entre as partes, contrariando o princípio da necessidade e até o da última *ratio* do direito penal (BADARÓ, 2019 *apud* FARACO NETO; LOPES, 2022).

Por essa razão, não é justificável que a depender da espécie de crime, haja uma mudança expressiva na configuração processual penal, transfigurando-se totalmente com vista a prejudicar o réu e perdendo o seu caráter instrumental de garantia do poder punitivo estatal, os autores Mendes, Nascimento e Leonel:



Como já exposto anteriormente, a finalidade do processo penal é ser um instrumento garantidor do indivíduo contra o *jus puniendi*. Sob esse prisma, não faz qualquer sentido alterar a relevância de certas categorias de provas com base no tipo de delito, ou no fato deles serem ou não praticados às ocultas, pois a finalidade do processo não é a de obter uma condenação a qualquer custo, e sim apurar de modo imparcial os fatos e sua tipificação penal (MENDES; NASCIMENTO; LEONEL, 2022, p. 9).

Portanto, por mais repugnante que seja o delito, mormente no que se refere aos crimes contra a dignidade sexual, notadamente o crime de estupro de vulnerável, é inadmissível que precise de menos prova para ensejar a condenação que os demais crimes de naturezas diversas, até porque a regra é a presunção de inocência (MENDES; NASCIMENTO; LEONEL, 2022).

No panorama geral, portanto, a palavra da vítima somente assume especial relevância nos crimes que geralmente ocorram na clandestinidade e que dificilmente ensejem a produção de outros meios de prova (MENDES; NASCIMENTO; LEONEL, 2022).

Contudo, na Apelação Criminal nº 00000369420198070005/DF, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal deu especial valor à palavra da vítima no caso de furto qualificado mediante destreza, por entender que o seu depoimento conta com maior credibilidade, pois dotado de coesão e firmeza, e, além disso, harmonia com os demais elementos dos autos (DISTRITO FEDERAL, 2022, não paginado).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também atribuiu à palavra da vítima relevância extra no julgamento do AgRg no AREsp 1577702/DF, cuja situação se tratava de um roubo majorado com uso de arma de fogo (BRASIL, 2020a, não paginado).

O entendimento do Tribunal no referido julgado se coadunou com a jurisprudência pacífica do STJ, segundo a qual em “em crimes contra o patrimônio, em especial o roubo, cometidos na clandestinidade, a palavra da vítima tem especial importância e prepondera, especialmente quando descreve, com firmeza, a cena criminosa” (BRASIL, 2020a, não paginado).

Portanto, infere-se que, mesmo que a palavra da vítima deva ser corroborada a outros elementos de prova do processo, essa detém especial importância nos crimes patrimoniais em virtude das circunstâncias de sua ocorrência, devendo haver minuciosidade e precisão no depoimento da vítima.

Outra hipótese em que a palavra da vítima assume essa relevância são nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) assim entendeu no julgamento do AgRg no HC 0063913-35.2019.3.00.0000.

No precedente em tela, a defesa pretendeu a absolvição do paciente em razão da deficiência probatória constante dos autos. Contudo, o STJ entendeu pela irreversibilidade do édito judicial *a quo*, pois considerou que a palavra da vítima, nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica, possui especial relevância, porquanto, na grande maioria das vezes, são cometidos às escondidas e desprovidos de testemunhas ((BRASIL, 2019, não paginado).

Inclusive, à título de informação, neste ano entrou em vigor a Lei nº 14.550/2023 que alterou a Lei nº 11.340/2006 – a chamada Lei Maria da Penha – a fim de estender o rol das medidas que tutelam a segurança das vítimas de violência contra a mulher no âmbito familiar e doméstico (DUTRA, 2023).

A nova lei veio reforçar que o deferimento de medidas protetivas às vítimas de violência doméstica e familiar prescindem de comprovação do critério violência baseada no gênero e vulnerabilidade da vítima, contrariando a tendência que o STJ estava assumindo nos últimos anos (DUTRA, 2023).

Por exemplo, no julgamento do AgRg no REsp 1430724/RJ, a Corte entendeu inexistente o liame jurídico tutelado pela Lei Maria da Penha, porquanto não comprovado que a violência se baseou no gênero e que tenha ocorrido no âmbito doméstico, familiar ou afetivo (BRASIL, 2015).

O Tribunal entendeu que para a aplicação da Lei 11.340/06 não basta que a violência tenha sido praticada em desfavor da mulher e em contexto afetivo, doméstico ou familiar. Somado a isso, é indispensável a comprovação da situação de vulnerabilidade e hipossuficiência da mulher, denotando-se que o ato violento se deu em razão de gênero (BRASIL, 2015, não paginado).

Com a nova lei, segundo as palavras de Dutra (2023), pretende-se minimizar os efeitos de uma sociedade patriarcal, marcada por um grande número de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Dessarte, após sua entrada em vigor, não é necessário que se comprove relação de subordinação ou que a violência tenha sido baseada em gênero, bastando tão somente que haja o contexto doméstico, familiar ou íntimo-afetivo (DUTRA, 2023).

Portanto, observa-se que o ponto em comum entre os julgados colacionados no presente tópico é o cometimento dos crimes em condições clandestinas e longe dos olhares testemunhais.

Apesar disso, dificilmente a palavra da vítima deverá ser considerada como o único meio de prova para ensejar a condenação do réu. Isto é, a despeito de qual delito seja, deverá ser corroborada com os demais elementos constantes dos autos.

#### **4 A OFENSA AO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* EM VIRTUDE DA UTILIZAÇÃO EXCLUSIVA DO MEIO DE PROVA DA PALAVRA DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL)**

Consoante exposto alhures, não é raro que a jurisprudência pátria atribua especial relevância à palavra da vítima em caso de crimes que carecem de testemunhas, como geralmente ocorre em casos de estupro de vulnerável.

Com o escopo de minorar a possibilidade de erro judicial, são várias as decisões colegiadas consignando que a palavra da vítima, quando em cotejo com as demais provas produzidas no processo, devem estar em harmonia a fim de garantir a higidez do decreto condenatório.

Nesse sentido foi julgada a Apelação Criminal 0035766-29.2019.8.27.0000 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, em um caso que versava sobre violência doméstica, portanto, sob os efeitos da Lei Maria da Penha. A palavra da vítima assumiu especial relevância, porém, enfatizou-se a necessidade de outros elementos de prova para embasarem o decreto condenatório (TOCANTINS, 2020, não paginado).

Deve-se ressaltar ainda que a sentença condenatória no processo penal brasileiro deve se lastrear em um juízo de certeza do julgador, não sendo suficiente a alta probabilidade para a condenação do réu. Nesse diapasão, destaca-se o recente julgado oriundo da corte de Justiça Paranaense:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. ADMISSIBILIDADE. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. MÉRITO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS ACERCA DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. CONJUNTO PROBATÓRIO FRÁGIL E INCAPAZ DE ASSEGURAR, COM A CERTEZA NECESSÁRIA, O JUÍZO DE CONDENÇÃO. CONTRADIÇÕES E INCONSISTÊNCIAS NAS PROVAS PRODUZIDAS. DÚVIDA RAZOÁVEL QUE IMPÕE A ABSOLVIÇÃO DO RÉU. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO. (PARANÁ, 2023, não paginado).

Posto isso, é importante tecer breves considerações acerca da produção probatória e do papel do juiz no processo penal. A Lei nº 13.964/2019 inovou o ordenamento jurídico brasileiro acrescentando o artigo 3º - A ao Código de Processo Penal, aduzindo que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” (BRASIL, [2022c], não paginado).

Percebe-se que o artigo em comento mudou substancialmente a compreensão que se tinha acerca da persecução penal, uma vez que categoricamente afirma a necessidade de que o juiz se mantenha absolutamente inerte e equidistante das partes, não devendo se imiscuir em atividades probatórias que são devidas aos outros atores do processo. Consoante explana Lopes Júnior (2022, p. 440):

[...] A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Portanto, pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo.

É importante ressaltar que o artigo de lei em comento, bem como outras novidades legislativas trazidas pelo chamado Pacote Anticrime, teve sua eficácia suspensa por decisão do Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020b). De todo modo, resta evidente que a Lei 13.964 de 2019 buscou, em vários pontos, garantir a maior imparcialidade possível do Juiz, determinando inclusive no artigo 3º-C, § 3º, que o juiz da instrução não deve ter contato com os autos do inquérito policial, *in verbis*:

Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. (BRASIL, [2022c], não paginado).

Ainda que a eficácia dos dispositivos supramencionados esteja suspensa, a alteração legislativa demonstra que as questões afetas à imparcialidade do juiz, a produção de provas e a instrução do feito merecem aprimoramento no sistema jurídico brasileiro, e que o atual modo de condução da persecução penal pode causar danos irreversíveis àquele que está sendo acusado pelo Estado.

É nesse contexto nebuloso, que o julgamento de crimes relacionados à dignidade sexual de crianças e adolescentes se torna um grande desafio, uma vez que esse tipo de crime costuma ser cometido às escondidas, não deixando testemunhas oculares.

Não se deve olvidar que, em se tratando de crimes cometidos contra a dignidade sexual, os atores processuais devem se preocupar em resguardar a vítima, em homenagem inclusive ao princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988, não paginado). No entanto, o decreto condenatório, quando ausente outros elementos que corroborem a versão do ofendido, não pode se basear unicamente na acusação inicial. Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA ISOLADA. PODER PROBANTE INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE PROVAS SÓLIDAS E IRREFUTÁVEIS DA AUTORIA. DÚVIDA MAIS DO QUE RAZOÁVEL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO. CONFIGURAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Nos crimes de estupro de vulnerável a palavra da vítima possui especial relevância desde que esteja harmônica com as demais provas dos autos, o que não ocorre na espécie.

2. Cabe ao Ministério Público, como parte e acusação, trazer para o processo judicial as provas necessárias e aptas para afastar, além de qualquer dúvida razoável, a inocência do acusado, fazendo-se emergir do conjunto probatório a sua indiscutível culpa; assim, não se desincumbindo desse ônus processual, impossível se torna a condenação.

3. A inexistência de prova incontestada de autoria impõe severa dúvida no espírito do julgador, impedindo a edição de um decreto condenatório, em razão da aplicação do princípio processual do 'in dubio pro reo.' Precedentes.

4. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida.

(TOCANTINS, 2022a, não paginado)

Urge salientar ainda que, mesmo nos casos em que haja outras provas além da palavra da vítima, é indispensável que se avalie a robustez do arcabouço probatório produzido sob o crivo do contraditório, não bastando a mera reprodução do apurado em

sede inquisitorial sem que fique inequivocadamente demonstrada a autoria e materialidade do crime.

Nesses moldes foi julgada a Apelação Criminal 0001971-26.2014.8.27.2710 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins que tratava sobre estupro de vulnerável. A defesa pugnou pela insuficiência probatória para resultar em condenação (TOCANTINS, 2022b).

*In casu*, restou evidenciada a contradição entre a palavra da vítima e os depoimentos testemunhais. Nesse caso, condenar o réu exclusivamente com base no depoimento da vítima é, nitidamente, afronta ao *in dubio pro reo*, porquanto existe incerteza quanto à inocência do réu. O Tribunal aplicou o aludido princípio e absolveu o réu com fulcro no art. 386, inciso II e VII do CPP (TOCANTINS, 2022b, não paginado).

Faz-se importante destacar o seguinte trecho do julgado:

[...] 3. Na hipótese dos autos, verifica-se que as provas existentes no feito não são capazes de afastar as dúvidas prevaletentes sobre ter ou não o denunciado praticado os fatos delitivos de estupro de vulnerável descritos na denúncia, mormente diante da negativa de autoria e evidente contradição entre os depoimentos das vítimas e testemunhas em ambas as fases da persecução penal, razão pela qual é correto aplicar o brocardo 'in dubio pro reo', pois, durante a segunda fase persecutória nada foi produzido, sob a modalidade de prova sólida e inabalável, com a qualidade de permitir o acolhimento judicial da pretensão punitiva almejada por via da peça instauradora da ação penal.

(TOCANTINS, 2022b, não paginado).

Conquanto a palavra da vítima tenha especial relevo no julgamento de delitos cometidos contra a dignidade sexual, o decreto condenatório deve se lastrear no juízo de certeza, e, havendo dúvidas sobre qualquer ponto que ponha em xeque a autoria ou materialidade do delito, a absolvição deve ser a medida a ser adotada. Sobre o tema, Greco Filho (2015, p. 553), esclarece que "em princípio, à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite uma dúvida razoável, porque a dúvida milita em seu favor."

Portanto, tem-se que o ordenamento jurídico pátrio inadmite a palavra da vítima como elemento exclusivo de prova apto a autorizar a condenação, sendo que a edição de decreto condenatório lastreado unicamente no alegado pela vítima ofendido constitui ofensa ao princípio constitucional do *in dubio pro reo*.



Na mesma senda, ao final da instrução, ao julgador incumbe analisar se as provas produzidas quando cotejadas às declarações do ofendido conduzem à certeza da autoria e da materialidade.

Caso haja questão levantada pela defesa capaz de abalar a certeza do juízo, ou mesmo ponto relevante que o órgão acusador não conseguiu provar definitivamente, o único caminho a ser seguido é a absolvição do réu, sob pena de ofensa à presunção de inocência.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisprudência brasileira é pacífica no que diz respeito à ponderação do meio de prova da palavra da vítima nos crimes cometidos sob o panorama da clandestinidade, sobretudo no que atinam a afronta à dignidade e integridade sexual, como é o caso do delito de estupro de vulnerável capitulado no art. 217-A do Código Penal Brasileiro.

Foi visto que o *in dubio pro reo* é uma garantia constitucional que assevera que, havendo dúvida sobre a veracidade da acusação e, conseqüentemente, sobre a aplicação da sanção penal pelo Estado, a absolvição deverá ser a medida imposta.

Observou-se também que o fundamento da alusão acima é de que é mais sensato absolver um culpado do que correr o risco de se condenar um inocente. Tendo como base essa premissa, observa-se que o julgamento que considera a palavra da vítima como único elemento para ensejar a condenação é nulo.

Evidenciou-se, ademais, a verdadeira função do processo penal brasileiro. Em verdade, não deve ser considerado unicamente como meio para aplicação de pena, sendo levado eminentemente em detrimento do acusado, mas como verdadeiro instrumento para a consecução dos direitos e garantias constitucionais indisponíveis.

A propósito, foram demonstradas as múltiplas faces que o princípio da presunção de inocência, contemplado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e ratificado no art. 155 do CPP, poderá apresentar, identificando-se como norma-regra de tratamento, probatória e de juízo.

Restou cristalino, além do mais, que o sistema de valoração das provas no processo penal brasileiro está lastreado no livre convencimento do órgão julgador, segundo o qual o juiz deverá distanciar-se de valores pré-estabelecidos para os elementos de prova e focalizar em um julgamento justo e razoável à luz das leis aplicáveis e o mais condizente possível com a verdade real.

Ademais, ao contrário do que muito se sustentou, o sistema de valoração das provas vigente no ordenamento jurídico brasileiro não confere ao magistrado livre discricionariedade na ocasião do julgamento.

Diga-se de passagem, o termo “livre” apenas expressa – ao contrário do que muito se defendeu – que o julgamento deverá despir-se de qualquer influência ideológica ou política, a fim de que seja proferido édito judicial mais justo possível.

Infere-se, a partir de tais afirmações, que o processo penal não pode transfigurar-se para se tornar tendencioso à condenação do réu, mesmo em se tratando de crimes ocorridos na clandestinidade – como é o caso do estupro de vulnerável –, por ferir o Estado democrático de direito.

Verificou-se também que a palavra da vítima, embora detenha de valor especial quando se trate de tais crimes, deverá ser levada em consideração juntamente com as demais provas produzidas nos autos, para averiguação da harmonia ou contradição, evitando-se ao máximo a ocorrência de erro judicial.

Além disso, pode-se afirmar que os termos trazidos pelo Pacote Anticrime corroboram a tese de imparcialidade do órgão julgador, conforme pode-se observar de dispositivos tais como o art. 3º-A e 3º-C, § 3º, do CPP.

Esse panorama é imperioso para o aprimoramento da técnica processual penal, com o fito de que direitos e garantias fundamentais sejam salvaguardados, mormente os que dizem respeito ao direito à liberdade e à presunção de inocência, que asseveram a dignidade da pessoa humana.

O estudo leva à reflexão de que não vale tudo para que a verdade real seja alcançada. Isso quer dizer que antes de se pugnar pela reclusão de um eventual suspeito fundamentada por um arcabouço probatório deficiente, deve-se sondar se algum direito do indivíduo não está sendo lesado.

Incontestavelmente, as incrementações feitas pelo Pacote Anticrime, mesmo que atualmente suspensas, agregam consideravelmente para o reforço das premissas democráticas, através da ênfase de um juiz imparcial e da adoção de medidas processuais eficazes e coerentes.

Dessa forma, a presente pesquisa respondeu à problemática proposta, qual seja, que há conflito aparente entre a exclusiva prova da palavra da vítima no estupro de vulnerável e o princípio *in dubio pro reo*.

Nessa senda, chegou-se ao resultado de que o ordenamento jurídico vigente inadmite a palavra da vítima como elemento exclusivo de prova apto a autorizar a

condenação, sendo que essa, quando fundamentada exclusivamente na palavra da vítima, constitui ofensa ao princípio constitucional do *in dubio pro reo*.

Observou-se dos julgados trazidos à baila que nos crimes contra o patrimônio e contra a dignidade sexual, ou seja, aqueles cometidos longe dos olhos testemunhais e sob o panorama da clandestinidade, à palavra da vítima é dada especial importância.

A despeito disso, conclui-se que esse elemento de prova, além de dotar de verossimilhança e aparente exatidão, deve ser corroborado a outras provas para modificar o *status* natural da presunção de inocência, incorrendo na condenação do réu.

Com base nisso, percebe-se que a tarefa incumbida ao julgador transcende a mera aplicação da lei, devendo ser realizada, para que os fins almejados pelo Estado sejam atingidos, uma análise pormenorizada do arcabouço probatório produzido na instrução processual.

Nesse diapasão, o presente estudo contou com a contemplação de todos os objetivos almejados inicialmente, revelando-se a presente análise como imprescindível para o entendimento acerca do elemento de prova da palavra da vítima no processo penal.

Como desafio para pesquisas futuras resta a questão do tratamento da prova da palavra da vítima ou com a supressão ou com a efetiva incrementação das disposições meditadas pelo Pacote Anticrime, a fim de que haja a apreciação dos resultados obtidos pela introdução dos dispositivos da medida, observando-se, por exemplo, se a presunção da inocência e o *in dubio pro reo* foram protegidos ou não.

A pesquisa em evidência revela-se de grande contribuição para o estudo não somente do princípio do *in dubio pro reo* e do meio de prova da palavra da vítima. Em verdade, afigura-se de grande valia para entender as próprias premissas e fundamentos de um estado democrático de direito.

A compreensão dos conceitos e linhas de raciocínio demonstradas contribuem, inclusive, para que a sociedade passe a reanalisar as suas próprias concepções, dentre elas a de que o cerceamento da liberdade deve se sobrepor aos direitos indisponíveis dos indivíduos.

Diante do exposto, conclui-se que, embora o estupro de vulnerável se trate de um delito altamente reprovável e repugnante, no contexto de um acervo probatório exíguo, não poderá a palavra da vítima ser o único fundamento para embasar a condenação, caso contrário, representará ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, especialmente no desdobramento inerente ao *in dubio pro reo*.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 1 abr. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. não paginado. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. não paginado. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo

penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022c]. não paginado. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Nº 1577702 DF 2019/0268246-6**, Relator: Ministra Laurita Vaz, 18 de agosto 2020. Brasília: DF: Superior Tribunal de Justiça, 1 set. 2020a. não paginado. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1238712695>. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**. Relator: Ministro Luiz Fux, 15 de janeiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, [2020b]. não paginado. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Juizdasgarantias.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus Nº 496973 DF 2019/0063913-8**. Relator: Ministro Felix Fischer, 7 de maio de 2019. Brasília: DF: Superior Tribunal de Justiça, 13 maio 2019. não paginado. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/710164516>. Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1430724 RJ 2014/0016451-9**. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 17 de março de 2015. Brasília: DF: Superior Tribunal de Justiça, 24 mar 2015. não paginado. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/178706317/relatorio-e-voto-178706327>. Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Presidência da República, 2019. não paginado. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm). Acesso em: 18 abr. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (5. Turma). **Apelação Criminal. N. 00000369420198070005 DF 0000036-94.2019.8.07.0005**. Relator: Cesar Loyola, 17 de fevereiro de 2022. Brasília, DF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 07 mar. 2022. não paginado. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1404138299?s=paid>. Acesso em: 20 mar. 2023.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. Lei Maria da Penha: as alterações da Lei 14.550/23 com perspectiva de gênero. **Revista Consultor Jurídico**, 25 abr. 2023. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2023-abr-25/tribuna-defensoria-maria-penha-alteracoes-lei-14550-perspectiva-genero#\\_ftn2](https://www.conjur.com.br/2023-abr-25/tribuna-defensoria-maria-penha-alteracoes-lei-14550-perspectiva-genero#_ftn2). Acesso em: 29 abr. 2023.

FARACO NETO, Pedro; LOPES, Vinicius Basso. Breves considerações sobre o método de valoração de provas no processo penal e a impossibilidade de inversão do ônus da prova. **Ciências Jurídicas**, v. 23, n. 1, 2022, p. 28-33. Disponível em:

<https://revistajuridicas.pgskroton.com.br/article/view/10117>. Acesso em: 1 out. 2022

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. 2015a.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MENDES, Walker Castro; NASCIMENTO, Isabel Cristina Silva; LEONEL Juliano de Oliveira. A Presunção de inocência nos crimes contra a dignidade sexual: o valor probatório da palavra da vítima vs in *dubio pro reo*. **RECIMA21 -Ciências Exatas e da Terra, Sociais, da Saúde, Humanas e Engenharia/Tecnologia**, v.3, n.6, 2022, Disponível em:

<https://recima21.com.br/index.php/recima21/article/view/1570/1196>. Acesso em: 20 mar. 2023.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. (5. Câmara Criminal). 0004533-15.2019.8.16.0131 - Pato Branco. Relator: Juiz de Direito Humberto Goncalves Brito, 28 de janeiro de 2023. não paginado. Disponível em:  
<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000022588371/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0004533-15.2019.8.16.0131>. Acesso em: 18 abr. 2023.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. (5. Turma). **Apelação Criminal 0000046-56.2018.8.27.2709**. Relator: Des. Adolfo Amaro Mendes, 05 de julho de 2022, Palmas -TO: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 21 jul. 2022a. não paginado. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento.php?uuid=a6ac0809447b9ae66d3039f224c70030&options=%23page%3D1>. Acesso em: 18 abr. 2023.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. (5. Turma). **Apelação Criminal, 0001971-26.2014.8.27.2710**. Relator: Des. Adolfo Amaro Mendes, 14 de novembro de 2022, Palmas -TO: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 21 nov. 2022b. não paginado. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento.php?uuid=37058eb55a97e247bf1c102dc22be3a4&options=%23page%3D1>. Acesso em: 18 abr. 2023.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. (3. Turma). **Apelação Criminal 0035766-29.2019.8.27.0000**. Relator: Des. Maysa Vendramini Rosal, 12 de maio de 2020, Palmas -TO: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 21 maio 2020. não paginado. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento.php?uuid=37058eb55a97e247bf1c102dc22be3a4&options=%23page%3D1>. Acesso em: 18 abr. 2023.



## A CREDIBILIDADE DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES DE ESTUPRO

**GÊOVANNA CARNEIRO MACIEL.**

Bacharelanda em Direito pela  
Universidade de Gurupi – UnirG<sup>16</sup>.

KÁRITA LUSTOSA BARROS<sup>17</sup>.

(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo teve como escopo discorrer sobre a eficácia da prova testemunhal frente aos crimes sexuais. Desse modo, fica claro observar inicialmente, que nos crimes de natureza sexual, em muitos casos, o único meio de prova é a testemunha da vítima. Em decorrência destes casos, ela se torna fundamental. Apesar de já ser reconhecido a relevância da oitiva da testemunha, é preciso que o seu depoimento seja aliado a outros elementos no processo. Com isso, pretendeu-se nessa pesquisa evidenciar o impacto que a palavra da vítima possui para a elucidação do crime de estupro. Como procedimento metodológico, foi utilizada a metodologia dedutiva, visto que foi embasada nas ideias apresentadas com o procedimento de pesquisa bibliográfica documental. Nos resultados, se estabeleceu que considerando todas as particularidades destes tipos de crime e a dificuldade probatória, a prova testemunhal interfere na condenação de um acusado. Nesse sentido, é preciso que a palavra da vítima seja corroborada com outras provas do processo.

**Palavras-chave:** Testemunho. Credibilidade. Vítima. Estupro.

### THE CREDIBILITY OF THE VICTIM'S WORD IN RAPE CRIMES

**ABSTRACT:** The present study was scope to discuss the effectiveness of the testimonial evidence against sexual crimes. Thus, it is clear initially to observe that in crimes of a sexual nature, in many cases the only means of proof is the victim's witness. As a result of these cases, it becomes fundamental. Although the relevance of the witness's hearing is already recognized, its testimony must be combined with other elements in the process. With this, it was intended in this research to highlight the impact that the victim's word has for the elucidation of the crime of rape. As a methodological procedure, the deductive methodology was used, as it was based on the ideas presented with the documentary bibliographic research procedure. In the results, it was established that considering all the particularities of these types of crime and the probative difficulty, the testimonial evidence

<sup>16</sup> E-mail: [geovannacmaciel@unirg.edu.br](mailto:geovannacmaciel@unirg.edu.br).

<sup>17</sup> Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: [karitablustosa@unirg.edu.br](mailto:karitablustosa@unirg.edu.br).

interferes with the condemnation of an accused. In this sense, the victim's word must be corroborated with other proof of the process.

**Keywords:** A testimony. Credibility. Victim. Rape.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Os crimes sexuais no Brasil: aspectos gerais. 3. A prova testemunhal no Direito brasileiro. 4. A prova testemunhal no crime de estupro. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Em um mundo cada vez mais globalizado, as relações humanas vão se ampliando e se moldando de acordo com as mudanças advindas. E isso se reflete na área penal. Diariamente se verifica um número cada vez mais frequente de ocorrência de crimes de cunho sexual, a ponto de serem considerados os mais temidos.

Ocorre que os crimes dessa natureza são muitas vezes cometidos de maneira clandestina, deixando poucos rastros e provas além de uma vítima completamente frágil e abalada. No caso do crime de estupro, considerado um dos mais graves nesse grupo, os efeitos são ainda mais nefastos. É nesse ponto que se discute esse estudo.

A prova testemunhal é de suma importância para o processo penal, pois em muitas situações é a única maneira de se provar algum ato/fato jurídico. Nos crimes sexuais isso ainda é mais evidente, haja vista que a ocorrência dos crimes dessa natureza se dá em locais distantes, isolados e de forma clandestina, ou no caso dos vulneráveis no próprio domicílio, mas sem qualquer indício de execução, o que acaba por dificultar a colheita de provas técnicas para a sua elucidação (RIBEIRO, 2019).

Frente a isso, o presente estudo teve como escopo discutir o valor probatório da testemunha na ocorrência de crimes sexuais. Para melhor limitar a discussão desse tema, focou-se no crime de estupro. Para isso, se analisou o peso que uma testemunha possui na comprovação do delito e a sua autoria.

Cabe lembrar que no crime de estupro (assim como os outros de natureza sexual), a testemunha da vítima possui enorme importância, principalmente quando não há outras provas. Em outras palavras, a palavra do ofendido caso seja feita de forma coerente, coesa e alinhada aos fatos ocorridos, pode perfeitamente ser considerada prova suficiente para a possível condenação (PACELLI, 2017).

Portanto, no decorrer de sua análise procurou-se responder: qual o impacto da prova testemunhal na comprovação no crime de estupro?

Na busca por respostas a essa problemática, tratou-se essa pesquisa em analisar os aspectos jurídicos, sociais e jurisprudenciais a respeito da prova testemunhal no delito do estupro, apresentando os efeitos e consequências jurídicas desse ato.

Para a realização da pesquisa foi feita uma revisão de literatura, constituído de estudo bibliográfico e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos vinculados à análise da palavra da vítima no crime de estupro e de outras doutrinas disponíveis relacionadas ao tema. A coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, dentre outros, entre os meses de março e abril de 2023. Os descritores foram: Crimes Sexuais. Estupro. Palavra da vítima. Legislação Brasileira.

## **2. OS CRIMES SEXUAIS NO BRASIL: ASPECTOS GERAIS**

Os crimes sexuais é uma temática muito discutida na sociedade moderna. Mesmo sendo praticada desde os primórdios da civilização, é no cenário atual que esses crimes têm ganhado destaque. Muito dessa relevância se deve ao crescente número de casos onde mulheres, que são o grupo majoritário, e os dito vulneráveis (crianças e enfermos) são vítimas de crimes de cunho sexual.

Com o crescimento social verificado mais incisivamente no decorrer do século XX, onde se verificou uma mudança de comportamento humano e a presença de fortes movimentos sociais, como por exemplo, o feminismo, o contexto da sexualidade também foi se ampliando.

Desse modo, a discussão passou a ser mais sobre os crimes que tinha destinação sexual do que somente questões relacionadas à procriação. Com o aumento de casos onde era possível notar a motivação social, o Direito penal começou a normatizar condutas lesivas às vítimas.

Nesse sentido, encontram-se dentro da área penalista os denominados crimes sexuais. Historicamente, esse termo era referente aos crimes contra os costumes. Por não mais representar a realidade social, se alterou em 2009 por meio da Lei nº 12.015, o Título VI do Código Penal este termo para os chamados crimes contra a dignidade sexual (GRECO, 2014).

Com o novo termo, ficou mais nítido destacar que o que importa não é o comportamento sexual dos indivíduos, e sim a sua dignidade sexual. Sobre essa mudança, Sarlet (2013) acentua que isso é importante porque trouxe maior observação à dignidade da pessoa, no sentido de que cada indivíduo possui a sua própria particularidade e por conta disso merece respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.

O que se verifica é uma mudança de pensamento. Se antes o sexo era visto apenas como um costume social, hoje ele é visto como um instituto pertencente à qualidade de cada indivíduo, de modo particular e específico. Se antes se buscava proteger a virgindade das mulheres, hoje se busca penalizar, por exemplo, a exploração sexual de crianças e adolescentes (GRECO, 2014).

Dentro da norma jurídica penalista, no que se refere aos crimes sexuais, pode-se encontrar penalizado atualmente os crimes de estupro e do atentado violento ao pudor (art. 213). Além destes, visando proteger os menores de 14 anos e enfermos ou deficientes mentais, encontra-se o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A).

Importante mencionar que a norma penalista inovou ao determinar que os crimes em desfavor da dignidade sexual fossem processualmente tramitados em segredo de justiça (art. 234-B). Essa previsão se deve para evitar uma exposição das vítimas (e também do autor do crime) de forma indevida e excessiva.

Desde 2009 quando houve tais avanços a sociedade presenciou o aumento do número de casos envolvendo os crimes digitais. São crimes onde o autor utiliza meios informáticos e digitais (como celulares, por exemplo) como meio de cometimento de vários delitos, como os financeiros, morais e também os sexuais.

Souza; Herrera; Teotônio (2019, p. 02) acentuam que devido a esses avanços tecnológicos, se verificou uma maior expansão na prática de crimes de natureza sexual, onde o uso de webcams, de câmeras fotográficas além das redes sociais e smartphones, foram utilizados pelos indivíduos não apenas para trabalhar ou ampliar a rede de contatos, mas também para expor a vida íntima, o que acaba facilitando o surgimento de crimes sexuais na rede.

Sem adentrar na explanação de cada um dos crimes sexuais previstos na legislação brasileira, o fato é que na maioria dos casos de crimes sexuais, uma das principais formas de elucidação do crime é por meio de prova testemunhal. Sobre esse instituto, tem-se o tópico seguinte.

### **3. A PROVA TESTEMUNHAL NO DIREITO BRASILEIRO**

No Direito, é costumeiro notar que para que haja uma condenação é imprescindível que se tenha a prova, uma vez que sem ela não há como especificar o criminoso. Desta feita, a prova pode ser entendida como “os meios e atos usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados” (RIBEIRO, 2019, p. 02).

Assim, no processo penal, a prova representa o agrupamento de atos que buscam fazer com que o magistrado seja convencido de que a reconstituição dos acontecimentos

alegados seja verídica (GONÇALVES; LENZA, 2013). No entanto, no direito moderno há uma mudança sobre o valor probatório.

Sobre isso, Ribeiro (2019) argumenta que a doutrina mais atual entende que não se consagra somente o princípio da verdade material, ou seja, é preciso ressaltar a busca da verdade, o que possibilita os magistrados – a determinação *ex officio* – da produção de provas no decorrer do processo.

Nesse campo, dentro do instituto da prova, existe a prova testemunhal, objeto central desse estudo. Vários são os conceitos que se apresentam sobre a prova testemunhal. A título de exemplo, inicialmente Sá (2016) afirma que a prova testemunhal pode ser entendida como um caminho de se provar por meio da oratória de um terceiro ou estranho à causa. Com isso, esse indivíduo irá depor em juízo sobre fatos que presenciou e sejam pertinentes ao deslinde do processo.

No mesmo caminho, Gonçalves (2016) aduz que a testemunha é uma pessoa física que vai à juízo com o objetivo de prestar informações inerentes aos fatos importantes para o julgamento. O mesmo autor pondera que apesar de que a prova testemunhal ser frequentemente apontada como um ponto em aberto, uma vez que a memória humana é falha, ainda assim é considerada como um dos meios de prova mais utilizado pelo Judiciário.

A prova testemunhal, como observado é feito por uma pessoa física. Discorrendo sobre essa questão, Moreira (2016, p. 02) explica que testemunha, em sentido próprio, é “pessoa diversa dos sujeitos principais do processo que é chamado em juízo para declarar, sob juramento, a respeito de circunstâncias referentes aos fatos delituosos objeto da ação penal”.

Os fundamentos da existência da prova testemunhal recaem na presunção de que “os homens percebam e narrem a verdade, presunção fundada, por sua vez, na experiência geral da humanidade, a qual mostra como na realidade, e no maior número de casos, o homem é verídico” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 12).

No ordenamento jurídico brasileiro, ela se encontra normatizada no Código de Processo Civil, ao qual o art. 442 afirma que a mesma é sempre admissível, exceto nas restrições que a própria lei impõe.

No Brasil, a testemunha pode ser identificada como:

#### **QUADRO 1 – Identificação da Prova Testemunhal**

TESTEMUNHA	DESCRIÇÃO
Referida	Aquela que, não tendo sido arrolada pelas partes, poderá ser ouvida pelo Juiz por ter sido citada por uma outra testemunha, dita referente. A inquirição da testemunha referida pode ser determinada de ofício ou a partir de requerimento das partes.
Judicial	Aquela ouvida por ordem do Juiz, independentemente de indicação ou requerimento das partes.
Própria	Depõe sobre fatos que dizem respeito diretamente ao objeto do processo, ao <i>thema probandum</i> , seja porque os presenciou, seja porque deles ouviu dizer.
Imprópria ou Instrumental	Declara ou certifica fatos que não se referem diretamente ao mérito da ação penal. Na verdade, a testemunha imprópria não presenciou nem ouviu dizer dos fatos objeto da ação, mas assistiu a um ato da persecutio criminis, seja na primeira ou na sua segunda fase, funcionando como um meio de garantia da veracidade e da legalidade de determinado ato.
Informante ou declarante	É a testemunha que está dispensada por lei a prestar o compromisso. São elas os doentes e deficientes mentais e os menores de 14 anos, além de todas aquelas elencadas no art. 208, CPP.



Direta	É a testemunha de <i>visu</i> , que sabe dos fatos porque os viu diretamente, os presenciou sensorialmente.
Indireta	Esta testemunha declara sobre o que ouviu dizer e não a respeito do que viu, testemunha de <i>auditu</i> .

**Fonte:** MOREIRA (2016)

De todo modo, a prova testemunhal é de suma importância para o Direito brasileiro. Objetivando nortear o juiz na formação de seu convencimento, a prova testemunhal é uma importante ferramenta para que com base nos fatos narrados pela testemunha, o magistrado possa julgar a demanda de forma justa e correta.

Nesse tipo de prova, é coerente entender que se deve ater aos mínimos detalhes, pois apenas o depoimento da testemunha não é suficiente, é preciso verificar se há possíveis motivos de contradita, se as outras provas no processo estão em acordo com o relatado pela testemunha, dentre outros pontos.

No que se refere aos direitos e deveres das testemunhas, entre os quais está a importância de dizer a verdade, o de serem reembolsadas dos valores gastos com sua locomoção, e o direito de ser tratada com respeito (NEVES, 2017).

#### **4. A PROVA TESTEMUNHAL NO CRIME DE ESTUPRO**

Praticado desde os primórdios da civilização, o crime de estupro, atualmente, está normatizado no código penal com texto trazido pela Lei nº 12.015/09 (BRASIL, 2009). Em seu texto diz:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

(BRASIL, 2009)

Conceitualmente, o estupro é o delito que fere a liberdade sexual do indivíduo. É a quebra da liberdade de escolha de uma pessoa, que contra a sua vontade pratica um ato sexual com terceiro (CUNHA, 2017). Gonçalves (2020) exemplifica que a liberdade sexual, nesses casos é efetivada por meio do consentimento. Quando há uma violação dessa liberdade, a ponto de impedir que a vítima possa exercer esse poder de consentimento, adentra-se a natureza originária do crime de estupro.

Insta salientar que dentro do crime de estupro existem determinadas vítimas que pelas suas características acaba por receber tratamento diferenciado pelo Código Penal brasileiro. Nesse grupo encontra-se crianças, adolescentes ou algum deficiente físico por exemplo. O que eles têm em comum são a sua vulnerabilidade, que nos crimes de natureza sexual recebe atenção especial., que neste caso se denomina de estupro de vulnerável.

O crime de estupro de vulnerável se encontra presente no art. 217-A do códex penalista brasileiro e tem o seguinte texto:

**Art. 217-A.** Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

**Pena** - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

§ 2º Vetado

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

(BRASIL, 2009)

Passados essas considerações preliminares sobre tais crimes, no que concerne a discussão central desse estudo, nota-se que a palavra da vítima é de fundamental importância para o meio de prova nestes delitos.

Como bem cita Cunha (2017) um dos maiores desafios durante o processo investigatório dos crimes sexuais é o colhimento probatório da palavra da vítima. Muitas vítimas sofrem severos abalos emocionais, além dos físicos, fazendo com que esse quadro psicológico possa interferir no seu depoimento testemunhal.

Por conta disso, em crimes dessa natureza, os depoimentos prestados pelas vítimas se tornam essenciais, haja vista que em muitos casos não se encontra outros meios de prova. Nesses casos, o que a vítima disser sobre o ocorrido e se esse depoimento se alinhar sobre as informações que forem coletadas durante a persecução processual, o seu testemunho pode ser suficiente para a sentença condenatória (PACELLI, 2017).

No texto do art. 167 do Código de Processo Penal deixa claro que na ausência do exame de corpo de delito, a prova testemunhal poderá substituí-la. Insta salientar que esse fato não é regra geral e sim a única hipótese (taxativo). (PIERI; VASCONCELOS, 2017).

No entanto, pelo fato de a vítima possuir o objetivo de conseguir a condenação do acusado, ela pode prestar testemunho tendencioso. Para fugir dessas “armadilhas”, deve o magistrado dar relevância tanto da palavra da vítima quanto da defesa do acusado. Para isso, o juiz tem de buscar informações no que se refere aos antecedentes criminais, dados pessoais, dentre outros, da vítima. Do acusado deve observar os relacionamentos anteriores, algum sinal de violência, entre outras informações (PACELLI, 2017).

Assim, é evidente considerar que a palavra da vítima na testemunha da ocorrência de um crime de estupro assume papel decisivo no processo, independente do seu estado psicológico e emocional. A sua palavra juntamente com outros indícios probatórios, ajuda o juiz a tomar a decisão justa (BARBOSA, 2019).

Tão importante que em 2018 o Superior Tribunal de Justiça divulgou a edição 111 de *Jurisprudência em Teses* cujo tema era Provas no Processo Penal (II) onde destacou, dentre outras teses, que em “delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que seja em consonância com as demais provas acostadas aos autos”.<sup>18</sup>

Com base nessa tese, encontra-se:

---

<sup>18</sup> Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 28 abr. 2023.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENÇÃO.** REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO ADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para entender-se pela absolvição do recorrente, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência que, conforme cediço é incabível na via do recurso especial, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ. 2. É válida a motivação lançada para elevar a pena-base pelas consequências, uma vez que as instâncias ordinárias explicitaram o trauma sofrido pela ofendida, consistente na apresentação de quadro depressivo, acompanhado de automutilação e tendência suicida, bem como alteração em seu desenvolvimento sexual, demonstrada pela repulsa por sexo heterossexual. 3. O julgador está autorizado a impor fração acima do mínimo pela continuidade delitiva nas hipóteses em que ficar incontestado que os abusos de natureza sexual faziam parte da rotina familiar, como no caso. 4. **A jurisprudência desta Corte Superior entende que: 'Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos'.** 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1275114/DF AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2018/0081491-5 Relator(a): Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 21/08/2018. Data da Publicação/Fonte: DJe 03/09/2018). (grifo do autor)

Estefam (2019) acrescenta que no crime de estupro, a palavra da vítima se torna fundamental. Quando ela é relatada de forma firme, clara e segura, bem como se harmonizam com os demais elementos de prova existentes nos autos, certamente o Magistrado irá considerar tais feitos como medida probatória para a condenação nesses casos.

Como já mencionado, é de costume que o delito em comento se reveste de clandestinidade e por tal motivo, a jurisprudência pátria é reiterativa no sentido de que o depoimento da vítima adquire relevância.

Nesse mesmo caminho, cabe citar outra jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REEXAME DE MATÉRIA

FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Concluindo o Tribunal de origem, soberano na análise dos elementos fáticos e probatórios carreados aos autos, acerca da suficiência de elementos capazes de imputar a autoria delitiva ao ora agravante, não havendo meio de se desconstituir tal compreensão sem novo e aprofundado exame do conjunto de evidências coletados ao longo da instrução criminal, inviável a alteração do acórdão recorrido, ante o óbice contido no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. 2. A fundamentação adotada pela Corte Estadual acompanha o entendimento jurisprudencial consagrado neste Sodalício no sentido de que, **em razão das dificuldades que envolvem a obtenção de provas de crimes que atentam contra a liberdade sexual, praticados, no mais das vezes, longe dos olhos de testemunhas e, normalmente, sem vestígios físicos que permitam a comprovação dos eventos - a palavrada vítima adquire relevo diferenciado, como no caso destes autos.** [...] 4. Devidamente caracterizada a conduta descrita no art. 217-A do Código Penal, pelo fato do agravante ter passado a mão na vagina e nas nádegas da menor por debaixo de suas vestes enquanto dormia, impõe-se a condenação pela prática do delito na modalidade consumada, entendimento que guarda harmonia com a jurisprudência deste Sodalício, incidindo, portanto, a Súmula n. 83/STJ. 5. Agravo improvido. (AgRg no AREsp 1245796/SC. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2018/0030194-7. Relator(a): Ministro JORGE MUSSI. Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 07/08/2018. Data da Publicação/Fonte: DJe 17/08/2018). (grifo do autor)

Como mostra o julgado acima, muitas são as situações onde o crime sexual ocorre sem outras testemunhas, ou seja, longe dos olhos de familiares ou terceiros. Isso acaba por dificultar a elucidação dos crimes sexuais. Nesse sentido, a palavra da vítima se torna fundamental, porque é ela quem irá condicionar a investigação e posteriormente a identificação da autoria do crime.

Ainda nesse cenário, importante salientar que a materialidade dos crimes contra a liberdade sexual prescinde de demonstrativo técnico pericial, considerando que tais ações não necessariamente deixam vestígios detectáveis.

Sobre a questão, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, inclusive, que no crime de estupro a não realização de prova pericial não compromete o acervo probatório, quando presentes outros elementos de convicção a ensejar a condenação:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO AO FUNDAMENTO DA DECISÃO ATACADA. AGRAVO QUE DEVE SER CONHECIDO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. PROVA PERICIAL NÃO PRODUZIDA. PRESCINDIBILIDADE. HIGIDEZ DO CONJUNTO PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL MAS LHE NEGAR PROVIMENTO. (...) 3. **A não realização de laudo pericial não compromete a higidez do conjunto probatório que indica a existência de elementos concretos, coesos e idôneos a ensejar a condenação pelo crime de estupro de vulnerável.** 4. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes contra a liberdade sexual, praticados, em regra, de modo clandestino, a palavra da vítima possui especial relevância, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios. (...) (AgRg no AREsp 1586879/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 09/03/2020)

No mesmo sentido, Nucci (2017, p. 693) também defende que o exame de corpo de delito é mesmo prescindível para comprovação da materialidade do referido crime, vez que “pode-se provar a existência do estupro por outras provas, inclusive pela palavra da vítima, quando convincente e segura”.

Neste caso, o estupro pode ocorrer através de vias de fato, que não deixam marcas visíveis e passíveis de constatação por exame de corpo de delito. Além disso, pode ocorrer por meio da grave ameaça, que também não deixa vestígios. Desta forma, Masson (2019) entende que não se pode rechaçar a existência do crime de estupro à luz, tão somente, do resultado da prova técnica, vez que o delito nem sempre deixa marcas visíveis e passíveis de constatação por exame de corpo de delito, podendo a ocorrência do fato criminoso ser demonstrada por outras provas.

Apesar de estar claro a relevância da palavra da vítima, a sua credibilidade pode ser corrompida quando verificada que dúvidas ou contradições. Além disso, muitas “vítimas” agem de má fé quando denunciam um crime de estupro. Nesses casos, esses agentes imputam a culpa a uma pessoa específica de forma injusta.

Tem-se como exemplo, os casos onde há denúncia de crime de estupro de vulnerável. Por se tratar de vítimas vulneráveis, portanto, dependentes de terceiros, muitos são influenciados por estes a testemunharem em desfavor de uma pessoa. Por essa razão, é plenamente possível que haja uma denúncia influenciada por terceiros (geralmente os próprios pais ou outros interessados) que visem prejudicar o suposto agressor (PACELLI, 2017).



Cabe ressaltar também, as falsas memórias, comuns em numerosos casos. Conceitualmente, as falsas memórias são entendidas como aquelas “lembranças de casos ou situações que não existiram, de ocorrências que não estivera presente, de locais que nunca foi, ou de lembranças distorcidas” (STEIN; PERGHER, 2001 apud RIBEIRO, 2019, p. 04).

Nesse sentido, Barbosa (2019, p. 08) salienta que “o processo penal acaba por depender, excessivamente, da ‘memória’ das testemunhas, desconsiderando o imenso perigo que isso encerra”. E isso é perigoso, uma vez que a memória humana é bastante frágil, manipulável e traiçoeira.

Nesse sentido, quando o relato da vítima não está condizente com as outras provas adquiridas, necessário impor a absolvição do réu. Sobre essa questão, cabe citar o seguinte julgado que discorre a respeito desse assunto:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal de origem **não reconheceu provas suficientes a atribuir o ato delituoso de estupro de vulnerável ao ora recorrido**. Vale dizer, **a Corte de origem teve dúvida** - devidamente fundamentada sobre o dolo de satisfação da lascívia por meio de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. 2. Para desconstituir essa conclusão - afirmar que houve, sim, a prática do ato libidinoso descrito na denúncia -, necessário seria o reexame das provas acostadas aos autos, o que é vedado pela Súmula n. 7 desta Corte. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.643.855/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 4/12/2017).

Assim, ter como base apenas a palavra da vítima para a condenação do acusado se mostra um enorme desafio ao direito penal brasileiro. Muitas vezes, postas em juízo não querem desagradar o psicólogo o juiz, o promotor ou qualquer outro responsável que lhe acompanha, assim como temem sofrer represálias por não saber as consequências de tais atitudes (GARBIN, 2016).

Ademais, para fins desse estudo, entende-se que se basear unicamente na palavra da vítima como prova única nos crimes sexuais, ainda que seja de extrema relevância, apresenta um enorme risco, justamente por apresentar indícios de influência de terceiros ou de falsa memória. Nesse ponto, o ideal seria aliar o testemunho apresentado com outras provas cabíveis. Em caso de dúvida, aplica-se o princípio do *in dubio pro reo*, uma vez que pode vir trazer a inocência do réu (GARBIN, 2016).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os crimes sexuais em sua grande maioria são considerados crimes clandestinos, pois ocorrem em lugares íntimos ou obscuros, sem testemunhas. Nessas situações a única forma de se provar a autoria e a materialidade do crime são por meio da palavra da vítima.

Diante desse fato, muito se questiona no meio jurídico e social a real importância que a palavra da vítima possui para definir a ocorrência do crime e o seu autor. Isso se torna ainda mais importante quando se analisa os crimes sexuais e a sua complexidade.

Desse modo, a análise desse tema se torna importante, porque a prova testemunhal, em que pese a sua importância, pode não ser totalmente eficaz na comprovação de um crime sexual, como por exemplo, no caso de estupro. No decorrer desse estudo, evidenciou casos jurídicos onde a vítima teve a sua credibilidade afetada por apresentar fatos do crime de forma desconexa ou por falsas memórias.

Com isso, na ocorrência de uma prova testemunhal frágil ou incoerente, podem ocorrer diversas consequências, como por exemplo, em erro judiciário. Assim, fica evidente vislumbrar o quão necessário se torna a discussão sobre esse tema.

Em razão do fato de não se pode deixar um delituoso sem a devida condenação nos crimes de natureza sexual, e nos casos de não haver provas da materialidade do delito, atribui-se enorme valoração à palavra da vítima nesses tipos de delitos, sejam eles praticados na clandestinidade ou não. No primeiro caso, se faz necessário que a palavra da vítima seja inalterada no curso da ação penal, também de maneira segura, coerente, estável e harmônica juntamente com a ocorrência dos fatos, para que assim não tenham uma inequívoca punição à um inocente.

Todavia, o testemunho da vítima no crime de estupro é também muito arriscado, sendo encontrada uma enorme quantidade de denúncias caluniosas e mentirosas, tendo como consequências o prejuízo na imagem social do acusado e a possível prisão de um inocente. Nesse sentido, quando o relato da vítima não está condizente com as outras provas adquiridas, necessário impor a absolvição do réu.

Ademais, evidencia-se o entendimento de que a palavra da vítima assume relevante importância em casos de estupro, desde que em harmonia com os demais elementos de prova, devendo sempre ser cotejada com a totalidade do conjunto probatório, não sendo hábil, por si só, a fundamentar um decreto condenatório, o qual exige absoluta certeza e segurança acerca da materialidade e autoria delitivas.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Wanderley Sand da Cruz. **Estupro de vulnerável e o risco de atribuir o valor probante à palavra da vítima.** 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53612/estupro-de-vulneravel-o-risco-de-atribuir-o-valor-probante-palavra-da-vitima>. Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <http://planalto.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. **Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual.** Disponível em: <http://planalto.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (artigos 121 ao 361).** 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais.** São Paulo: Saraiva, 2019.

FREDERICO, André Ramos. **O Valor da Palavra da Vítima nos crimes de Estupro.** Claudia Seixas Sociedade de Advogados, São Paulo, 01 de Fev. de 2016. Disponível em: <http://claudiaseixas.adv.br/o-valor-da-palavra-da-vitima-em-crimes-de-estupro/>. Acesso em: 28 abr. 2023.

GOMES, Rafael Tavares. **O valor jurídico do inquérito policial para a ação penal.** Artigo Original. Jus Navigandi, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquemático:** parte especial. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Coordenador, LENZA Pedro. **Direito Processual Civil Esquemático.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial.** São Paulo: Saraiva, 2020.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual.** 2014. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-sexual>. Acesso em: 27 abr. 2023.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2016.

MACHADO, Nealla Valentim; PEREIRA, Silvio da Costa. **Sexting, mídia e as novas representações da sexualidade.** In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 36., 2013, Manaus. Papers. Manaus: Intercom, 2013. p. 1 - 12. Disponível

em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2013/resumos/R8-1134-1.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2023.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)**. v. 3. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A prova testemunhal**. 2016. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/160990946/a-prova-testemunhal>. Acesso em: 26 abr. 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 9 ed. Editora: Juspodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 21ª edição. Atlas, 2017.

PIERI, Rhannele Silva de; VASCONCELOS, Priscila Elise Alves. **Estupro de vulnerável: a palavra da vítima e os riscos da condenação**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56869/estupro-de-vulneravel-a-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao>. Acesso em: 27 abr. 2023.

RIBEIRO, Andressa de Menez. **A valoração da prova testemunhal e os riscos de condenação nos crimes de estupro**. 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53854/a-valorao-da-prova-testemunhal-e-os-riscos-da-condenao-nos-crimes-de-estupro>. Acesso em: 19 abr. 2023.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SOUZA, Gabriel Vinicius de; HERRERA, Larissa; TEOTÔNIO, Paulo José Freire. **A contemporaneidade e a tipificação dos crimes sexuais**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76335/a-contemporaneidade-e-a-tipificacao-dos-crimes-sexuais>. Acesso em: 14 mar. 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

## **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL**

**GLENDANERES FERREIRA:** Bacharelanda no curso de Direito pela Universidade de Gurupi, UNIRG<sup>19</sup>.

CELMA MENDONÇA MILHOMEM JARDIM<sup>20</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** A violência obstétrica no Brasil vem tomando cada vez mais proporção, mas, ainda continua ignorada em âmbito nacional sem analisar como os comportamentos caracterizados pela violência interferem na vida das gestantes e puérperas. Após analisar a falta de informação para mulheres e profissionais, através de um estudo bibliográfico, observa-se que existe a necessidade de uma legislação que criminalize diretamente a violência obstétrica, visando punir os profissionais infratores e auxiliar no combate às práticas que ofendam gestantes.

Palavras-chave: violência obstétrica; gestantes; negligência.

**ABSTRACT:** Obstetric violence in Brazil has been taking on an increasing proportion, so that it remains ignored at the national level without analyzing how the behaviors characterized by violence interfere in the lives of pregnant and puerperal women. After analyzing the lack of information for women and professionals, through a bibliographical study, it is observed that there is a need for legislation that would directly criminalize obstetric violence, aiming to punish the offending professionals and help in the fight against practices that offended pregnant women.

**Keywords:** obstetric violence; pregnant women; negligence.

### **1. INTRODUÇÃO**

A violência obstétrica é caracterizada por intervenções praticadas por profissionais da área da saúde contra gestantes, seja durante o parto ou pós-parto. A violência abrange todos os atos em que a gestante é inibida da autonomia do próprio corpo, seja por abuso ou pela falta de informações sobre os procedimentos médicos ou impedimento da livre escolha.

---

<sup>19</sup> E-mail: [glendaneresfereira@gmail.com](mailto:glendaneresfereira@gmail.com)

<sup>20</sup> Professora no curso de Direito pela Universidade de Gurupi, Unirg. E-mail: [mscelmamilhomem@hotmail.com](mailto:mscelmamilhomem@hotmail.com),

Cada vez mais a temática relacionada à mulher, principalmente no que se diz respeito à gravidez, vem causando sérias discussões sociais, trazendo à tona a violência obstétrica, uma realidade que atinge diretamente as mulheres. Trata-se de um desrespeito à mulher, e principalmente à sua integridade física e psíquica que pode se manifestar por meio de violência ou de procedimentos invasivos.

O fato primordial é que tal prática está associada à violência cometida pelas equipes de saúde e sem o consentimento da mulher no momento de “dar à luz”, que está relacionado a diversos fatores: o desconhecimento da grávida sobre seus direitos e as práticas durante o trabalho de parto.

O conceito de tal prática também é analisado, destacando-se o excesso de cesarianas que expõe as mulheres em ações intervencionistas e, muitas vezes, desnecessárias. Apesar de que a cesárea é essencial nos casos em que o parto normal pode representar risco, torna-se oposto quando o procedimento é feito sem justificativa científica e expresse consenso da gestante. Diante disso, é importante buscar estimular a reflexão e explorar alternativas para formar profissionais humanizados e aprimorar a prática da enfermagem, além de contribuir para as discussões atuais sobre direitos reprodutivos e violência de gênero contra a mulher.

Sendo assim, uma assistência humanizada refere-se à prestação de uma assistência priorizando a qualidade do cuidado, garantindo respeito aos direitos e sua individualidade, valorizando a autonomia, protagonismo e corresponsabilização dos sujeitos envolvidos no processo do cuidado. A devida assistência poderá suavizar as dores e temores das pacientes que necessitam de atendimento e cuidado nesse momento importante da mulher e da família.

Portanto, neste artigo tem como objetivo de realizar uma análise sobre a violência obstétrica para proporcionar o entendimento da conceituação desta, destacando onde esses processos ficam inacabados, revelando abusos e a impossibilidade das mulheres grávidas terem acesso para garantir seus direitos no sistema de saúde brasileira. Para tal, identificar as intervenções existentes e suas necessidades, passando pela hospitalização, até ao atual processo de humanização, bem como a legislação vigente.

## **2.DIREITO À HUMANIZAÇÃO DO PARTO**

No que diz respeito à humanização do parto, o Estado é incentivado a adotar políticas voltadas para a mulher, pois ela ocupa um espaço de extrema relevância no contexto brasileiro. Nesse sentido, leciona ROCHA; MARINHO (2019) apud NAGAHAMA; SANTIAGO (2005):



O Brasil, atualmente, tem passado por esse processo de mudança de cenário ainda muito tímido na realidade obstétrica do país. A preocupação com os altos índices de cesáreas, e o impacto causado na saúde dos bebês, haja vista os problemas respiratórios e no sistema imunológico das crianças, fez com que o Ministério da Saúde agregasse ao sistema de saúde brasileira, um programa de humanização na assistência às parturientes, conhecido como Humanização no Pré-natal e nascimento.

Verifica-se que atualmente no Brasil, mesmo que a questão da violência obstétrica esteja presente na legislação brasileira, ela ainda aparece pouco e de forma rasa, o que dificulta o enfrentamento desse tipo de violência, tendo em vista que como é pouco discutida muitos sequer entendem a respeito ou sabem que existem punições para tais condutas. (PERES, 2021, p.1)

Cumpra salientar, que não só a tipificação específica é necessária, mas também que ocorra a capacitação tanto dos profissionais da saúde, para que cumpram com as normativas impostas pelo Ministério da Saúde, que tratam sobre a humanização do parto e que tem como principal objetivo garantir que as parturientes tenham acesso a um acompanhamento e assistência de qualidade, quanto para os profissionais que lidam com questões do tipo no âmbito do poder judiciário, para que eles tenham um tratamento adequado a estas demandas que são extremamente sensíveis. (PERES, 2021, p.1).

O parto é marcado por muitas mudanças significativas no corpo da mulher, e além disso, não é raro ser visto como um momento crítico, de insegurança, medo da dor e do desconhecido. Porém, é um momento único e inesquecível na vida da mulher. Diante disso, a mulher necessita de atenção, respeito e empatia, esclarecendo sobre o que será feito, e acima de tudo, a participação mais ativa da gestante e o vínculo entre mãe e filho.

Ressalta-se que toda mulher tem direito a uma assistência digna, respeitosa e de qualidade durante a gestação. Discutir esse tema pode ajudar as mulheres a adquirirem mais conhecimento e é necessário mantê-las bem informadas sobre os riscos, procedimentos e opções para que possam evitar qualquer tipo de violência obstétrica e, caso sofram, possam denunciar tal violência. (CARDOSO, et. Al., 2017).

Dessa maneira, é fundamental que os momentos anteriores ao trabalho de parto sejam momentos de confiança com cuidado individualizado, acolhedor e qualificado, trazendo maior segurança entre profissionais e pacientes. É preciso estimular e possibilitar a autonomia da mulher no parto, garantindo que ela tenha liberdade para escolher o método que melhor se adequa à sua situação clínica e que os profissionais só intervenham quando realmente necessário.

### 3.VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E FORMAS DE ABUSO

Define Zanardo et. Al. (2009), a violência obstétrica através de um tipo de agressão psicológica exercida pelo sarcasmo, ameaças e coerção, bem como a violência física que torna o momento do parto difícil e desagradável por meio da manipulação e uma super exposição desnecessária do corpo feminino. Eles incluem ações como mentir para as pacientes sobre seu estado de saúde para induzir uma cesariana eletiva ou deixar de informar às pacientes sobre seu estado e procedimentos necessários.

Ainda, é importante destacar, segundo (MARQUES, 2020):

O conceito de violência obstétrica vem sendo traçado, aos poucos, como parte de uma grande articulação dos movimentos sociais, tanto nacionais quanto internacionais, em prol do parto humanizado, que buscam dar visibilidade a diversas práticas abusivas cometidas contra as mulheres no ciclo gravídico-puerperal, e forçar o Estado brasileiro a traçar políticas públicas em prol do parto humanizado e da proteção ao direito das mulheres.

E, conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS, 2019):

[...] apropriação do corpo da mulher e dos processos reprodutivos por profissionais de saúde, na forma de um tratamento desumanizado, medicação abusiva ou patologização dos processos naturais, reduzindo a autonomia da paciente e a capacidade de tomar suas próprias decisões livremente sobre seu corpo e sua sexualidade, o que tem consequências negativas em sua qualidade de vida [...]

Além disso, a violência obstétrica é silenciosa e institucionalizada, portanto, naturalizada e banalizada. As vítimas não se veem como vítimas porque a causa da violência se confunde com a dor do parto porque vivemos em uma cultura onde a dor é parte integrante do parto e isso não é verdade.

Em diversos casos, as vítimas de violência obstétrica têm vergonha ou medo de se expor e serem refutadas, enquanto outras nem sabem que são vítimas por falta de acesso a muitas informações sendo muito facilitada pelo silêncio. Essa violência que atinge mulheres, gestantes e mães em momentos de vulnerabilidade pode se manifestar por meio físico, psicológico, sexual, institucional, material e midiático:

Características físicas: Comportamento que afeta o corpo feminino, interfere, causa dor ou deficiência física (variando de leve a grave), nenhum conselho baseado em evidências científicas. Exemplos:

privação alimentar, imobilização feminina, regra dos terços (barbear), manobra de Kristeller, uso rotineiro de ocitocina, cesariana eletiva quando não indicada clinicamente, ausência de analgésicos quando tecnicamente indicada. Perfil psicológico: qualquer fala ou conduta que faça com que a mulher se sinta inferior, vulnerável, abandonada, emocionalmente instável, medrosa, assediadora, insegura, intimidadora, enganosa, alienante e com perda de integridade, dignidade e prestígio. Exemplos: Ameaças, mentiras, provocações, piadas, humilhações, grosserias, chantagens, ofensas, omissão de informações, informações em linguagem de difícil compreensão, desrespeito ou desrespeito aos padrões culturais.

Sexualidade: Qualquer comportamento imposto às mulheres que viole seu senso de intimidade ou dignidade, afeta seu senso de integridade sexual e reprodutiva, independentemente de seu acesso aos órgãos sexuais e partes íntimas do corpo. Exemplos: episiotomia, assédio, palpação invasiva, persistente ou agressiva, irrigação intestinal, cesariana sem consentimento, ruptura ou descolamento de membranas sem consentimento, parto supino forçado, Exames repetidos de mamilos com esclarecimento e sem consentimento. impedir, atrasar ou impedir que as mulheres alcancem seus direitos estabelecidos, sejam eles públicos ou privados.

Natureza material: Ações e condutas ativas e passivas que violem os direitos já garantidos por lei com o objetivo de obter recursos econômicos da mulher durante o processo reprodutivo, em benefício de pessoas físicas ou jurídicas. Exemplo: Cobrança indevida por planos de saúde e profissionais de saúde como incentivo à adesão a um plano de saúde privado sob o argumento de que é a única opção disponível para viabilizar o acompanhante. Caracterização da mídia: Ações realizadas por profissionais por meio da mídia com o objetivo de agredir psicologicamente mulheres em idade reprodutiva e denegrir seus direitos por meio de mensagens, imagens ou outros símbolos divulgados publicamente; tabus científicos com fins sociais, econômicos ou de dominância Desculpar-se pela prática. Exemplos: cesáreas e pouco científicas, debochar do parto normal, vender fórmulas alternativas que não favorecem a amamentação, estimular o desmame precoce. (CIELLO et al., 2012)

Além dos atos físicos mais facilmente identificáveis que constituem a violência obstétrica no Brasil, outros atos mais insidiosos reproduzem esse tipo de violência durante o parto por meio de escárnio e humilhação, ameaças e coação, preconceito e discriminação, homofobia, assédio, presença limitante, falta de empoderamento na certos procedimentos; e além de alguns profissionais de saúde condenarem as pacientes por sua sexualidade, algumas maternidades públicas culpam rotineiramente o prazer que uma mulher pode sentir durante o sexo que leva à gravidez.

O desrespeito à gestante na assistência ao parto é cada vez mais relatado por mulheres que relatam sentir-se violentadas, por meio de depoimentos que permitem identificar situações que indicam uma rede de atenção fragilizada durante o trabalho de parto e parto. (LOPES, 2022), pontua, acerca do tema:

No atual sistema de saúde, sendo público ou privado, nota-se que a violência obstétrica está cada vez mais comum no cotidiano das gestantes, que se encontram em um momento delicado, seja na gestação, no parto, no puerpério ou em situações de aborto. No entanto, observa-se que, embora a violência obstétrica possa atingir gestantes de qualquer classe social, escolaridade e raça, as mulheres que são vistas como as mais vulneráveis quanto ao atendimento e tratamento na rede pública e na rede privada são as negras, pobres e da periferia, considerando o número muito elevado de óbitos maternos entre elas, em relação às gestantes brancas.

Muitas mulheres são maltratadas, desrespeitadas e abusadas durante o parto. Além de ser uma violência contra a mulher, a violência obstétrica também se caracteriza como uma violação dos direitos humanos. As mulheres, como sujeitos de direitos, devem, portanto, ser amparadas, protegidas e informadas sobre o que de melhor se faz durante o parto e devem ser tratadas com segurança, respeito e dignidade, livres de abusos e maus-tratos de qualquer natureza.

#### **4.AUSÊNCIA DE TIPIIFICAÇÃO ESPECÍFICA**

Apesar de não possuir legislação específica, ficando claramente demonstrada a omissão do legislador acerca da temática, poderá a vítima requerer por meio do Código Civil para responsabilizar os agressores. Entretanto, essa responsabilização só ocorre quando comprovada a culpa dos profissionais. Há inclusive em tramitação três projetos de lei no Congresso Nacional, são eles: Lei nº 7.633/2014, PL nº 7.867/2017 e PL nº 8.219/2017 que destaca como obrigatória a elaboração do plano de parto.

No *caput* do artigo 6º da Constituição Federal, indica sobre os direitos sociais, especificando o direito à saúde e a proteção à maternidade, veja:

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).

Desta maneira, essas mulheres que sofrem maus-tratos no pré-natal, no parto e puerpério estão amparadas pela CF e no âmbito cível. É um direito de todas e deve existir responsabilidade civil em todos os atos que ferem a dignidade da pessoa humana. Os profissionais que cometerem danos às mulheres devem ser responsabilizados em reparar o prejuízo, mesmo não estando previsto em contrato. (FARIA, 2020, p.1)

No âmbito administrativo, a responsabilização decorre do Código de Ética Médica. Segundo Bonetti e Fugii (2021, p.1) procede da seguinte forma:

[...] deve ser processada a partir da denúncia perante a Ouvidoria, a Comissão Ética do Hospital ou o Conselho Regional de Medicina. Esse dispositivo prevê a responsabilidade pessoal e não presumida do profissional pelas condutas que lhe são proibidas, podendo o médico sofrer sanções disciplinares. Dentre as condutas vedadas, destacam-se:

Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

No âmbito judicial, é possível buscar a responsabilidade do agente nas esferas penal e civil. Quanto à primeira, não existe uma tipificação que identifique a "violência obstétrica", mas, sim, diferentes condutas previstas no Código Penal Brasileiro que podem refletir essa violência, a depender das circunstâncias, como, por exemplo, os crimes de

constrangimento ilegal (art. 146), de ameaça (art. 147), de maus-tratos (art. 136) e de lesão corporal (art. 129), dentre outros tipos penais. (BONETTI; FUGII, 2021, p.1).

Como a episiotomia e a manobra de Kristeller, que infelizmente são muito utilizados e acabam se enquadrando no crime de lesão corporal, tipificada no artigo 129 do Código Penal. Já a violência psicológica, por meio de xingamentos, situações vexatórias, grosserias, e comentários ofensivos e humilhantes, podem caracterizar o crime de injúria, previsto no artigo 140 do Código Penal. (MARQUES, 2021, p.1)

O que é válido ressaltar que a maioria das condutas são consideradas culposas, (artigo 18, II, CP), quando o agente dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Ademais, em situações em que ocorrem questões médicas, majoritariamente na doutrina penal à teoria subjetivista da culpa, em que o agente não quer o resultado nem assume o risco de produzi-lo. (BRASIL, 1940).

Como mencionado anteriormente, é indiscutível a falta de legislação brasileira quanto ao reconhecimento da violência obstétrica. Com este âmbito legislativo, algumas entidades têm procurado criar mecanismos próprios para combater e prevenir este comportamento. Vale destacar que no Estado de Santa Catarina, possui uma legislação que engloba a violência obstétrica em âmbito estadual, é a Lei nº 18.322 de 05 de janeiro de 2022. A legislação foi consolidada com a revogação da Lei 17.097 de 2017, que destacou em seu corpo, diversas formas de enfrentar à violência contra a mulher, reconhecendo em seu texto a violência obstétrica como tal. (RODRIGUES, 2022)

Diante disso, o sistema de justiça deve combater consistentemente essa violência. Em razão da competência conjunta dos estados e municípios para legislar sobre a proteção e defesa da saúde, de acordo com os artigos 24, XII, e 30, II, da CF, muitos estados já promulgaram leis que regulamentam a proteção da mulher durante o parto e no período pós-parto.

Diante dessa situação, observam-se diferenças de tratamento jurídico no Brasil. Tendo em vista que a violência obstétrica não é claramente compreendida no ordenamento jurídico brasileiro, há divergências quanto ao seu reconhecimento, pois outros entes da federação optam por contemplar sua forma pela ausência de lei federal. (RODRIGUES, 2022)

Por se tratar de um ato de violência contra uma minoria que goza de ampla proteção legal no ordenamento jurídico brasileiro, é imperioso ressaltar a função punitiva da responsabilidade civil. Neste momento, a busca de responsabilidade deve levar em conta o alto grau do ato ilícito, ou seja, a gravidade do comportamento da mulher. (STUDART, 2022).



Além do que, como já mencionado anteriormente, a tipificação no Código Penal brasileiro torna perceptível a punição do profissional, e uma vez que esse profissional seja punido, traria para as mulheres mais confiança em denunciar e diminuiria a incidência da violência obstétrica. (FARIA, 2020, p.1).

## **5.COMPROVAÇÃO DA VIOLÊNCIA**

Muitas mulheres já sofreram violência obstétrica, porém por medo e pelo fato de não saberem quais provas para promover a ação, deixam de buscar os seus direitos. Não existe uma lista exata de documentos para ingressar com a ação, pois cada caso é único e precisa ser analisado com auxílio de um advogado. Porém, inicialmente é importante solicitar ao hospital o prontuário médico, pois nele ficam registrados todos os procedimentos que foram realizados e quais medicamentos utilizados. Conforme cita BRANDÃO, BUENO (2018):

O principal meio de provar a ocorrência de violência obstétrica é o prontuário médico. Assim, antes de entrar com um processo de indenização por violência obstétrica é necessária a análise técnica do prontuário da paciente, das fichas de atendimento, exames e demais documentos relacionados ao parto para identificar se houve falhas não condizentes com a boa prática médica à luz da legislação, dos protocolos clínicos, do Código de Ética Médica, etc. [...] quando houver evidência concreta de ocorrência de violência obstétrica, é possível formalizar denúncia junto ao hospital, ao Conselho de Medicina e, se o caso, também poderá ser ajuizada uma ação de indenização por violência obstétrica a fim de buscar exigir a responsabilização e indenização pelos danos sofridos pela paciente.

Os movimentos sociais ligados à humanização do parto e aos direitos da mulher têm feito parceria com o Ministério Público e a Defensoria Pública para provocar essa discussão e fiscalização extrajudicial dos serviços de saúde sobre o tema, fazendo com que a violência obstétrica e outras questões sejam encaradas de forma diferenciada e comprometidos em prestar informações ao público sobre o assunto, como tem sido observado em campanhas públicas. Reforça RODRIGUES (2022):

A falta de uma lei específica que regule a violência obstétrica em nível nacional é uma barreira para todas as iniciativas de combate existentes no ordenamento jurídico brasileiro. As leis estaduais e municipais que tratam da violência obstétrica não são efetivas sem uma legislação federal que as apoie, assim como as decisões judiciais

que carecem de uma legislação que possa dar um embasamento mais concreto, isso permitiria a proteção dos direitos das gestantes.

No entanto, a visibilidade da necessidade de se proteger dessa violência tem enfrentado resistência de setores mais conservadores da sociedade e de algumas áreas da medicina, que buscam desconstruir a ideia de que questões que caracterizam a violência de gênero exigem atenção especial. Exemplo disso é a portaria do Ministério da Saúde de 3 de maio de 2019, proibindo o uso da expressão violência obstétrica no Brasil.

Ainda assim, através de uma manifestação, o Ministério Público Federal, emitiu uma recomendação avaliando pertinente o uso do termo, levando em conta ser censura a luta contra tais práticas, o que foi acatado posteriormente pelo Ministério da Saúde.

Diante do exposto, é inegável a importância da regulamentação federal da violência obstétrica como violência de gênero, a qual, por sua tese, traria maior segurança à vítima, além de tornar o combate a tal violência com mais efetividade. Garantir os direitos das mães e de seus recém-nascidos, independentemente de cor, raça, sexo e poder aquisitivo. Também facilita o diálogo necessário entre mulheres e profissionais de saúde para discutir comportamentos que beneficiem as mulheres tanto do ponto de vista da saúde quanto do conforto, uma vez que esse profissional seja punido.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por fim, com base no presente estudo, foi possível esclarecer o termo violência obstétrica não possui um conceito único, nem tampouco uma definição através das leis do ordenamento brasileiro, devido à falta de exemplos concretos para punir os abusos e procedimentos desnecessários que a maioria das brasileiras mulheres são submetidas.

Nesse sentido, destacar que a violência obstétrica precisa ser conceituada (inclusive através da doutrina de ambas áreas, tanto jurídicas quanto da saúde), destaca-se documentos legais que a definam e criminalizem, ajudará a identificar e responder a essas situações. Nota-se que boa parte da população brasileira não sabe o que é a violência obstétrica, bem como não conhece os seus direitos. Podendo ser submetida a tal a violência, mas devido à falta de informação e identificação, sofre em silêncio.

Práticas impregnadas de conceituações culturais e submissão à mulher, juntamente com ideologias médicas e de gênero, são naturalizadas no meio sociocultural. Essas implicações favorecem a existência e perpetuação dessa violência, que, por sua vez, não deve ser entendida apenas como uma extensão de condições insalubres de trabalho.

Além disso, o tema carece de leis e diretrizes que assegurem a assistência humanizada ao parto, cabendo, portanto, aos entes estatais a promulgação de leis específicas para combater esse tipo de violência de gênero. Salienta-se ainda a importância

da formação continuada dos profissionais de saúde, incluindo a perspectiva social e humana do seu comportamento, incluindo o reconhecimento dos direitos das mulheres, de forma a prestar cuidados maternos adequados durante o período gestacional- puerperal.

Infelizmente, no Brasil há uma ausência de lei específica diante a amplitude da prática médica da violência obstétrica. Embora seja possível responsabilizar civilmente os autores e indenizar as vítimas, a prova do nexo de causalidade entre as ações médico-hospitalares e os danos continua a ser uma tarefa árdua.

Portanto, a criação de uma tipificação específica teria maior efetividade e enfrentamento acerca da violência obstétrica, uma vez que havendo a especificação das punições, teria o poder de intimidar, podendo diminuir essa incidência gradativamente. Além de trazer maior segurança jurídica à vítima para agir e denunciar do que sofreu, imputando aos agressores o julgamento no âmbito criminal, havendo penalizações mais rigorosas, e a certeza que tal ato não ficará impune.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, 1940. Artigo 18 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10637924/artigo-18-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em: 20 de abril de 2023.

BRASIL. Constituição de (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10641309/artigo-6-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 27 de abril de 2023.

BONETTI, Irene Jacomini, FUGII, SUSIE Yumiko. A violência obstétrica em suas diferentes formas. 22 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/339310/a-violencia-obstetrica-em-suasdiferentes-formas>. Acesso em 27 de abril 2023.

BRANDÃO, BUENO - Advocacia especializada em saúde. Disponível em: <https://www.buenobrandao.adv.br/indenizacao-violencia-obstetrica/#:~:text=O%20principal%20meio%20de%20provar,longo%20do%20processo%20de%20parto>. Acesso em 30 de abril de 2023.

CARDOSO ESTUMANO, V. K. .; SILVEIRA DE MELO, L. G. da .; BENTES RODRIGUES, P. .; RÊGO COELHO, A. C. do . Violência obstétrica no Brasil: casos cada vez mais frequentes. **Revista Recien - Revista Científica de Enfermagem**, [S. l.], v. 7, n. 19, p. 83–91, 2017. DOI: 10.24276/rrecien2358-3088.2017.7.19.83-91. Disponível em:

<http://www.recien.com.br/index.php/Recien/article/view/126>. Acesso em: 10 de dez. de 2022.

CIELLO, CARINY et al. Parto do Princípio – Mulheres em Rede Pela Maternidade Ativa (org.). Violência Obstétrica: parirás com dor. Parirás com dor. 2012. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

E SILVA, Artenira da Silva; SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. Violência obstétrica no Brasil: um enfoque a partir dos acórdãos do STF e STJ / Obstetric violence in Brazil: an approach considering the STF and STJ judgments. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, [S.l.], v. 10, n. 4, p. 2430-2457, out. 2017. ISSN 1516-0351. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/28458/21893>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2023. doi:<https://doi.org/10.12957/rqi.2017.28458>.

LOPES, Bianca. Violência obstétrica-direito das mulheres no âmbito jurídico (Monografia) Repositório Anima Educação. 2022.

FARIA, Nathália Izabela Inácio de. Da ausência de responsabilidade criminal na violência obstétrica. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82870/da-ausenciade-responsabilidade-criminal-na-violencia-obstetrica>. Acesso em: 19 de abril. 2023.

MARQUES, T. A. S. A violência obstétrica no brasil intervenções médicas que violam o direito da mulher. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021. Disponível em <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1402>. Acesso em 30 de abril de 2023.

MARQUES, S. B. Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 97–119, 2020. DOI: 10.17566/ciads.v9i1.585. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/585>. Acesso em: 5 janeiro de 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. (OMS) Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde. 2014. Disponível em: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO\\_RHR\\_14.23\\_por.pdf%3Bjsessionid%3D5FD0EEC2C3717DF786E57B8FB50DD9A0?sequence=3](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf%3Bjsessionid%3D5FD0EEC2C3717DF786E57B8FB50DD9A0?sequence=3). Acesso em: 15 jan. 2023.

PERES, Jade S. L. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO: A necessidade da criação de leis específicas que protejam a mulher no momento da gestação e parto. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade

Católica de Goiás, Goiânia, 2021. Disponível em:

<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1512>. Acesso em: 27 abril 2023.

RODRIGUES, Bianca Oliveira. Violência obstétrica enquanto violência de gênero contra a mulher: uma análise sob a ótica do sistema jurídico brasileiro. São Luís: Centro Universitário UNDB, 2022.

RODRIGUES, Diego Pereira et al. A peregrinação no período reprodutivo: uma violência no campo obstétrico. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ean/v19n4/1414-8145-ean19-04-0614.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2023.

ROCHA, Adna; MARINHO, Marcos Silva. Direito fundamental ao parto humanizado à luz da bioética feminista. Revista Jus Navigandi, Teresina, 24, n. 5797, 16 mai. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73377>. Acesso em: 18 fevereiro de 2023.

STUDART, Mariana Guerra et al. Responsabilidade civil decorrente de violência obstétrica. 2022.

## A TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS COMO SUJEITOS SUSCETÍVEIS A GUARDA COMPARTILHADA NA HIPÓTESE DE DISSOLUÇÃO DE VÍNCULO CONJUGAL

**JULIA FERNANDES PEREIRA:**  
Graduando do curso de Direito da  
Faculdade de Ciências Jurídicas de  
Paraíso do Tocantins (FCJP).<sup>21</sup>

MAÍRA BOGO BRUNO<sup>22</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho aborda sobre a capacidade dos animais serem sujeitos suscetíveis de guarda compartilhada nos casos de dissolução conjugal, visto que não existe legislação específica que confere esse instituto aos animais. O objetivo proposto é constatar a caracterização dos animais como sujeitos suscetíveis a guarda compartilhada na hipótese de dissolução conjugal. Para tanto, utiliza-se a metodologia da pesquisa jurídica, com método de abordagem dedutivo e com técnica de coleta de dados exploratória bibliográfica e documental e de análise de dados qualitativa. O Código Civil classifica os animais como bens semoventes e a Constituição Federal apenas resguarda a proteção jurídica a eles contra maus-tratos. Todavia, os Tribunais estaduais e o Superior Tribunal de Justiça, devido à falta de legislação específica, passaram a decidir por analogia e aplicam o instituto de guarda compartilhada aos filhos, reconhecendo que animais merecem ser tratados de forma diferente. Esta pesquisa poderá contribuir para proporcionar aos animais um tratamento adequado aos animais. Portanto, verificou-se que é fundamental que legislação brasileira acompanhe as mudanças sociais no que diz respeito a classificação dos animais como sujeitos passíveis de guarda compartilhada após dissolução conjugal.

**Palavras-chave:** Animais de Estimação; Dignidade Animal; Família Multiespécie; Guarda Compartilhada.

**ABSTRACT:** The present work deals with the capacity of animals to be susceptible subjects of shared custody in cases of marital dissolution, since there is no specific legislation that grants this institute to animals. The proposed objective is to verify the characterization of animals as subjects susceptible to shared custody in the event of marital dissolution. For this purpose, the methodology of legal research is used, with a deductive method of approach and an exploratory bibliographical and documental data collection technique

<sup>21</sup> E-mail: juliaferp1@outlook.com

<sup>22</sup> Titulação. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: maira@unest.edu.br



and qualitative data analysis. The Civil Code classifies animals as movable property, and the Federal Constitution only protects their legal protection against mistreatment. However, the state courts and the Superior Court of Justice, due to the lack of specific legislation, have decided by analogy and apply shared custody to children, recognizing that animals deserve to be treated differently. This research may contribute to provide animals with adequate treatment for animals. Therefore, it was found that it is essential that Brazilian legislation follows social changes about the classification of animals as subjects subject to shared custody after marital dissolution.

**Keywords:** Pets; Animal Dignity; Multispecies Family; Shared Guard.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa alude sobre a possibilidade de animais domésticos serem suscetíveis de direito a guarda compartilhada em caso de dissolução de vínculo conjugal entre seus tutores e de como os tribunais estaduais e Superior Tribunal de Justiça decidem perante a falta de previsão legal sobre o assunto.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) além de reconhecer a proteção jurídica aos animais, proibindo as práticas de crueldade, nos termos do artigo 225, §1º, inciso VII, também assegura a livre formação familiar perante a tutela jurídica do Estado em seu artigo 226 e parágrafos. (BRASIL, 1988)

Cristian Kilfer da Silva (2020) aponta que o Código Civil Brasileiro de 2002 classifica animais silvestres como bens de uso comum e animais domésticos como seres passíveis de serem objetos de direitos reais, sendo reduzidos a condição de semoventes. O autor considera o ordenamento jurídico brasileiro antiético em relação aos animais em razão destas disposições do Código Civil.

Nesse sentido, faz-se necessário, observar que a legislação brasileira precisa acompanhar as transformações sociais, pois, animais estão ocupando um lugar importante na vida dos indivíduos, de modo que passaram a ser considerados como membros do seio familiar, tanto para aqueles litigantes que já possuem filhos ou para aqueles que não pretendem ter filhos.

Sucedese que o questionamento que se pretende responder no decorrer desta pesquisa é o de que seria possível a concessão de guarda compartilhada de animais de estimação em caso de dissolução de vínculo conjugal conforme as decisões judiciais?

Esta pesquisa é justificada pelo fato de que os direitos dos animais precisam ser reconhecidos em casos de dissolução conjugal dos seus tutores sendo necessária a aplicação da guarda compartilhada como meio de responsabilidade parental.

Desse modo esta pesquisa tem como objetivo geral o de constatar a caracterização dos animais como sujeitos suscetíveis a guarda compartilhada na hipótese de dissolução conjugal. Visando o alcance do objetivo geral, foram definidos os seguintes objetivos específicos: a) expressar a necessidade de preencher as lacunas do ordenamento jurídico através da proteção à dignidade animal; b) descrever os direitos dos animais de estimação que devem ser preservados perante a dissolução conjugal; e, c) estudar os entendimentos jurisprudências acerca da qualificação dos animais de estimação como sujeitos de direito passíveis de guarda compartilhada.

Para alcançar os objetivos propostos, a presente pesquisa utiliza a pesquisa bibliográfica e documental para chegar à conclusão se é necessário a criação de lei específica que regule a relação humano-animal, assim como o reconhecimento jurisprudencial da possibilidade de guarda compartilhada de animais de estimação.

No que se refere à estruturação desta pesquisa, a segunda seção aborda a tutela jurídica dos animais de estimação destacando a proteção da dignidade do animal e natureza jurídica; a terceira seção trata das famílias multiespécies enfatizando o princípio da afetividade no reconhecimento da filiação e a guarda compartilhada na dissolução conjugal. Por fim, a quarta seção se conclui com a possibilidade de concessão de guarda compartilhada de animais de estimação segundo as decisões dos tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça.

O resultado a ser apresentado na presente pesquisa contribuirá para a busca do tratamento igual entre humanos e animais, da dignidade animal e de uma melhor qualidade de vida após a dissolução conjugal de seus tutores.

## **2 TUTELA JURÍDICA DO ANIMAL DOMÉSTICO**

A tutela jurídica dos animais se refere ao conjunto de leis e normas que buscam proteger os direitos dos animais, bem como garantir seu bem-estar e vida digna. Essas leis são adotadas para evitar maus-tratos, abusos, negligências, além de promover a preservação da fauna e flora.

Com as modificações sociais, a tutela jurídica dos animais teve um papel importante no meio social. Com o passar dos anos, os estudos demonstraram que é necessário garantir os direitos aos animais, buscando uma proteção jurídica mais efetiva, levando em consideração as relações afetivas que surgiram com os seres humanos.

Somente a CRFB 1988 garantiu aos animais a proteção jurídica, por meio do artigo 225, §1º, inciso VII, que determina que os Entes Federativos protejam a fauna e a flora brasileira. Porém, nota-se que o objetivo do supramencionado artigo é garantir a proteção do meio ambiente para as futuras gerações, limitando os animais apenas para não serem submetidos a crueldade (BRASIL, 1988).

Em contrapartida, o Código Civil de 2002 engloba os animais no conceito de propriedade, considerando-os como bens que se movem em virtude de força própria. (BRASIL, 2002).

Atualmente revela certa discussão jurídica sobre o reconhecimento a proteção a dignidade do animal e a sua inserção no meio social. A seguir será abordado sobre a proteção, a natureza jurídica e como são tratados os animais no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Constituição federal, Código Civil e leis infraconstitucionais.

## 2.1 PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DO ANIMAL DOMÉSTICO

A discussão sobre a proteção da dignidade do animal no Brasil é consideravelmente recente, sendo acrescida ao artigo 225 § 1º, inciso VII pela emenda constitucional 96/2017. O artigo positivou o reconhecimento a vedação de práticas cruéis aos animais, como “direito fundamental à existência digna”. (JUNIOR, 2018, p. 52).

O texto constitucional trata os animais como seres detentores de proteção para as futuras gerações, garantindo a eles apenas os direitos básicos. Nesse sentido, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2008) aponta que a CRFB de 1988 sepultou o paradigma liberal que via, e que ainda insiste em ver, o Direito apenas como um instrumento de organização da vida econômica, unicamente orientado a resguardar certas liberdades básicas e a produção econômica, de forma a reduzir o Estado à tímida tarefa de estruturar e perpetuar as atividades do mercado, sob o manto de certa preferência social.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2008) apontam ainda que com o advento da CRFB de 1988 abandonou-se o enfoque convencional da Constituição condenada a se tornar um mero regulamento econômico-administrativo, mutável ao sabor dos interesses e conveniências dos grupos dominantes.

Com a proibição de maus tratos aos animais, a Carta Magna, de forma tácita reconhece esses seres como *sencientes*, sendo capazes de sentir. Entende-se que todos os seres vivos são iguais, possuem a capacidade de sentir os sentimentos e merecem respeito, independentemente de sua origem e capacidade cognitiva. (SINGER *apud* VALLE *et al.*,2018).

Relacionando o direito constitucional dos animais à existência digna com a sua capacidade de sentir, Vicente de Paula Ataíde Junior (2018) pondera que a dignidade animal é oriunda de fato biológico da sciência, sendo essa a capacidade de sentir dor e experimentar sofrimentos físicos e até psíquicos.

Sobre a dignidade animal, Clara Maria Antunes Venâncio (2019) afirma que defender a dignidade animal com base na sua consciência e sciência é legítimo, de forma que deveria bastar para garantir o respeito a esses. A autora aponta ainda que todos os seres, independentemente das suas capacidades, são dignos de respeito, pelo simples fato de existirem e estarem vivos. Isto é válido para os seres de outras espécies bem como para todos os seres humanos, mesmo aqueles cuja consciência ou sciência possa estar comprometida (VENÂNCIO, 2019).

Ao serem abarcados pela dimensão ecológica do princípio da dignidade, para além da vida humana, os animais como sujeitos de direitos devem ser respeitados e tutelados pelo Estado e pela sociedade, servindo tais direitos ainda para que se minimize qualquer conduta que viole os direitos que possuem, como a liberdade, a integridade física e mental e, acima de tudo, o direito a uma vida digna (GOMES; COSTA. 2021).

Os animais são dotados de sensibilidade, as relações criadas entre eles e os humanos comprovam uma forte ligação sentimental. Nesse sentido Ana Carolina Neves Amaral do Valle e Izabela Ferreira Borges (2018) explicam que a sociedade contemporânea tem levado ao Poder Judiciário questões que comprovam essa forte ligação sentimental entre os indivíduos e os animais, de forma que continuar tratando-os como objetos afronta o sentido de sciência, presente no atual modelo de família composto por pessoas e seus animais de estimação.

No julgamento do Recurso Especial em Apelação Cível que trata da regulamentação de guarda para animais de estimação a corte superior decidiu que os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser *sciencie*, ou seja, dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais, também devem ter o seu bem-estar considerado (BRASIL, 2020).

O princípio da dignidade animal também se encontra respaldado na Declaração Universal dos Direitos dos Animais, tratado internacional assinado pelo Brasil em 1978, previsto expressamente no artigo 10 que diz que nenhum animal deve ser usado para divertimento de seres humanos. A exibição dos animais e os espetáculos que utilizem animais são incompatíveis com a dignidade do animal (UNESCO, 1978).

Renata Duarte de Oliveira Freitas (2013) aponta que Decreto Federal n. 24.645 publicado em 1934, já trazia o conceito de maus tratos, consistindo esse Decreto em

aumentar a proteção legal animal por meio de uma variedade de mecanismos próprios, permitindo a interpretação de um novo *status quo* para os animais como sujeitos de direito devido ao potencial para o Ministério Público representá-los em tribunal como um substituto legal.

Diante do reconhecimento da proteção jurídica aos animais regido pelo texto constitucional, ao proibir práticas de crueldade, fica evidente que os animais merecem tratamento similar ao ofertado aos filhos, tendo em vista que o direito dos animais se encontra em evolução.

O direito a guarda compartilhada garante proteção adequada aos animais, e determina responsabilidades aos seus donos, de forma que Nathalie Santos Caldeira Gomes (2010) explica que como os animais não-humanos são seres protegidos pela legislação brasileira, é mais adequado falar-se em guarda de animais domésticos ao invés de posse ou propriedade. A autora fundamenta que no Direito, aquele que detém a guarda de alguém possui responsabilidades e obrigações, e os "proprietários" de animais domésticos também possuem responsabilidades e obrigações adquiridas ao abrigar um animal em sua residência. "A palavra guarda possui uma conotação de proteção, de amparo, de abrigo e conservação. É, portanto, o termo mais hábil para definir a relação jurídica do ser humano com o animal doméstico". (GOMES, 2010, p. 09)

Assim, faz-se necessário que o sistema legislativo acompanhe a evolução social de forma geral e passe a observar os direitos fundamentais dos animais, tornando isso um tema de ordem federal.

Na subseção seguinte, será abordado sobre a inserção do animal no meio social e a sua natureza jurídica no Código Civil de 2002.

## 2.2 NATUREZA JURÍDICA DO ANIMAL DOMÉSTICO

O texto constitucional determinou por meio do art. 225 a proteção da fauna e flora, responsabilidade do Poder Público, passando o direito à proteção constitucional a ser considerado um direito fundamental. Diferentemente do texto constitucional, no código Civil de 2002, o artigo 82, classifica animais como "coisa" ou "bens semoventes". (BRASIL, 2002).

Sobre essa classificação dos animais, Héron José de Santana Gordilho e Amanda Malta Coutinho (2017) explicam que a legislação brasileira, se encontra omissa e até mesmo defasada em alguns sentidos, considerando que o tratamento dado ao animal doméstico como propriedade, quando o novo modelo social familiar os coloca como membros da família, gera situações em que o juiz, na falta de legislação específica, acaba

por equiparar os animais às crianças ou, erroneamente, considera-los simples propriedade, o que pode ocasionar uma grande insegurança jurídica e inúmeras dúvidas a respeito do tema.

A omissão legislativa cria decisões divergentes, de forma que alguns juízes consideram os animais como filhos e outros consideram como coisa. Devido a senciência animal estes não podem ser considerados como tal. O legislador precisa atuar no sentido de preservar a consciência e a senciência animal. Nesse sentido, Deborah Regina Lambach Ferreira da Costa e Fabiano Montiani Ferreira (2018) explicam que animais não podem mais ser considerados coisas, como uma peça de mobiliário, objeto de bem de consumo, devendo ter status diferenciado justamente por terem vida e sentimentos. Os autores denotam ainda que, embora em princípio não se possa dotá-los de personalidade ou considerá-los como sujeito de direitos, os seus interesses não podem mais ser defendidos de modo indireto quando se defendem os interesses do homem.

Dessa forma, tratar animais de estimação como mera “coisa” ou “propriedade” é equivocado, conforme preceitua Ana Carolina Neves Amaral do Valle e Izabela Ferreira Borges (2018, p. 10):

O preceito de propriedade ainda recai sobre os animais, mas com mudança comportamental da sociedade, como os questionamentos filosóficos, as preocupações com os direitos dos animais e a efetividade permeando as relações entre seres humanos, passou-se a questionar o título de coisa e propriedade humana atribuído a estes, isso porque, com o passar do tempo, animais e seres humanos ficaram mais próximos disseminando uma relação de afeto entre ambos ao ponto de os animais passarem a integrar o grupo familiar.

As leis presentes no nosso ordenamento jurídico não consideram os animais como sujeitos passíveis de direito. No âmbito nacional existem alguns projetos de lei que tramitam com o objetivo de mudar o status normativo do animal não-humano para sujeitos de direito personificados.

O Projeto de Lei Complementar (PLC) Nº 27/2018 de autoria do deputado Ricardo Izar teve como ementa determinar que os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonificados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa (BRASIL, 2019)

Esse PLC tem como objetivo mudar o conceito normativo dos animais, atribuído pelo Código Civil de 2002 como “coisas”, criando uma natureza específica para os animais. O referido Projeto prevê o art. 3º e 4º da seguinte forma:



Art. 3º Os animais não humanos possuem natureza jurídica sui generis e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.

Art. 4º A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 79-B: “Art. 79-B. 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”. (BRASIL, 2019, não paginado).

Visto ao objetivo do PLC de reconhecer os animais como sujeitos de direito, Vicente de Paula Ataíde Junior e Daniel Braga Lourenço (2020) consideram ser importante apontar a amplitude subjetiva dessa requalificação jurídica pois todos os animais passam a ser sujeitos de direitos, ainda que sem personalidade jurídica, de forma que abandonam o regime jurídico da propriedade móvel semovente, cumprindo-se, agora também no plano legislativo federal, os princípios constitucionais da dignidade animal e da universalidade, extraídos do artigo 225, § 1º, VII, da Constituição brasileira de 1988.

Assim, apesar do PLC ser um possível avanço para o *status* jurídico dos animais, este precisa de melhorias significativas que poderão tornar todos os tipos de animais, além dos animais de estimação, mercedores de direitos.

A Lei 9.605/98, alterada para a Lei 1.095/19 que está em vigência, é uma das poucas legislações brasileiras que buscam proteger o bem-estar animal, punindo com detenção de três meses a um ano e multa aquele que praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos (BRASIL, 2019)

Devido a percepção jurídica dos animais como sujeitos de direito, Gabriela de Almeida Rodrigues e Rogério Santos Rammê (2019) fundamentam que a discussão acerca da possibilidade de os animais serem considerados sujeitos de direitos se faz presente não apenas no Brasil, mas também, em ordenamentos jurídicos alienígenas, como se observa nos Códigos Civis da Suíça, Áustria e da Alemanha.

A Lei Fundamental Alemã reformada em 2002 incluiu a proteção ao animal no texto constitucional no artigo 20-A, determinando ao Estado a proteção das bases naturais da vida e dos animais (ALBUQUERQUE; SILVEIRA, 2018).

Já o Código Civil Alemão modificado em 1990 no § 90-A na íntegra: “Animais não são coisas. Eles serão protegidos por meio de legislação especial. Salvo disposição em contrário, às regras aplicáveis às coisas são a eles aplicáveis”. (ALEMANHA, 1990)

Gabriela Franziska Schoch Santos Carvalho (2015) explica que atualmente existe uma regulamentação particular na Suíça que foi projetada para regular de forma definitiva e exclusiva a interação entre humanos e animais. O Código Civil Sueco no artigo 641 diz que os animais não são mais coisas. Foi levado em consideração quando o legislador infraconstitucional suíço decidiu fornecer proteção constitucional aos animais.

Por fim, no que concerne a união europeia, Taís Rodrigues Moreira (2015) entende que a Áustria se tornou um país precursor ao promulgar uma lei federal referente ao estatuto jurídico do animal em 1988. O Código Civil da Áustria no artigo 285–A afasta a definição dos animais como coisas, apontando a aplicação de legislação especial no trato de animais.

É perceptível que com o passar dos anos diversos países modernizaram o status jurídico dos animais, criando leis que facilitam a atuação do Judiciário quanto aos casos de dissoluções litigiosas, o que evidencia a necessidade de uma reforma legislativa no Brasil para acompanhar a evolução da relação jurídica entre os animais e os humanos.

### 3 FAMÍLIAS MULTIESPÉCIES

Os animais com o passar dos anos estão cada vez mais presentes nas famílias, sendo considerados parte desse arranjo familiar. A constituição de família tem-se modificado, não necessitando de filhos para os casais constituírem lar familiar.

Devido a evolução social e o surgimento de novas constituições de família, Ana Carolina Neves Amaral do Valle e Izabela Ferreira Borges (2018) entendem que se tornou comum a existência de famílias multiespécies, resultado do mundo contemporâneo, no qual os indivíduos, com muitas atividades e pouco tempo, optam por animais de estimação em seus lares, em substituição aos filhos.

Embora o texto constitucional não preveja a dignidade animal, ao vedar a crueldade quanto aos animais, está reconhecendo a consciência e a senciência destes, que engloba a afetividade. Sendo assim, é possível integrá-los no conceito da família multiespécie.

As leis brasileiras são omissas quanto à família multiespécie, por isso não fica clara a aplicação do direito de família aos animais e conseqüentemente o direito a guarda compartilhada, como fundamenta Carolina Fernandes Tejero da Silva (2021, p. 20):

[...] fica evidente que embora a visão da sociedade contemporânea frente aos animais não humanos evoluiu muito, as normas não encontram-se em consonância com essas evoluções, tendo em vista que não existe nenhuma lei que regulamente efetivamente as questões da guarda compartilhada no que diz respeito aos animais, sendo que essa já é uma realidade fática predominante na sociedade.

A omissão legislativa está em descompasso com a realidade social, uma vez que há um progressivo aumento da consideração dos animais como membros da família e conseqüentemente, decorre um aumento de demanda ao Poder Judiciário sobre a possibilidade de guarda compartilhada dos animais em casos de dissolução da família multiespécie.

### 3.1 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO

Para o entendimento do papel do princípio da afetividade no reconhecimento de filiação é preciso entender o conceito de família. A Constituição Federal no artigo 226 considera a família como base da sociedade e merecem a devida proteção do Estado. Nos §§ 1º ao 4º deixam explícito os tipos de entidades familiares.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988, não paginado).

Além das entidades familiares explícitas na CRFB de 1988, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva Lima (2018) entende que existem outros tipos de entidades familiares não expressas, sendo essas, baseadas principalmente na afetividade.

Existem outras normas que tratam sobre o assunto como o Código Civil de 2002, este possui um capítulo próprio do artigo 1.511 ao artigo 1.783-A, que aborda a importância da instituição familiar. Entretanto, o Código Civil não traz conceito claro de família para o ordenamento jurídico, apenas regulamenta as relações familiares. (BRASIL, 2002)

No que concerne à família multiespécie, nenhuma outra legislação considera os animais como membro da família. Assim, para conceituar família traz-se as palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2022, p. 60) como sendo o "núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teologicamente

vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.

Ao longo da evolução do direito de família, estando presentes os interesses do Estado além dos interesses individuais, a concepção de família como célula básica da sociedade evoluiu para incluir a perspectiva da preservação do ser humano e da tutela à dignidade da pessoa humana nas relações familiares (MALUF; MALUF, 2021).

Adriana do Rego Freitas Dabus Maluf e Carlos Alberto Dabus Maluf (2021) explicam que a afetividade pode ser entendida como a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido. Nesse sentido, o Princípio da Afetividade é um dos princípios fundamentais que norteiam o Direito de Família, embora não esteja explícito no texto constitucional, esta deriva do princípio da dignidade da pessoa humana. Percebe-se que devido as mudanças sociais as famílias estão se formando através do vínculo afetivo.

O princípio da afetividade é fundamental na família multiespécie, pois a convivência entre humanos e animais é baseado em um forte vínculo emocional, que se desenvolve a partir do contato físico e carinho mútuo. A presença de animais na vida das pessoas é uma prática antiga e difundida em muitas culturas ao redor do mundo. No entanto, o reconhecimento dos animais como membros da família e a valorização de seu papel afetivo na relação familiar é uma ideia recente (BIASOLI; CALGARO, 2017).

A afetividade entre os indivíduos é base para se formar uma família, conforme discorrem Ana Carolina Valejo da Silveira, Adriane de Oliveira Ningeliski e Patricia Minini Wechinewsky (2022). As autoras explicam que a afetividade entre os indivíduos é base para se formar uma família, de forma que as relações familiares não são apenas aquelas compostas por casais heteroafetivos em relacionamentos monogâmicos e com vínculos consanguíneos, mas sim, tem-se que o principal vínculo formador da família deve ser pautado pela afetividade entre indivíduos unidos por laços de liberdade e responsabilidade.

Cristina Gazzana e Beatriz Schmidt (2015) corroboram com essa afirmação e explicam que a afetividade tem sido reconhecida quando se trata do relacionamento entre humanos e animais pelo fato de que humanos desenvolvem relações afetuosas e complexas com animais, de forma que essas relações podem ser benéficas para ambas as espécies envolvidas, tornando-os parte da família.

Historicamente os animais eram vistos como propriedade ou bens, e sua presença na vida das pessoas era baseada em uma função utilitária, como para trabalho ou alimentação. Porém, Raquel Prudente de Andrade Neder Issa (2018) aponta que a Família multiespécie surge quando os casais optam por não ter seus próprios filhos, e passam a desenvolver vínculos afetivos com seres de outras espécies, sendo o afeto como principal condutor para configurar o novo conceito familiar.

Raquel Prudente de Andrade Neder Issa (2018) explica ainda que a entidade familiar vai além dos vínculos formados por laços sanguíneos e além da legislação vigente, dando espaço a uma relação alicerçada na afetividade e a família multiespécie se encaixa exatamente nessa noção. Com isso, é fundamental que a sociedade reconheça a importância dos animais de estimação como membros da família e que essas relações afetivas sejam valorizadas e respeitadas.

Portanto, diante das mudanças das relações sociais e da constituição familiar fica evidente a necessidade de que o legislador reconheça os vínculos afetivos entre diferentes espécies e diferentes origens de família e torná-los mercedores de direitos.

### 3.2 GUARDA COMPARTILHADA EM CASO DE DISSOLUÇÃO CONJUGAL

Na família moderna, os animais são considerados parte do núcleo familiar. Estes começaram a ser reconhecidos como indivíduos de direitos e para muitas famílias tratados como se fossem filhos, sendo em alguns casos, designado para que um de seus tutores se torne possuidor da guarda deste em caso de dissolução conjugal.

Diante do problema do aumento de demandas pleiteando a guarda compartilhada dos animais de estimação o Poder Judiciário passou a utilizar a aplicação da analogia nos casos que envolvam disputas pelos cônjuges-tutores em processo de divórcio (BRAGA; OLIVEIRA, 2021)

Larissa Florentino Kellermann e Carolina Moares Migliavacca (2018) entendem que a previsão legal expressa no Código Civil é análoga a um ser semovente, e caracteriza os animais apenas como propriedade, o que perante a sociedade eles não são tratados dessa forma. Para as autoras os animais podem receber tratamento jurídico específico nos casos de separações matrimoniais entre casais.

No Direito Civil está descrito as normas sobre a formação do casamento e a sua dissolução. A partir do casamento as partes estabelecem a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial, cessado esse vínculo afetivo e inexistindo interesse na continuidade do casamento, a legislação estabelece a possibilidade de dissolução dessa união por meio do divórcio (GONÇALVES, 2012).

Para o caso da guarda no divórcio a redação da Lei nº 11.698/08, altera o Código Civil, trazendo uma nova possibilidade de guarda, sendo esta, compartilhada que é definida como "a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (BRASIL, 2008)

Ao regulamentar o instituto da guarda, o Código Civil não se refere especificamente à sua aplicação aos animais de estimação. A esse respeito, Camilo Henrique Silva (2015) pondera que em virtude da inexistência de lei a regulamentar a guarda dos animais de estimação em caso de divórcio, a tarefa pode ser arduosa, principalmente quando não há consenso entre as partes. O autor conclui que, diante da celeuma, o magistrado deve buscar a melhor solução para cada caso concreto, socorrendo-se à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Carlos Roberto Gonçalves (2012) explica que no caso dos animais, a guarda é um direito natural dos tutores, sendo atribuída a uma das partes, independente do título de propriedade, levando-se em consideração o bem-estar do animal e o vínculo afetivo.

Assim, diante da ausência de lei específica deve ser aplicado o artigo 1.584, § 5º, do Código Civil de 2002, se durante a instrução processual não houver acordo entre as partes, a guarda do animal pode ser atribuída a uma pessoa da família de um dos tutores. Nesse sentido julgamento de Apelação Cível n.º 1003813 20.2020.8.26.0001, em seu voto (nº 20543), o relator José Rubens Queiroz Gomes salientou que:

Não há em nosso ordenamento jurídico uma norma ou lei específica acerca da 'partilha' de animais de estimação, os quais, todavia, não podem continuar a ser tratados como "bens" porquanto cada vez mais são considerados como membros da família. Dessa forma, tem - se entendido possível, em casos como o presente, aplicar - se por analogia as regras estipuladas para a guarda de filho. (BRASIL, 2021).

Como não há norma legal, o magistrado deve decidir conforme analogia para resolver a demanda da melhor forma. Devendo observar as regras estabelecidas no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Com isso, o titular que se tornar possuidor da guarda do animal terá as mesmas imposições do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, prestar ao animal toda a assistência necessária (SILVA, 2015).

Esse também é o entendimento esposado no enunciado nº. 11 do Instituto Brasileiro de Direito de Família, que indica aos animais o direito de guarda compartilhada nos seguintes termos: "Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal". (IBDFAM, 2015, p. 1)

Camilo Henrique Silva (2015) entente que por serem animais seres *sencientes*, a simples definição da guarda pelo título de propriedade não se incorpora com o melhor entendimento e solução, pelo contrário, evidencia o apego dos operadores do Direito a preconceitos especistas e o descompasso com a realidade científica e social.



A dissolução da sociedade conjugal traz para as partes impactos na vida pessoal, sendo doloroso para os casais como para os filhos provenientes dessa união, por essas razões, a legislação deve acompanhar as mudanças sociais. Além dos filhos, o animal passou a ocupar um lugar importante no meio familiar, devendo ser reconhecido como um sujeito de direito

Os animais de estimação são considerados por muitas pessoas como companheiros, melhores amigos, filhos e até mesmo irmãos. Estudos demonstram que a presença de um animal em casa pode evitar doenças e em caso de separação conjugal, pode até mesmo ajudar seus tutores. Estes são seres inteligentes que sentem dor e dão amor, e devemos tratá-los com respeito e proporcioná-los uma vida digna (DIAS; POLETTI, 2017).

É evidente que no Brasil a disputa de guarda compartilhada para os animais vem crescendo, Zwetsch (2015) *apud* Dias *et alii* (2017, p. 18) pontua que:

A definição da guarda de um animal de estimação que integrou uma família desfeita deve ser encarada com seriedade e sem preconceitos. Não por tratar-se de uma questão cada vez mais recorrente a ser dirimida pelos operadores jurídicos no âmbito dos tribunais, mas por envolver sentimentos e interesses de animais humanos e não humanos capazes de sofrer. O rompimento da sociedade conjugal é um momento difícil para qualquer casal, e se a situação do animal é controvertida a ponto de ser levado para que um terceiro sobre ela decida, mínimo que se espera do magistrado é que ele possua sensibilidade para perceber o quanto isso é importante para aqueles litigantes e para aquele animal.

Portanto, ao decidir as questões de guarda compartilhada relacionada aos animais o juiz deve levar em consideração o interesse entre as partes litigantes, pois esses estão em momento difícil e buscam o Judiciário, sendo assim, o Juiz precisa estar sensível a isso, tendo em mente que a família multiespécie é constituída por laços afetivos.

#### 4 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO CONFORME DECISÕES JUDICIAIS DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante da inexistência de legislação específica que regulamente a guarda compartilhada de animais, em casos de dissolução conjugal, não havendo acordo entre as partes, os juízes, estão sendo compelidos a utilizarem a analogia para decidir disputas em torno da guarda de animais de estimação.

A questão problemática acerca da possibilidade de concessão de guarda compartilhada tem sido bastante discutida nos tribunais superiores, devido à falta de regulamentação específica.

Ana Carolina Neves Amaral do Valle e Izabela Ferreira Borges (2018) trazem como exemplo a Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208, da 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo como tema da ementa o destino de um animal de estimação, após a dissolução da união estável de seus tutores.

No caso em questão, a Apelada alegou que convivia maritalmente com o Apelante, mas em razão ter sido vítima de agressões, foi obrigada a se afastar da residência deixando todos os seus pertences adquiridos no período da união e o animal de estimação. O Apelante recorreu, apresentando contestação e confirmando os fatos narrados pela Apelada, mas quanto ao animal, este alegou que foi o único responsável pelos cuidados ao animal (RIO DE JANEIRO, 2015).

A sentença proferida em primeira instância julgou procedente a ação promovida pela autora, determinando a extinção da união do casal e a guarda definitiva do cão de estimação à Apelada, por ter comprovado que esta era a legítima proprietária do animal. Não satisfeito, o apelante entrou com recurso de apelação se manifestando unicamente pela guarda do animal, alegando ser o único responsável pelos cuidados e custos com o animal. Sustentou ainda que o cão chamado "Dully" havia sido dado de presente a Apelada após esta sofrer um aborto, com o objetivo de animá-la. Porém, sempre arcou com os custos provenientes do animal (RIO DE JANEIRO, 2015).

Nota-se que no referente caso, as partes desenvolveram com o animal vínculos emocionais e afetivos, sendo este adquirido após os prejuízos emocionais do casal. O relator declarou a questão enfrentada quanto a falta de regulamentação legal sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro e observou o princípio da dignidade da pessoa humana levando em consideração a importância do animal para as partes litigantes (RIO DE JANEIRO, 2015).

Ao final, levando em consideração a importância do animal para os litigantes e a inexistência de previsão legal, o julgador concedeu ao Apelante o direito de permanecer na vida do animal "Dully" através da guarda compartilhada. Fundamentou o magistrado que:

[...] atento a todos os parâmetros até aqui apresentados, aos quais acresço o fato de que o animal em questão, até por sua idade (avançada), demanda cuidados que recomendam a divisão de tarefas que lhe digam respeito é que, a despeito da propriedade reconhecidamente conferida à apelada, seja permitido ao recorrente

ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo a sua posse provisória, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, às 08:00h de sábado, restituindo-lhe às 17:00fs do domingo, na residência da apelada. (RIO DE JANEIRO, 2015).

Desta forma, o Apelante pode usufruir da posse provisória e exercer a sua responsabilidade em relação as necessidades do animal.

Em outro caso semelhante, discutido no Tribunal de Justiça de São Paulo, os litigantes estavam disputando pela guarda do animal de estimação da família e regime de visitas. O relator José Rubens Queiroz Gomes no Agravo de Instrumento nº 2052114-52.2018.8.26.0000 da 7ª Câmara de Direito Privado enfatizou que diante da inexistência de regulamentação brasileira para solucionar as demandas que versam sobre possibilidade de concessão de guarda compartilhada aos animais, é necessário utilizar analogia da guarda imposta aos filhos:

Considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a aplicação analógica dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas. (SÃO PAULO, 2018).

A 7ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP reconheceu à competência as varas de família para resolver as demandas relacionadas a guarda e visitação de animais de estimação.

No ano de 2018 o STJ no Recurso Especial nº 1.713.167 reconheceu a existência de vínculo afetivo criado entre humanos e animais e garantiu o direito de guarda compartilhada do animal de estimação adquirido durante a união estável ao ex-companheiro. No caso em questão, o ex-companheiro queria o direito de visitar a cadela "Kimi" da raça Yorkshire adquirida durante a união estável que durou mais de 07 (sete) anos. Após 05 (cinco) anos do divórcio com regime de comunhão universal de bens, o homem recorreu à Justiça alegando que após a separação foi impedido de ter contato com o animal (BRASIL, 2018)

Inicialmente o magistrado julgou o pedido do ex-companheiro improcedente, tendo em vista, que a relação afetiva com animais não poderia integrar as relações

familiares equivalentes entre pais e filhos, sob pena de ferir os princípios jurídicos. Ao final, concluiu que como sendo animal objeto de direito, não era possível conceder a visitação (BRASIL, 2018)

Apresentada apelação o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento parcial ao recurso e determinou a regulamentação de visitas à cadela, baseando-se na guarda compartilhada estipulada aos filhos. Insatisfeita com a decisão, a ré interpôs recurso especial (BRASIL, 2018)

O ministro Luís Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça entendeu que as decisões sobre a relação entre os animais e as pessoas precisam ser tratadas com cautela no ordenamento jurídico e fundamentou que:

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. (BRASIL, 2018, p. 01).

Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro deve levar em consideração que existem vínculos afetivos entre pessoas e animais, além de que são seres sensíveis e são capazes de sentir dor, assim como os seres humanos. As relações pertencentes à família multiespécie são claramente relevantes, tendo em vista que essa relação é semelhante à de pais e filhos, é proporcional e adequada a utilização do instituto da guarda para resolver as demandas judiciais relativas à guarda de animais.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por tudo o que foi exposto, é notável o crescimento de novas configurações familiares na sociedade moderna, baseadas em vínculos afetivos. A família multiespécie se caracteriza nas relações entre humanos e animais que desenvolvem uma conexão através dos sentimentos, e passam a ser considerados como membros do núcleo familiar.

Nesse novo conceito de família, a afetividade forma o vínculo conjugal entre as partes, sendo desenvolvida por contato físico e mútuo. Nos casos de dissolução conjugal, além dos litigantes sofrerem com a separação, acabam sofrendo ainda mais com a disputa do animal de estimação, visto que em muitos casos as partes optaram por não terem filhos.

No Brasil, perante a legislação, os animais são considerados como “coisas” e não são sujeitos passíveis de direito. Porém, atualmente, pode-se dizer que os animais se tornaram

importantes para as famílias tanto quanto os filhos, e deixaram de ser vistos apenas como meros objetos.

As relações conflituosas quanto a possibilidade de guarda compartilhada aos animais de estimação do casal que se separa vem crescendo ano após ano, e em algumas decisões os tribunais definem a vara de família como órgão competente para analisar esses casos, visto que a família multiespécie também pode se dissolver.

A legislação brasileira é falha em garantir a devida proteção aos animais, e força os operadores do direito a decidirem por analogia, sobre as demandas levadas ao Poder Judiciário que tratem da possibilidade de guarda compartilhada aos animais nos casos de dissolução conjugal.

Ainda que seja um tema difícil para que os magistrados decidam, estes devem levar em consideração o bem-estar do animal em suas decisões, possibilitando a eles vida digna, pois são seres sensíveis e vulneráveis que dependem de cuidados e proteção jurídica.

A análise dos julgamentos deste trabalho mostra que, apesar de os animais serem seres *sencientes* capazes de sentir dor e demonstrar compaixão de maneiras próprias e únicas, o Poder Judiciário não tem desejo de tratar como sujeitos de direito os animais que convivem em famílias multiespécies. Os tribunais não tendem a conectar a posse de animais de estimação com a guarda dos filhos.

Assim, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro precisa acompanhar as mudanças sociais e considerar a criação de um novo regime jurídico que proteja e garanta o bem-estar aos animais após a separação conjugal de seus tutores, preocupando-se em atender o melhor interesse do animal.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Leticia; SILVEIRA, Paula Galbiatti. PANORAMA DA PROTEÇÃO JURÍDICA ANIMAL NA ALEMANHA. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, volume 14, n. 03, p.98-115, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/34432>. Acesso em: 20 mar. 2023.

ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch**. 1990. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_90.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_90.html). Acesso em: 20 mar. 2023.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao Direito Animal Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, volume 13, número 03, p. 48-76, Set-Dez 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/28768>. Acesso em: 16 mar. 2023.

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula; LOURENÇO, Daniel Braga. Considerações sobre o Projeto de Lei Animais Não São Coisas. Revista Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-01/ataide-junior-lourenco-pl-animais-nao-sao-coisas>>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. **O Meio Ambiente Na Constituição Federal De 1988**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v.19, n.1, jan/jun, 2008, p. 41-42. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informativo/article/view/449/407>. Acesso em: 16 mar. 2023.

BIASOLI, Luis Fernando; CALGARO, Cleide. **Fronteiras da Bioética: os Reflexos Éticos e Socioambientais**. Universidade de Caixias do Sul. ISBN. 978-85-7061-868-9, 2017, 1ª ed, páginas: 213. Disponível em: <https://www.ucs.br/educs/livro/fronteiras-da-bioetica-os-reflexos-eticos-e-socioambientais/>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRAGA, Sheyla Nunes Ennes; OLIVEIRA, Patrícia Outeiral de. **GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO**. JUSTIÇA & SOCIEDADE, V. 6, N. 1, 2021. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista – IPA. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/download/1155/988>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. **AGRAVO DE INSTRUMENTO 2052114-52.2018.8.26.0000**. 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, RELATOR JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES, JULGADO EM 23/03/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. **APELAÇÃO CÍVEL N.º 1003813-20.2020.8.26.0001**. 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, RELATOR JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES, JULGADO EM 03/05/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1202683047/inteiro-teor-1202683068>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. **APELAÇÃO CIVIL N.º 0019757-79.2013.8.19.0208**. 22ª CÂMARA CIVIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, RELATOR DESEMBARGADOR MARCELO LIMA BUHATEM, JULGADO EM 27/01/2015. Disponível: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22111>. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 mar. 2023.



BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF. 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 16 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Altera os artigos. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Código Cível. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm). Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. **Recurso Especial nº 1.713.167 - SP (2017/0239804-9)**. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (4. TURMA). Recorrente: L M B. Recorrido: V M A. Relator: Minis. LUIS FELIPE SALOMÃO, 19 de junho de 2018. São Paulo. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/635855286/inteiro-teor-635855288>. Acesso em: 16 mar. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 27/2018**. P. 2. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729363&ts=1595008423207&disposition=inline>. Acesso em: 19 mar. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei Nº 1095, de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140546>. Acesso em: 19 mar. 2023.

CARVALHO, Gabriela Franziska Schoch Santos. **TUTELA CONSTITUCIONAL DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA SUIÇA**. Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Ciências Jurídicas. Santa Catarina, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/135446>. Acesso em: 20 mar. 2023.

COSTA, Deborah Regina Lambach Ferreira da; FERREIRA, Fabiano Montiani. O direito dos animais de companhia. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 2, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/27939>. Acesso em: 19 mar. 2023.

DIAS, Brunna Heloysa Rocha; POLETTO; Rocha Lizandro. GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL. NOVOS DIREITOS – **Revista Acadêmica do Instituto de Ciências Jurídicas** v. 4, n. 2, 2017. Disponível em: <http://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICJ/article/view/448/359>. Acesso em: 03 abr. 2023.

FREITAS, Renata Duarte de Oliveira. PROTEÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ANIMAL NÃO-HUMANO. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, v. 7, n. 10, 2013.

Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8405>. Acesso em: 17 mar. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil - Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GAZZANA, Cristina; SCHMIDT, Beatriz. **Novas configurações e vínculo com animais de estimação em uma perspectiva de Família Multiespécie**. 2015. Artigo Científico.- III Congresso de Pesquisa e Extensão da Faculdade da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em:

<https://ojs.fsg.edu.br/index.php/pesquisaextensao/article/view/1600>. Acesso em: 27 mar. 2023.

GOMES, Keit Diogo; COSTA, Natália Bartelotti Malacarne da. **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS JANAÍNA MACHADO STURZA HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO**. 2021. Disponível em:

<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/7x02k736/k15q8q7j/zN8P0pFqC0F2dirh.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2023.

GOMES, Nathalie Santos Caldeira. **ÉTICA E DIGNIDADE ANIMAL: UMA ABORDAGEM DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, DA LEI DE CRIMES CONTRA A NATUREZA E DO DECRETO DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS SOB A ÓTICA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS**. Fortaleza, pg 1-11. 2010. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3375.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Acesso em: 29 mar. 2023.

GORDILHO, Herón José de Santana; COUTINHO, Amanda Malta. Direito animal e o fim da sociedade conjugal. Revista de Direito Econômico e Socioambiental. Vol. 8, Nº. 2, 2017, págs. 257-281. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6172795>. Acesso em 19 mar. 2023.

Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. (2015). **Enunciado Nº. 11**. IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam..> Acesso em: 29 mar. 2023.

ISSA, Raquel Prudente de Andrade Neder. **Animais não humanos nas relações familiares: posse, guarda ou custódia?** Dissertação (Mestrado Direito Privado na Linha: Novos Paradigmas do Direito Privado no Contexto do Estado Democrático de Direito) –

Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_IssaRP\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_IssaRP_1.pdf). Acesso em: 29 mar. 2023.

KELLERMANN, Larissa Florentino; MIGLIAVACCA, Carolina Moares. A Guarda Compartilhada dos Animais Domésticos a partir da Dissolução Matrimonial: Estudo de Caso. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba-PR. Ano XI, n. 19, jul-dez/2018. ISSN 2175-7119. Disponível em: <https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima19/anima19-06-A-Guarda-Compartilhada-dos-Animais-Domesticos-a-partir-da-Dissoluca-Matrimonial.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2023.

LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos. **Entidades familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil, na doutrina e na jurisprudência**. Jus.com.br. 2018, p. 1-2. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64933/entidades-familiares-uma-analise-da-evolucao-do-conceito-de-familia-no-brasil-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>. Acesso em: 23 abr. 2023.

MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

MOREIRA, Taís Rodrigues. **NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: Possibilidades para a configuração de família multiespécie com Pessoa Não Humana**. FACULDADE DOM BOSCO PORTO ALEGRE FACULDADE DE DIREITO. Porto Alegre, 2015. Disponível em: [https://faculadadedombosco.net/media/filer\\_public/2022\\_6/78640fbf\\_tcc\\_2\\_-\\_natureza\\_juridica\\_dos\\_animais\\_de\\_estimacao\\_no\\_ordenamento\\_juridico\\_brasileiro\\_final.pdf](https://faculadadedombosco.net/media/filer_public/2022_6/78640fbf_tcc_2_-_natureza_juridica_dos_animais_de_estimacao_no_ordenamento_juridico_brasileiro_final.pdf). Acesso em: 20 mar. 2023.

RODRIGUES, Gabriela de Almeida Rodrigues; RAMMÊ, Rogério Santos. A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS DE COMPANHIA NOS LITÍGIOS FAMILIARES. **Revista Justiça e Sociedade**, v. 4, n. 1, 2019. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/775/723>. Acesso em: 20 mar. 2023.

SILVA, Camilo Henrique. **Animais, Divórcio E Consequências Jurídicas**. R. Inter. Interdisc. INTERthesis, Florianópolis, v.12, n.1, p.102-116, 2015. Artigo-científico. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2015v12n1p102>. Acesso em: 03 abr. 2023.

SILVA, Carolina Fernandes Tejero da. **O DIREITO DOS ANIMAIS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E A CONCEPÇÃO DA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE**. Artigo Científico - Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Curitiba, 2021. Disponível em:

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/17855>. Acesso em: 28 mar. 2023.

SILVA, Cristian Kiefer da. OS CAMINHOS PARA A DESCOISIFICAÇÃO ANIMAL NO DIREITO BRASILEIRO: A NECESSIDADE DE SE ABOLIR O STATUS DE PROPRIEDADE DOS ANIMAIS PARA SUPERAR A ESQUIZOFRENIA MORAL HUMANA. **II Encontro Virtual do Conpedi - Biodireito e Direito dos Animais II**. 2020. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/z5mhjrk/L00iVQPMWX7nnWGM.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2023.

SILVEIRA, Ana Carolina Valejo da; NINGELISKI, Adriane de Oliveira; WECHINEWSKY, Patricia Minini. Família multiespécie: reconhecimento dos animais de estimação como membros da família no ordenamento jurídico brasileiro. **Academia de Direito**, v. 4, p. 1512–1537, 2022. Disponível em: <http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3887>. Acesso em: 27 mar. 2023.

UNESCO. Declaração de 27 de janeiro de 1978. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS**. Disponível em: <https://www.mamiraua.org.br/pdf/e9b4b78d53d8ade06367be893d9bd826.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2023.

VALLE, Ana Carolina Neves Amaral do; BORGES, Izabela Ferreira. A guarda dos animais de estimação no divórcio. **Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2018. Disponível em: <https://abdc.emnuvens.com.br/abdc/article/view/22>. Acesso em: 16 mar. 2023.

VENÂNCIO, Clara Maria Antunes. **DIGNIDADE ANIMAL**. 2019. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/handle/10400.8/5132>. Acesso em: 16 mar. 2023.

## ESTUPRO DE VULNERÁVEL SEM CONTATO FÍSICO

**LUCAS RODRIGUES DOS SANTOS:**

Bacharelado em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG<sup>23</sup>.

CELMA MENDONÇA MILHOMEM JARDIM<sup>24</sup>.

(orientadora)

**RESUMO:** O estupro é um crime previsto em todos os ordenamentos jurídicos dos povos civilizados, é constatada a desproteção dos menores que estão sendo vítimas da modalidade de satisfação da libido, bem como o número crescente de ocorrências devido a impunidade. Para isso se criou o crime de estupro de vulnerável que visa penalizar aqueles que de algum modo tenha atingido a dignidade de um agente considerado vulnerável. Ocorre que se tem debatido sobre a ocorrência desse delito sem que haja um contato físico entre as partes. Assim, esse estudo teve o objetivo de discorrer a respeito das consequências jurídicas sobre a possibilidade de penalização do estupro de vulnerável sem contato físico. Nos objetivos específicos, analisou-se a legislação pertinente ao tema, bem como os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Para realizar esse estudo, teve-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos científicos, jurisprudência e na legislação brasileira. Nos resultados, ficou constatado que o contato físico não é obrigatório para que o crime de estupro de vulnerável seja aplicado. A depender do caso concreto, qualquer ato que venha a desrespeitar ou ferir a dignidade de uma pessoa vulnerável já é suficiente para que o delito seja efetivado.

**Palavras-chave:** Estupro. Vulnerável. Contato físico. Ausência.

## VULNERABLE RAPE WITHOUT PHYSICAL CONTACT

**ABSTRACT:** The rape is a crime foreseen in all the legal orders of civilized peoples, and finds the unprotection of minors who are being victims of the libido satisfaction modality, as well as the growing number of occurrences due to impunity. For this the crime of vulnerable rape was created that aims to penalize those who in some way reached the dignity of an agent considered vulnerable. It turns out that this offense has been debated without physical contact between the parties. Thus, this study aimed to discuss the legal consequences about the possibility of penalty of vulnerable rape without physical contact.

23 E-mail: lukad6492@gmail.com.

24 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: mscelmamilhomem@hotmail.com.

In the specific objectives, the legislation pertinent to the subject was analyzed, as well as the doctrinal and jurisprudential positions. To conduct this study, the bibliographic research, based on books, scientific articles, jurisprudence and Brazilian legislation, was based. In the results, it was found that physical contact is not mandatory for the crime of rape of vulnerable to be applied. Depending on the specific case, any act that may disrespect or hurt the dignity of a vulnerable person is sufficient for the offense to be effective.

**Keywords:** Rape. Vulnerable. Physical contact. Absence.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Crimes sexuais: aspectos gerais. 2.1 O crime de estupro de vulnerável. 3. O estupro de vulnerável sem contato físico: apontamentos jurídicos. 4. Das consequências jurídicas e sociais. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, o crime de estupro vem sendo amplamente divulgado pela mídia mundial. Essa constante divulgação se origina no crescente aumento do cometimento de crime dessa natureza. Ainda que historicamente a mulher seja a principal vítima, hoje qualquer indivíduo pode ser vítima de estupro, e é justamente nesse sentido que aumentou os casos de efetivação desse crime.

Com esse aumento, o Direito, como ciência social, não pode se eximir dessa realidade. Praticado desde os primórdios da civilização, o crime de estupro, atualmente, está normatizado no código penal com texto trazido pela Lei nº 12.015/09 (BRASIL, 2009).

Em razão disso, necessário discorrer e debater sobre essa temática, que por ser atual, necessita de melhor esclarecimento tanto sobre a figura da vítima quanto a sua penalização, para que a sociedade e o meio jurídico não tenham quaisquer dúvidas ou pré-conceitos estabelecidos.

Essa pesquisa, cingiu-se a análise do estupro de vulnerável. Esta espécie de estupro se configura como sendo aquele praticado em desfavor de crianças e adolescentes.

Ocorre que nos dias atuais, com os avanços tecnológicos, esse tipo de crime não tem sido praticado apenas pelo contato físico. A literatura penal relata hipótese de ocorrência de estupro de vulnerável sem o contato físico. É nesse ponto que se analisou este estudo.

Frente ao exposto, o presente estudo teve como base responder a seguinte indagação: é possível ocorrer e penalizar o crime de estupro de vulnerável sem o contato físico? Desta feita, o objetivo dessa pesquisa foi discorrer a respeito do crime de estupro de vulnerável sem que haja o contato físico, apresentando a sua possibilidade de



enquadramento legal e suas consequências jurídicas e sociais.

## **2. CRIMES SEXUAIS: ASPECTOS GERAIS**

Os crimes sexuais sempre estiveram presentes na história da humanidade. O ato de praticar sexo ou qualquer ação semelhante sem o consentimento da outra parte existe desde sempre. No caso do estupro, ele é provavelmente o mais antigo desses tipos de crimes (NUCCI, 2021).

Conceitualmente, o estupro é o delito que fere a liberdade sexual do indivíduo. É a quebra da liberdade de escolha de uma pessoa, que contra a sua vontade pratica um ato sexual com terceiro (CUNHA, 2017). Gonçalves (2020) exemplifica que a liberdade sexual, nesses casos é efetivada por meio do consentimento. Quando há uma violação dessa liberdade, a ponto de impedir que a vítima possa exercer esse poder de consentimento, adentra-se a natureza originária do crime de estupro.

De acordo com Lima e Oliveira (2018), entende-se o crime sexual como sendo um “tipo específico de violência que se configura quando alguém força outro a praticar qualquer tipo de ato sexual”. Ou seja, configura-se crime sexual quando o ato sexual é realizado sem o consentimento da vítima e contra sua vontade, decorrendo assim, danos físicos e/ou emocionais.

Diversos doutrinadores têm tratado o conceito de crimes sexuais como a violação da liberdade sexual e o desrespeito e indocilidade ao princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado a todos pela Constituição Federal brasileira.

A liberdade sexual pressupõe as escolhas livres e conscientes concernentes às práticas sexuais e à vida sexual em geral. Dispor de liberdade sexual implica em manter o poder de decisão sobre como, quando e com quem serão praticados atos de cunho sexual. Proteger a liberdade sexual, diante disso, significa assegurar o direito de que o titular desse bem jurídico possa determinar livremente sua sexualidade e seu comportamento sexual desde que, com suas opções, não ofenda bens jurídicos alheios (OLIVEIRA, 2020, p. 22).

Segundo Cunha (2017), o estupro representa uma agressão a disponibilidade de cada um, um desrespeito a sua integridade física e moral, além de psicológica. Com o intuito de se satisfazer o agressor atinge a liberdade de escolha da vítima de ter ou não uma relação carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

No campo legislativo, os crimes dessa natureza já são regulados pelo Direito Penal. Os crimes sexuais, em todas as suas espécies já se encontram no capítulo que regula sobre os crimes contra a dignidade sexual (GRECO, 2014). Mais especificamente, esses crimes têm como base a Lei nº 12.015/2009 que trouxe, entre outros, o crime de estupro de vulnerável, tema central desse estudo.

Crimes contra a dignidade sexual é o termo mais adequado a esses tipos de crimes, uma vez que a violação a liberdade sexual não atinge somente o aspecto físico da vítima, mas a toda a sua dignidade, personalidade, imagem, moral, enfim, todos os elementos que constituem um ser humano.

No caso em tela, o crime de estupro de vulnerável se encontra no art. 217-A, que traz especificamente o crime contra pessoas consideradas vulneráveis para o Direito, como crianças, enfermos ou qualquer pessoa que no momento do ato tenha caracterizado o aspecto de vulnerabilidade.

Ainda nessa lei, foi regulado que os crimes sexuais tramitam em segredo de justiça (234-B). Essa regulamentação veio no sentido de trazer uma prevenção de que esses casos pudessem ser expostos publicamente. É preciso acima de tudo, que as vítimas sejam protegidas também na sua imagem e dignidade.

## 2.1 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Dentro do crime de estupro existem determinadas vítimas que pelas suas características acaba por receber tratamento diferenciado pelo Código Penal brasileiro. Nesse grupo encontra-se crianças, adolescentes ou algum deficiente físico por exemplo. O que eles têm em comum são a sua vulnerabilidade, que nos crimes de natureza sexual recebe atenção especial.

Nucci (2021) nos explica que a vulnerabilidade é vista como uma característica intrínseca de determinada pessoa que o coloca em desfavor imediato, ou que sejam pessoas que não possuem o discernimento necessário para praticar um ato ou que não possa resistir a um ato.

É a incapacidade ou fragilidade de determinada pessoa, oriunda de aspectos específicos. No caso aqui, são vítimas que não possuem o poder de se defenderem de serem vítimas de um crime sexual, incluindo aí o de estupro.

No caso de crianças, por exemplo, para que elas possam ter um desenvolvimento saudável e digno é preciso que elas sejam distanciadas de qualquer ameaça que as façam se sentirem inseguras, ou em situações sociais que as deixem vulneráveis. Qualquer ato que possa de algum modo comprometer a sua integridade física e moral, deve ser evitado, uma vez que isso pode prejudicar seu crescimento (SOUSA, 2021).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 18 versa a respeito da dignidade, bem como o art. 227 da Constituição Federal de 1988. Ambas as normas buscam tutelar os menores contra qualquer condição que os prejudique. Contexto que tenham atos de violência, de desumanidade, que lhes traga sofrimento ou constrangimento é plenamente condenável nessas leis (MARTINS, 2017).

Pesquisas recentes têm apontado que os crimes sexuais contra crianças e adolescentes ainda estão em crescimento. A título de exemplo, desde 2019, quando pela primeira vez o Fórum Brasileiro de Segurança Pública conseguiu separar os dados do crime de estupro do crime de estupro de vulnerável, ao qual pôde-se chegar ao fato de que 53,8% desta violência era contra meninas com menos de 13 anos. Esse número sobe para 57,9% em 2020 e 58,8% em 2021 (SPANIOL, 2022). Portanto, é nítido observar que crianças e adolescentes, principalmente, ainda são vítimas diárias de estupro.

Em terreno legislativo, o crime de estupro de vulnerável se encontra presente no art. 217-A do código penalista brasileiro e tem o seguinte texto:

**Art. 217-A.** Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

**Pena** - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

**§ 1º** Incorre na mesma pena quem pratica ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

**§ 2º** Vetado

**§ 3º** Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

**§ 4º** Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

(BRASIL, 2009)

Com base nesse artigo, entende-se que todo ou qualquer ação carnal que seja praticada contra um indivíduo, cuja idade seja menor de 14 anos se enquadra no crime de estupro contra pessoa vulnerável. A respeito disso, Araújo (2019) afirma que a

vulnerabilidade nesses casos é o elemento principal, pois é ele quem condiciona a condição da vítima, fazendo com que o Direito o proteja e entenda que essa condição pode ser fatal para a ocorrência do crime de estupro.

Assim, as vítimas do crime de estupro de vulnerável são indivíduos menores de 14 anos ou que tenham enfermidade ou deficiência mental e que não tenha o discernimento básico para a prática do ato ou que não possa oferecer resistência (LIMA; OLIVEIRA, 2018).

Oliveira (2020) acentua que no contexto da idade, é importante deixar claro que há duas hipóteses de vulnerabilidade: os menores de 14 anos (absoluta) e menor de 18 (relativa).

Este delito pode ser executado por qualquer pessoa. O sujeito passivo são os que possuem as condicionantes acima citadas. Araújo (2019) explica que o estupro de vulnerável possui natureza de crime doloso, não cabendo a modalidade culposa, além de ser crime de Ação Pública Incondicionada, se consumando com a prática do ato de libidinagem, havendo a possibilidade da tentativa.

Cunha (2017) acrescenta que a configuração deste crime recai no reconhecimento de que a vítima é vulnerável e que ainda assim decida manter conjunção carnal ou outra ação libidinosa.

Importante mencionar que a Lei nº 13.718/2018 inovou ao incluir no art. 217-A o parágrafo 5º ao qual afirma que as penas serão aplicadas independentemente da aceitação da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais em período anterior ao fato delituoso (BRASIL, 2018).

### **3. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL SEM CONTATO FÍSICO: APONTAMENTOS JURÍDICOS**

A discussão central desse estudo diz respeito sobre a possibilidade de enquadramento jurídico do crime de estupro de vulnerável sem que se tenha um contato físico. Esse assunto é pauta de inúmeras discussões, principalmente porque entende-se ser essencial que para a ocorrência desse crime se tenha a conjunção carnal ou algum ato libidinoso.

Primeiramente, parte da doutrina jurídica entende que o estupro de vulnerável não é possível na modalidade sem contato físico, tornando-se impossível sua imputação penal na legislação brasileira, pois a lei expressa é clara quanto à necessidade da conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso praticado contra o vulnerável.

Masson (2019) é claro ao entender que apesar de existir posicionamentos favoráveis dos tribunais sobre a possibilidade, o código penal não engloba tal possibilidade, fazendo-se necessárias atualizações, de modo que as vítimas passem a ter maior respaldo legal.

Todavia, é majoritário o entendimento de que o crime de estupro de vulnerável sem o contato físico é plenamente possível. Nucci (2021) afirma que para que o estupro seja configurado na forma do artigo 213, ou na modalidade do artigo 217-A, não é necessário o contato físico entre o autor e a vítima. A dignidade sexual presume o respeito à vontade do indivíduo, quanto à satisfação de lascívia alheia.

Conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 52) “libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero atos de libidinagem, que envolve também a conjunção carnal”.

No entendimento de Estefam (2019) cuida-se de crime de forma livre, que admite, portanto, qualquer meio executório (inclusive a fraude). Não importa, ademais, se houve ou não consentimento para a prática do ato sexual.

A jurisprudência brasileira também caminha nesse entendimento. É o que também afirma o Informativo nº 587 do Superior Tribunal de Justiça; *in verbis*.

#### DIREITO PENAL. **DESNECESSIDADE DE CONTATO FÍSICO PARA DEFLAGRAÇÃO DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.**

A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. No caso, cumpre ainda ressaltar que o delito imputado encontra-se em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Com efeito, **a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física**. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena. (RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016, DJe 10/8/2016). (grifo meu)

É pacífico o entendimento, portanto, de que o estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima.

Considerar como ato libidinoso diverso da conjunção carnal somente as hipóteses em que há introdução do membro viril nas cavidades oral, vaginal ou anal da vítima não corresponde ao entendimento do legislador, tampouco o da doutrina e da jurisprudência, acerca do tema (BARROS, 2022).

Um ponto que se deve analisar sobre esse cenário, é que o avanço da tecnologia impactou também no cometimento de crimes. Nos dias atuais, com o crescimento das Redes Sociais e outros aplicativos, tem-se verificado a ocorrência de diversos crimes paralelos que ocorrem nesses locais, dentre eles o de estupro.

As redes sociais e outros meios digitais são uma realidade cada vez mais presente na comunidade global. Nesse cenário, crimes cometidos por meio digital tem se tornado tão rotineiro quanto o acesso a esses aparatos tecnológicos.

Com isso, é possível observar um crescimento no cometimento de crimes sexuais no campo digital. O uso da internet, celulares, computadores, laptops, dentre outros aparelhos tecnológicos, estão servindo como instrumento para que crimes dessa natureza sejam realizados.

Souza; Herrea; Teotônio (2019) acentuam que o meio digital trouxe uma nova forma de comunicação entre as pessoas. Da mesma forma, trouxe também uma nova forma de cometimento de crimes. O uso de webcams ou de câmeras fotográficas, por exemplo, fez com que muitas pessoas se expusessem e fossem expostas de várias formas, inclusive de modo sexualizado.

A produção de cunho pornográfico, a exposição de fotos e vídeos em aplicativos de relacionamento de conteúdo sexualizado, por exemplo, se tornou um facilitador para que os crimes sexuais pudessem ser cometidos. Na mesma linha, os agressores acabam por utilizar essas ferramentas para satisfazer o seu desejo sexual, sem que isso tenha que ter algum contato pessoal (SOUZA; HERRERA; TEOTÔNIO, 2019).

As redes sociais, como já citado, é um campo amplo de cometimento desses crimes. O WhatsApp, Telegram, o Instagram, dentre outros, são ferramentas digitais que possuem um número expressivo de participantes, que acabam trocando informações, imagens e vídeos pessoas. É nesse campo que se encontra o chamado *sexting*. Resultado da união dos termos *sex* (sexo) e *texting* (escrever), esse tipo de comportamento pode ser entendido como uma ação de origem sexual realizada através de mensagens de texto (SOUZA; HERRERA; TEOTÔNIO, 2019).

O sexting, pode ser entendido como o uso de redes sociais, aplicativos e dispositivos móveis por adolescentes para produzir e compartilhar imagens de nudez e sexo. Envolve



também mensagens de texto eróticas com convites e insinuações sexuais para namorado (a), pretendentes e/ou amigos(as). (MACHADO; PEREIRA, 2013)

Insta salientar que a prática do sexting não gera de imediato um crime. Para que ele se torne um delito, é preciso que haja a repercussão social do conteúdo produzido e exposto nessas redes, a ponto de atingir negativamente a vítima e a sociedade. Aqui, para a sua configuração, há o compartilhamento, sem autorização prévia, de imagens e vídeos recebidos de modo voluntário, em situação anterior, que traga consequência danosa à vítima (MACHADO; PEREIRA, 2013).

Essa ação é aqui mencionada, porque ela também pode ser um campo de possibilidade para o cometimento do crime de estupro de vulnerável. O sexting é o exemplo máximo de como o estupro de pessoas vulneráveis são complexos e que acompanham o desenvolvimento social. É na Era Digital que também traz benefícios, mas que também facilita o cometimento desses crimes.

Fato é que os tribunais já têm entendido que os crimes de estupro de vulnerável feito de forma virtual também deve ser penalizado. Insta salientar que nesses crimes, não há contato físico.

Como exemplo, apresenta-se o seguinte julgado:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. **ESTUPRO VIRTUAL DE VULNERÁVEL**. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME TIPIFICADO NO ART. 241-D, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, LEI N. 8.069/1990. IMPROCEDÊNCIA. **PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS POR MEIO VIRTUAL. INEXISTÊNCIA DE INTERAÇÃO SEXUAL ENTRE O OFENSOR E A VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA PRESENTES. MANTIDA A CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**. ART. 241-B DA LEI N. 8.069/90. ADQUIRIR, POSSUIR OU ARMAZENAR, POR QUALQUER MEIO, FOTOGRAFIA, VÍDEO OU OUTRA FORMA DE REGISTRO QUE CONTENHA CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. MANTIDA A CONDENAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **A ausência de interação recíproca e de exposição sexual do réu não afasta a configuração do crime de estupro virtual de vulnerável. A ocorrência de contato físico direto é dispensável, exigindo-se, por sua vez, tão somente o nexu causal entre o ato praticado, destinado à satisfação da própria lascívia, ainda que por meio**

**virtual, e o efetivo dano à dignidade sexual da vítima vulnerável.**

2. Deve ser mantida a condenação do réu quando comprovado, por meio de provas testemunhal e pericial, que o réu adquiriu e armazenou vídeos e fotografias com cena pornográfica envolvendo adolescentes. [...]. (07043670720218070006 - (0704367-07.2021.8.07.0006 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. TJDFT. 3º Turma Criminal. Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR. Data de Julgamento: 31/03/2022. Publicado no PJe: 08/04/2022). (grifo meu)

No caso acima apresentado, houve a prática de estupro virtual de vulnerável, onde o réu adquiriu e armazenou vídeos e fotografias com cenas pornográficas com adolescentes. O que pesa nessas decisões, é que se tratando de vítimas vulneráveis, os efeitos desse crime se tornam fundamental para dimensionar a gravidade deste delito.

Em relação às consequências deste crime, apresenta-se o tópico seguinte.

#### **4. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

A figura do estupro virtual pode ser visualizada por meio da análise de situações concretas, como o aqui realizado quanto ao caso de não ter contato físico. O estudo de tal situação demonstrou a complexidade da aplicação do tipo penal ao caso concreto.

Nesse sentido, dentre os princípios norteadores utilizados como vetores para a interpretação da lei penal pelo julgador, está a dignidade da pessoa humana, que, em seus desdobramentos, contém a liberdade sexual. A partir disso, é indiscutível a necessidade da sua proteção, haja vista a importância social que detém, mesmo quando a violação ocorre pelo meio virtual (MASSON, 2019).

Conforme exposto até aqui, verificou-se que concretizada a adequação típica, o fato de o agressor não ter tocado na vítima, não serve para isenta-lo de sua responsabilidade criminal. Portanto, a ausência de contato físico, para esses casos, não é condicionante para que o agressor seja devidamente punido.

Conforme Barros (2022) nos explica, a possibilidade de enquadramento do crime de estupro virtual de vulnerável no art. 217-A se deu, apoiada numa interpretação extensiva do tipo penal, com o preenchimento de suas elementares com as circunstâncias que envolvem cada caso.

A referida interpretação extensiva nos casos onde não há contato físico, é admitida pela doutrina majoritária e em julgados dos tribunais superiores, desde que respeitando a *mens legis*. Logo, diferentemente do que entendem alguns doutrinadores, em nenhum aspecto fere o princípio da legalidade, uma vez que não há criação de uma nova

modalidade de estupro, não prevista em lei, mas a adequação de uma conduta humana (SOUSA, 2021).

No entanto, entende essa pesquisa que seja importante que se acrescente na norma penal um inciso que especifique que o não contato físico também enseja no crime de estupro de vulnerável.

Continuando nesse assunto, também é importante discutir sobre as medidas que podem ser feitas para prevenir tal delito.

De acordo com Vidal (2019) a escola é um elemento estratégico fundamental para o enfrentamento do estupro de vulnerável. Segundo esta autora, isso é importante, quando se tem notícias e dados de que esse tipo de crime é preponderantemente intrafamiliar e ocorre dentro de casa.

Sabe-se que o enfrentamento de violências não se dá apenas no âmbito da segurança pública. Com isso, a escola pode ajudar (e já ajuda) no processo de identificação e denúncia, mas, sobretudo, no processo de prevenção.

Fontes (2018) acentua que muitas vezes o abusador se aproveita da ignorância da criança e, se ela tiver consciência, dependendo da situação, pode mesmo evitar que o abuso ocorra. Desse modo, entende o autor a escola ser fundamental na implantação de ações de educação. Para aqueles que acham que o ambiente escolar é um risco para os filhos, o autor cita que apenas 1% dos casos registrados ocorreu em estabelecimento de ensino.

O fato é que crianças e jovens estão cada vez mais conectados pelas mídias sociais, o que representa um risco em potencial. Uma vez tendo o conhecimento de que a conexão pela internet é uma realidade que está e tende a estar cada vez mais presente, então, é preciso falar com as crianças e os adolescentes sobre os perigos e riscos. E aqui, de novo, a escola tem um papel fundamental.

Korndoerfer (2021) afirma que muitas vezes os pais não estão preparados para esta conversa, mas a escola tem que estar. Escolas públicas e privadas, pois crianças e adolescentes de todas as classes sociais estão sujeitos a estes crimes.

Diante do exposto, frente a questão trazida por esse estudo, ficou claro constatar que o contato físico já não é mais fundamental para que o crime de estupro de vulnerável seja reconhecido. A contemplação da lascívia, por exemplo, já é suficiente para que se enquadre o presente delito, não precisando estar ligado a algum ato de aproximação ou contato físico.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que o estupro vulnerável ocorre contra vítimas que não possuem a capacidade de se defender ou não possuem o discernimento necessário para a prática do ato sexual. Essas vítimas são crianças e adolescentes menores de quatorze anos, pessoas em estado de vulnerabilidade ou que possuam enfermidade ou doença mental, sem discernimento e não ofereçam resistência.

No que se refere a discussão trazida por esse estudo, há alguns posicionamentos divergentes sobre o que exatamente se configura ato libidinoso e a satisfação da lascívia e embora o tema seja atual, ele não é muito discutido pelos juristas e doutrinadores. Apesar das inovações da lei nº 12.015/2009 o Código Penal que rege o ordenamento jurídico brasileiro é de 1940, o que configura muitas lacunas. Além de estar limitado e não atender às inovações da sociedade, tornam-se essenciais algumas mudanças, principalmente no que se refere à segurança jurídica da sociedade.

O código penal deixa claro que para a efetivação do crime é necessário a conjunção carnal ou ato libidinoso. Dessa forma, entende-se ser necessário a imputação específica do estupro de vulnerável sem contato físico.

Como citado nessa pesquisa, a doutrina majoritária e os tribunais superiores entendem que a ausência de contato físico não é impedimento para que o crime de estupro de vulnerável seja reconhecido. Apesar disso, defende-se o entendimento de que seja necessária uma norma (ou artigo) em específico que traga em seu texto essa possibilidade, haja vista que esse posicionamento é encontrado apenas em estudos científicos e em decisões judiciais.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Gabriela Moraes Lopes de. **Estupro virtual: a lesão da liberdade sexual no ciberespaço**. Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Anápolis, 2019.

BARROS, Dhoughlas Moreira Lopes de. **Estupro virtual**. Artigo Científico apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS). Goiânia, 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 4: Parte Especial - Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 7. ed São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (artigos 121 ao 361)**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais**. São Paulo: Saraiva, 2019.

FONTES, Emanuella Pinheiro. **Estupro de vulnerável sem contato físico**. Monografia – especialização em prática judicante. Universidade Estadual da Paraíba. João Pessoa, 2018.

GONÇALVES, Víctor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2014. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-adignidadeseexual>>. Acesso em: 21 abr. 2023.

KORNDORFER, Rafaela de Mello. **Possibilidade jurídica do estupro virtual de vulnerável**. Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2021.

LIMA, Rogério Gonçalves; OLIVEIRA, Vanessa de Lima. **Estupro de vulnerável sem o contato físico**. Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Mestre em Ciências Ambientais. Rubiataba, 2018.

MACHADO, Nealla Valentim; PEREIRA, Silvio da Costa. **Sexting, mídia e as novas representações da sexualidade**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 36., 2013, Manaus. Papers. Manaus: Intercom, 2013. p. 1 - 12. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2013/resumos/R8-1134-1.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2023.

MARTINS, José Renato. **Sextorsão e estupro virtual: os perigos de uma decisão judicial equivocada**. Migalhas de Peso, São Paulo, 16 ago. 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)**. v. 3. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Julio Cesar Vieira de. **Crime de Estupro e as alterações da Lei nº. 12.015/09**. Monografia apresentada à Universidade Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do grau em Bacharel em Direito. São José, 2020.

SOUSA, Eduarda Silva. **Estupro de vulnerável sem o contato físico**. Projeto de pesquisa apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade de Rio Verde – Campus Caiapônia. Caiapônia, 2021.

SOUZA, Gabriel Vinicius de; HERRERA, Larissa; TEOTÔNIO, Paulo José Freire. **A contemporaneidade e a tipificação dos crimes sexuais**. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/76335/a-contemporaneidade-e-a-tipificacao-dos-crimes-sexuais>>. Acesso em: 21 abr. 2023.

SPANIOL, Marlene Inês. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022**. 2022. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/14-anuario-2022-violencia-sexual-infantil-os-dados-estao-aqui-para-quem-quiser-ver.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2023.

VIDAL, Rodrigo de Mello. **Crimes Virtuais**. 2019. 13 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Público, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2019.



## **A POSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO DA TESE NA FASE DA TRÉPLICA NO TRIBUNAL DO JÚRI**

**ISABEL MACIEL BORGES:**  
Graduanda do curso de Direito da  
Faculdade de Ciências Jurídicas de  
Paraíso do Tocantins (FCJP).<sup>25</sup>

**BRUNO VINÍCIUS NASCIMENTO OLIVEIRA**<sup>26</sup>  
(orientador)

**RESUMO:** A pesquisa busca verificar se há óbice no ordenamento jurídico brasileiro acerca da possibilidade de inovação da tese na última etapa dos debates orais (tréplica), visto que a legislação penal é omissa e não há um entendimento pacificado pelos Tribunais acerca do tema. Desse modo, será utilizado o método de pesquisa dedutivo, através de pesquisa exploratória, bibliográfica e documental da legislação brasileira, bem como da doutrina, jurisprudência, orientações e instruções normativas, relacionados ao Tribunal do Júri, conclui-se que não há ofensa ao princípio do contraditório, uma vez que a Constituição Federal prevê o princípio da plenitude de defesa nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri e em analogia ao procedimento comum na fase das alegações finais, a defesa apresenta a suas teses por último e o processo é encaminhado ao juiz para proferir a sentença. Portanto, demonstra a sociedade até que ponto a defesa pode ser usada em benefício do acusado, garantindo uma maior segurança jurídica e por fim desmitificando esse impasse de princípios.

Palavras-chave: Tribunal do Júri; Tréplica; Plenitude de Defesa; Contraditório.

**ABSTRACT:** The research seeks to verify if there is an obstacle in the Brazilian legal system regarding the possibility of innovation of the thesis in the last stage of the oral debates (rejoinder), since the criminal legislation is silent and there is no pacified understanding by the Courts on the subject. In this way, the deductive research method will be used, through exploratory, bibliographical and documentary research of Brazilian legislation, as well as doctrine, jurisprudence, guidelines and normative instructions, related to the Jury Court, it is concluded that there is no offense to the principle of the contradictory, since the Federal Constitution provides for the principle of full defense in the procedures of competence of the Jury Court and in analogy to the common procedure in the phase of final arguments,

---

<sup>25</sup> E-mail: isabel.maciel15@gmail.com

<sup>26</sup> Especialista em Ciências Criminais. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: brdamaso@gmail.com

the defense presents its theses last and the process is sent to the judge to pass sentence. Therefore, it demonstrates to society the extent to which the defense can be used for the benefit of the accused, guaranteeing greater legal certainty and finally demystifying this impasse of principles.

Keyword: Jury court; Rejoinder; Fullness of Defense; Contradictory.

## 1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, se faz necessário ressaltar que os crimes de competência do Tribunal do Júri são aqueles cometidos contra a vida, que são: homicídio simples e qualificado; induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação; infanticídio; aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento e aborto provocado por terceiro.

Ressalta-se que, para que seja instaurado o procedimento, independe se o crime tenha sido consumado ou tentado.

Inclusive, para que haja a instituição do júri, são assegurados alguns princípios, que serão norteadores no procedimento, auxiliando no processo e garantindo as partes uma melhor aplicação da lei.

Destaca-se os princípios do contraditório e o da plenitude de defesa, o primeiro é assegurado as partes nos procedimentos judiciais, e o segundo é específico do tribunal do júri. Inclusive, há o impasse desses princípios na hora dos debates, o que será discutido na presente pesquisa e gera o seguinte questionamento: É possível inovar a tese na fase da tréplica no tribunal do júri?

Assim, a presente pesquisa versa sobre a possibilidade de inovação da tese na fase da tréplica nos procedimentos do Tribunal do Júri, tendo com o objetivo de verificar se existe óbice no ordenamento jurídico brasileiro acerca da inovação feita pela defesa do acusado na fase da tréplica.

Dessa forma, tem por finalidade verificar até que ponto a defesa pode ser usada em benefício do acusado, para que se garanta uma maior segurança jurídica e desmitifique o impasse dos princípios do contraditório e da plenitude da defesa.

Além disso, tem como objetivos: especificar o procedimento do Tribunal do Júri com base o Código de Processo Penal; contrapor os princípios do contraditório e da plenitude da defesa utilizados pela defesa para a inovação da tese na fase da tréplica no Tribunal do Júri; apresentar os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários acerca da possibilidade de inovação da tese; e por fim, concluir se há óbice no ordenamento jurídico brasileiro a respeito da possibilidade de inovação de tese na fase da tréplica.

Para tanto, será utilizado o método de pesquisa dedutivo, que se dará por meio da pesquisa exploratória, bibliográfica e documental da legislação brasileira, bem como da doutrina, jurisprudência, orientações e instruções normativas, relacionados ao Tribunal do Júri, especialmente no que diz respeito a inovação da tese na tréplica.

Assim, serão abordados o procedimento do tribunal do júri e os princípios vinculados a ele, bem como uma explanação sobre a decisão de pronúncia. Além disso, explicar sobre como é desenvolvida a instrução em plenário e a realização dos debates, e por fim, verificar sobre a possibilidade de inovação da tese na fase da tréplica em doutrinas e jurisprudências.

## **2 PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Em primeiro lugar, para uma maior compreensão do tema abordado, se faz necessário explanar sobre o funcionamento do procedimento do Tribunal do Júri, bem como as normas e princípios jurídicos vinculados a ele.

No artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, dispõe que:

é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a plenitude de defesa;

o sigilo das votações;

a soberania dos veredictos;

a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL, 1988).

Tal organização é dada pela Lei 11.689, de 9 de junho de 2008, que disciplina sobre a matéria; e a competência do júri, é definida em rol taxativo no artigo 74, §1º, do Código de Processo Penal, que preconiza: "Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados." (BRASIL, 1941).

Os crimes de competência do Tribunal do Júri são aqueles cometidos contra a vida, sendo eles: homicídio simples e qualificado; induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação; infanticídio; aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento e aborto provocado por terceiro. Cumpre ressaltar que, para que seja instaurado o procedimento, independe se o crime tenha sido consumado ou tentado.

Assim, o procedimento pode ser definido como trifásico, onde é levado em consideração a fase de preparação do plenário, em que seria errado não a considerar como autônoma, uma vez que posterior a edição da Lei 11.689/2008, foi destinada uma Seção própria do júri, sendo ela: “Da Preparação do Processo para o Julgamento em Plenário”.

Diante disso, após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia, o órgão acusatório e o defensor terão vista do processo para no prazo de cinco dias, cada um possa oferecer o rol de no máximo cinco testemunhas para depor em plenário, bem como poderão anexar documentos e requerer diligências. (NUCCI, 2015).

Ocorre que, em entendimento divergente, para alguns doutrinadores o procedimento do Júri é bifásico, a fase inicial, sendo a da instrução preliminar, definida como a etapa entre o recebimento da denúncia ou da queixa e a decisão de pronúncia; e a segunda fase é o julgamento em plenário, após a confirmação da pronúncia, onde o fato vai ser julgado pelos jurados leigos em matéria jurídica. (LOPES JR, 2022).

Diante disso, serão analisados os princípios assegurados no tribunal do júri, que são norteadores para a aplicação da lei.

## 2.1 PRINCÍPIOS APLICADOS NO TRIBUNAL DO JÚRI

Insta destacar que, para que haja a instituição do júri, são assegurados alguns princípios, estes que serão usados no procedimento, auxiliando no processo e garantindo as partes uma melhor aplicação da lei.

A Carta Magna no Título II, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, precisamente no inciso XXXVIII, preconiza que:

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:

[...]

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, nas alíneas acima são definidos os princípios basilares do procedimento do Tribunal do Júri.

O princípio do sigilo das votações é específico do Júri, sendo uma ressalva do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, que versa sobre o princípio da publicidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, inclusive, é entendimento pacificado pelo STF, que informa que não há inconstitucionalidade nos que se refere a sala secreta. (CAPEZ, 2022).

Já o princípio da soberania dos vereditos dispõe sobre a impossibilidade de mudança das decisões dos jurados, a respeito do mérito, em tribunal técnico, todavia, é considerado um princípio relativo, em virtude de nos casos de apelação das decisões do Júri pelo mérito, o Tribunal pode anular o julgamento realizado e ordenar a realização de um novo julgamento, caso identifique que a decisão proferida pelos juízes leigos tenha afrontado a prova dos autos. (CAPEZ, 2022).

Para o tema da presente pesquisa, os princípios constitucionais que merecem relevo são o contraditório e a ampla defesa, no Tribunal do Júri, plenitude de defesa, os quais serão tratados de forma mais profunda a seguir.

### **2.1.1 Contraditório**

Inicialmente, deve ser observado o princípio do contraditório, embora não seja um princípio específico do Júri, está definido na Carta Magna, assegurado as partes nos procedimentos judiciais.

Assim, o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, diz: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". (BRASIL, 1988).

Desse modo, a parte possui o direito de contradizer o que está sendo imputado a ela, bem como as teses apresentadas pela parte contrária no processo, e garante o funcionamento do procedimento.

Subdivide-se em três elementos: direito à informação, em virtude que a parte adversária deve possuir conhecimento do processo; direito de participação, ou seja, de se manifestar ao que foi dito pela parte contrária; e por fim, que seja assegurado o respeito à paridade de tratamento. Entende-se que o contraditório só é obrigatório no processo penal, em sua fase processual. (BRASILEIRO, 2020).

Inclusive, nos debates em Plenário, devem ser observados os princípios do contraditório e da plenitude da defesa, em relação a réplica e tréplica. Afinal, conforme pontua o doutrinador Aury Lopes Junior, o contraditório: "É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo." (LOPES JR., 2022, p.202).

Diante do exposto, se faz necessário analisar o princípio da plenitude da defesa.

### **2.1.2 Plenitude da defesa**

O princípio da plenitude de defesa é assegurado especificamente aos julgamentos submetidos ao Tribunal do Júri, o que difere do princípio da ampla defesa.

O doutrinador Renato Brasileiro discorre sobre a diferença dos princípios, dispondo que:

Enquanto a ampla defesa é assegurada a todos os acusados (CF, art. 5º, LV), inclusive em relação àqueles que são submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri, a plenitude de defesa é prevista especificamente como garantia do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII, "a"). Há quem entenda que não há diferença substancial entre ampla defesa e plenitude de defesa. A nosso juízo, porém, a plenitude de defesa implica no exercício da defesa em um grau ainda maior do que a ampla defesa. (BRASILEIRO, 2020, p. 1141).

Corroborando com o exposto acima, Fernando Capez pontua que a plenitude de defesa pode ser compreendida em dois aspectos, um em que para o pleno exercício da defesa técnica (feita pelo profissional competente), esta não será limitada apenas a parte técnica, levando em consideração a argumentação extrajurídica; e o outro aspecto, é o exercício da autodefesa, feita pelo próprio acusado, oportunidade em que apresentará sua tese no interrogatório, mesmo que divergente da apresentada pela sua defesa técnica. (CAPEZ, 2022, p. 1264).

Diante disso, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci esclarece que:

O que se busca aos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri, quer-se a defesa perfeita, dentro, obviamente, das limitações naturais dos seres humanos. (NUCCI, 2015, p. 27).

Assim, em sede de plenário, o acusado deve ter a defesa mais elaborada e de fácil entendimento, uma vez que quem irá julgar a causa é pessoa leiga em matéria jurídica. No



entanto, para que o acusado chegue a ser julgado em plenário, deverá ser pronunciado, tema que será debatido em seguida.

## 2.2 PRONÚNCIA

Para que o acusado seja pronunciado, inicialmente haverá uma audiência, em que será ouvida a vítima (caso tenha sobrevivido), as testemunhas arroladas pelas partes, os peritos (caso tenha) e o acusado será interrogado, logo após, iniciarão os debates e por fim será proferida a decisão.

O artigo 413 do Código de Processo Penal estabelece que: “O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”. (BRASIL, 1941).

Ou seja, após a instrução a instrução preliminar em que as partes e testemunhas forem ouvidas e as provas produzidas, caso o Juiz esteja convencido da materialidade do fato (provas que indiquem a existência do crime) e dos indícios de autoria ou participação (sujeito responsável pelo crime), irá proferir a decisão de pronúncia.

Desse modo, a decisão de pronúncia está relacionada ao término do juízo de admissibilidade e remete o caso ao Tribunal do Júri para que seja apreciado, caracterizada como uma decisão interlocutória mista não terminativa, uma vez que não analisa o mérito, encerra uma das fases do procedimento, mas não encerra o processo. (BRASILEIRO, 2020).

Ademais, não ocasiona coisa julgada material, pois existe a possibilidade de ter a desclassificação para outro crime no momento do julgamento em plenário, no entanto, faz coisa julgada formal, em virtude de não ser possível a sua alteração após preclusa na via recursal, salvo a situação disposta no artigo 421, § 1º, do CPP, em que dispõe sobre circunstância superveniente que altere a classificação do crime. (LOPES JR, 2022).

Portanto, uma vez que haja o convencimento do juiz da materialidade e de indícios suficientes da autoria ou participação do fato, o acusado deverá ser pronunciado e o crime será julgado pelos jurados em plenário no Tribunal do Júri.

Cumprido ressaltar que, caso haja dúvidas, é aplicável o princípio do *in dubio pro societate*, ou seja, o acusado deverá ser pronunciado e caberá aos jurados decidir sobre a materialidade e autoria do fato.

Complementando o exposto, preleciona Fernando Capez:

Na fase da pronúncia vigora o princípio do *in dubio pro societate*, uma vez que há mero juízo de suspeita, não de certeza. O juiz verifica

apenas se a acusação é viável, deixando o exame mais acurado para os jurados. Somente não serão admitidas acusações manifestamente infundadas, pois há juízo de mera prelibação. (CAPEZ, 2022, p.1276).

Desse modo, o acusado quando pronunciado, não se faz necessário à sua defesa adiantar as suas teses, uma vez que poderá apresentá-las em Juízo, perante os jurados.

### 2.3 INSTRUÇÃO EM PLENÁRIO

Após toda a preparação do processo, alistamento dos jurados, desaforamento, organização da pauta, sorteio e convocação dos jurados, composição do Tribunal do Júri e formação do Conselho de Sentença das reuniões e sessões para o julgamento em Plenário, conforme estipulado no Capítulo II do Código de Processo Penal, será iniciada a instrução plenária, após a prestação do compromisso pelos jurados. (BRASIL, 1941).

O procedimento da instrução no júri difere do procedimento comum, uma vez que quem inicia as perguntas para a vítima e testemunhas no plenário é o juiz presidente de maneira direta, para que os juízes leigos (jurados) compreenderem, e após as partes (acusação, assistente de acusação e defesa) realizam as suas perguntas, ressalta-se que caso os jurados tenham alguma pergunta, poderão formá-las por intermédio do juiz. Inicialmente será ouvida a vítima (estando vivo e caso seja localizada), e logo após serão ouvidas as cinco testemunhas de acusação e depois as de defesa. As testemunhas só serão dispensadas se ambas as partes concordarem, pois, pode haver o caso de acareação ou uma reinquirição. (BRASILEIRO, 2020).

Para que prossiga a instrução, antes do interrogatório, serão lidas as peças do processo exclusivas às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis (artigo 473, § 3º do CPP). Posteriormente a coleta de provas, caso o acusado esteja presente, será interrogado nos termos do Capítulo III do Título VII do Livro I do CPP, observando as modificações incluídas pela Seção XI (art. 474, CPP).

O interrogatório judicial é considerado como a primeira manifestação em juízo de autodefesa, pois o acusado terá a oportunidade de se comunicar diretamente com o juiz, ocasião em que apresentará a sua versão dos fatos, inclusive, o acusado pode indicar meios de provas. Cabe destacar que, o acusado pode reivindicar o seu direito ao silêncio, que em hipótese alguma deve ser usado em tese para o prejuízo da defesa. O ato do interrogatório será dividido em partes, a primeira será a qualificação do acusado, onde serão colhidos os seus dados pessoais; a segunda refere-se ao mérito, oportunidade de o acusado fornecer a sua versão; e a terceira é destinada a individualização do acusado, será consultado sobre a sua vida pessoal, questionamentos que serão essenciais para a análise do caso. (NUCCI, 2015).

Ademais, as teses apresentadas pelo acusado em seu interrogatório, serão quesitadas pelo juiz, diante do princípio da plenitude de defesa, uma vez que os jurados podem acolher a sua versão do fato, não podendo sua versão ser desprezada, mesmo que divergente da apresentada pelo seu defensor técnico, conforme dispõe o artigo 482 do CPP. (NUCCI, 2015).

Sendo realizado o interrogatório, encerra a instrução e começa a fase dos debates.

## 2.4 DEBATES

Na fase do plenário, após a instrução, serão realizados os debates, momento em que a acusação e a defesa irão expor as suas teses, respeitando o disposto nos artigos 476 ao 481 do Código de Processo Penal.

Neste ponto a acusação, "é absolutamente livre para sustentar a procedência total ou parcial da pretensão acusatória, assim como a própria improcedência do pedido de condenação do acusado" (BRASILEIRO, 2020, p. 1507).

Corroborando com o acima exposto, Renato Brasileiro menciona ainda que:

Em sua manifestação, deve a defesa buscar, precipuamente, a absolvição do acusado, sendo livre para sustentar em plenário as teses que reputar mais oportunas, não estando vinculada àquelas anteriormente apresentadas (v.g., em alegações orais ao final da primeira fase do júri). Porém, há de se ter em mente que nem sempre será viável um pedido absolutório. Revelando-se descabido um pedido de absolvição, não se pode considerar o acusado indefeso se a manifestação da defesa técnica ocorrer no sentido da exclusão de uma qualificadora ou de uma causa de aumento de pena, do reconhecimento de crime tentado, etc. Ao defensor, aliás, doutrina e jurisprudência são uníssonas em reconhecer a possibilidade de abordar tese defensiva distinta daquela apresentada pelo acusado em seu interrogatório, em fiel observância à plenitude de defesa, muito embora o juiz presidente esteja obrigado a formular quesitos sobre ambas as teses. (BRASILEIRO, 2020, p. 1508).

Seguindo o procedimento, após a manifestação das teses da defesa, a acusação poderá ir a réplica, e depois, a defesa a tréplica. "A lógica dos debates impõe a conclusão de ser a réplica um direito exclusivo da acusação, que, se utilizado, acarreta o direito natural à tréplica, em homenagem ao contraditório e à ampla defesa" (NUCCI, 2015, p. 240).

Neste ponto, começa o impasse discutido no presente trabalho, a possibilidade de inovação da tese pela defesa na fase da tréplica, entendimento este que não é pacificado pela doutrina e jurisprudências, nos quais existem correntes divergentes. Outro ponto a ser ressaltado, é fato de a lei ser omissa neste aspecto, uma vez que não especifica sobre a possibilidade ou impossibilidade da inovação.

### **3 INOVAÇÃO DA TESE NA TRÉPLICA**

Após a realização dos debates iniciais, caso o Ministério Público vá à réplica, a Defesa possui o direito de ir à tréplica, objetivando ao acusado mais uma chance de suas teses serem defendidas perante os jurados, além de rebater os pontos trazidos pela acusação na réplica, em obediência ao contraditório.

Ocorre que, a legislação não prevê sobre a possibilidade ou impossibilidade de inovação da tese na última etapa dos debates, assim, implica a contraposição dos princípios do contraditório e da plenitude de defesa.

Uma vez que, não existe óbice legal acerca da possibilidade ou impossibilidade de inovação da tese na fase da tréplica no procedimento do júri, torna-se necessário verificar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

#### **3.1 ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS**

Assim, diante das diversas correntes a respeito da inovação da tréplica, importante destacar os entendimentos de doutrinadores da área.

Diante disso, Fernando Capez entende que "inovações de tese na tréplica causam nulidade, por ofensa ao princípio do contraditório." (CAPEZ, 2022, p.1326).

Com entendimento um pouco similar, discorre Renato Brasileiro, que a defesa pode inovar a sua tese na fase da tréplica, desde que oportunize a acusação a palavra imediatamente logo após, no mesmo prazo da tréplica, para que seja respeitado o princípio constitucional do contraditório. Ocorre que o princípio da plenitude de defesa permite que o advogado inove a sua tese na tréplica, então a Constituição Federal permite também que a acusação tenha direito ao contraditório, assegurado no artigo 5º, inciso LV. Assim, entende que é possível que a defesa inove a tese na fase da tréplica, mas depois deve ser assegurado ao Ministério Público o direito de se manifestar. (BRASILEIRO, 2020, p. 1510)

Verifica-se que nas correntes acima mencionadas, defende-se o princípio do contraditório, no qual alegam que com a inovação na tréplica, a acusação não terá direito de se manifestar, pois esta é a última parte dos debates, caracterizando assim, uma violação do princípio.

No entanto, ao ser assegurado a acusação o direito de se manifestar logo após a inovação da tese em respeito ao contraditório, pode-se iniciar um ciclo infinito, uma vez que o direito ao contraditório da defesa também deve ser assegurado.

Assim, em entendimento divergente dos acima mencionados, preleciona Guilherme de Souza Nucci que o princípio da plenitude de defesa, deve ser destacado, pois o acusado precisa ter a defesa mais adequada, e dentro disso, a possibilidade de ser arguida qualquer tese, desde que em benefício do acusado e nos limites da lei. Ademais, as teses em que pleiteiam a absolvição ou a diminuição da pena não poderiam ser omitidas, apenas porque foram levantadas na fase da tréplica. Assim, não existe uma explicação lógica, para que a defesa se mantenha silente no momento da tréplica, tendo a possibilidade de manifestar uma argumentação que não fora mencionada anteriormente, apenas para que seja preservado o contraditório da acusação, uma vez que a inovação da tese possa surgir do que foi mencionado pela acusação na réplica. (NUCCI, 2015, p. 241 e 242).

Dessarte, na corrente defendida por Nucci, é defendido o princípio da plenitude da defesa, assegurando ao acusado os meios de defesa adequados, permitindo apresentar novas teses na fase final, ou seja, na tréplica.

Diante desses impasses doutrinários, requer o exame dos entendimentos pacificados nos Tribunais de Justiça.

### 3.2 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Corroborando com o exposto acima, importante destacar os entendimentos jurisprudências acerca do tema.

Além dos entendimentos doutrinários, existem julgados a favor e contrários a inovação, dentre os favoráveis, podemos citar o entendimento do Relator Rubens Gabriel Soares do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CRIMINAL - JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO - PRELIMINAR - **INOVAÇÃO DE TESE DEFENSIVA NA TRÉPLICA - POSSIBILIDADE - MEDIDA QUE NÃO AFRONTA O CONTRADITÓRIO** - GARANTIA DA PLENITUDE DE DEFESA. PRELIMINAR ACOLHIDA. 01. **No Tribunal do Júri, vige o princípio constitucional da plenitude de defesa, decorrendo daí a impossibilidade de se estabelecer qualquer restrição à sua atuação.** 02. **O Código de Processo Penal não veda a apresentação de nova tese da defesa por ocasião da tréplica.**

**razão pela qual não pode o Juiz singular deixar de formular o respectivo quesito, sob pena de nulidade do julgamento.**(MINAS GERAIS, 2020, não paginado) (Grifo nosso).

Contrário à inovação da tese, o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz:

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. NULIDADE EM PLENÁRIO. INOVAÇÃO DE TESE NA FASE DE TRÉPLICA. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. **A inovação de conteúdo na tréplica viola o princípio do contraditório, pois, embora seja assegurada ao defensor a palavra por último - como expressão inexorável da ampla e plena defesa - tal faculdade, expressa no art. 477 do CPP, não pode implicar a possibilidade de inovação em momento que não mais permita ao titular da ação penal refutar seus argumentos.** Tal entendimento, todavia, não se aplica à tese de clemência, uma vez que o quesito previsto no art. 483, III, do Código de Processo Penal é obrigatório, independentemente do sustentado em plenário, em razão da garantia constitucional da plenitude de defesa, cuja ausência de formulação acarreta nulidade absoluta. 2. Na hipótese, embora haja sido pugnada a absolvição genérica sem conteúdo na tréplica, não identifique a ocorrência de nenhum prejuízo à acusação, nem mesmo violação do contraditório. Isso porque não se pode aceitar haver sido o Ministério Público surpreendido pela defesa - razão de ser da norma processual inserta no art. 482, parágrafo único, do CPP -, especialmente porquanto, pela ata de julgamento, a defesa apenas sustentou a tese absolutória sem conteúdo, ou seja, aquela prevista obrigatoriamente em lei. 3. Recurso especial conhecido e não provido. (BRASIL, 2018, não paginado) (Grifo nosso).

Complementando o disposto acima, em entendimento mais recente, o Ministro Antônio Saldanha, discorre que:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. JÚRI. NULIDADE. **AUSÊNCIA DE FORMULAÇÃO DE QUESITO DEFENSIVO. MATÉRIA SUSCITADA SOMENTE DURANTE A TRÉPLICA.** CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA.

1. **A "inovação de tese defensiva na fase de tréplica, no Tribunal do Júri, viola o princípio do contraditório, porquanto**



**impossibilita a manifestação da parte contrária acerca da questão**" (AgRg no REsp n. 1.306.838/AP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/8/2012, DJe 12/9/2012). Incidência do óbice previsto no enunciado n. 83/STJ.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.359.840/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 18/3/2022.)

(BRASIL, 2022, não paginado) (Grifo nosso).

Assim, diante desse impasse, ao averiguar as correntes doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais, bem como a legislação vigente, verifica-se que há o confronto dos princípios do contraditório e da plenitude de defesa na inovação da tese na fase da tréplica, o que ocasiona uma insegurança jurídica.

No entanto, com base nos entendimentos jurisprudenciais mais recentes, estão acolhendo que a inovação viola o princípio do contraditório, pois, os Tribunais estão seguindo o Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

A despeito do entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, a Carta Magna traz o princípio da plenitude de defesa como uma das garantias dos procedimentos de competência do Tribunal do Júri, assim como, não menciona sobre a plenitude de acusação no sistema jurídico brasileiro.

Inclusive, cumpre destacar que no procedimento comum, especificamente na fase de alegações finais, inicialmente a acusação tem a palavra e em seguida a defesa, que poderá apresentar a tese que entender cabível ao caso concreto, sem que haja necessidade de ouvir a acusação posteriormente, conforme preceitua o artigo 403 do Código de Processo Penal:

Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença. (BRASIL, 1941).

Corroborando com o exposto, Renato Brasileiro preceitua que:

Quanto à suposta violação ao princípio do contraditório, sustenta-se que referido princípio garante à parte contrária a possibilidade de se manifestar a respeito de alguma prova nova ou fato novo que surja

durante o curso do processo, mas de modo algum obriga a manifestação do ex adverso caso a novidade se refira a teses jurídicas. De mais a mais, no âmbito do procedimento comum, quando o juiz defere às partes a possibilidade de apresentar memoriais, é a defesa que fala por último, restando certo que, surgindo tese nova por ela invocada em seus memoriais, não se vê o juiz singular obrigado a colher a manifestação do órgão ministerial antes de proferir a sentença. (BRASILEIRO, 2020, p. 1511).

Por isso, não há razão para que o procedimento de competência do tribunal do júri seja analisado de forma diferente, uma vez que é assegurado ao acusado a defesa mais ampla e elaborada, assim, subentende-se a possibilidade de inovação da tese na fase da tréplica em benefício a defesa do acusado.

Ademais, tal inovação feita pela defesa, é baseada no princípio da plenitude da defesa, inclusive, a acusação não pode arguir que fora surpreendida, pois suas teses ficam estabelecidas na decisão de pronúncia e ficaria do mesmo modo se não houvesse a réplica, tendo em vista, que a defesa sempre possui a fala final. (BANDEIRA, 2010).

Desse modo, no momento da tréplica a defesa ao inovar a sua tese, após a fala da acusação na réplica, garante ao acusado a possibilidade de uma defesa ainda mais ampla e benéfica, posto que será julgado por pessoas leigas em matéria jurídica, propiciando que a melhor tese absolve o acusado.

Ressalta-se que no procedimento do júri, a defesa se encontra em desvantagem, pois, caso não apresente todas as suas teses no tempo imposto pela lei na fase inicial dos debates e a acusação não queira ir à réplica, em virtude da sua faculdade, não há tréplica, o que ocasionará um prejuízo ao acusado e não haverá plenitude de defesa. (SANTOS, 2019).

Portanto, não há prejuízo ao princípio do contraditório, sendo que a legislação penal é omissa neste aspecto, no entanto, a Constituição Federal prevê o princípio da plenitude de defesa, que assegura ao acusado uma defesa ainda mais ampla, independente da fase processual, o que inclui a possibilidade de inovação da tese na fase da tréplica em benefício do acusado.

A alegação de ofensa ao contraditório, em virtude da falta de manifestação da acusação após a fala da defesa, não é plausível, tendo em vista que uma das partes falará por último, para que o ciclo não se torne vicioso e infinito, e com base na plenitude de defesa, a defesa deverá ser a parte que tem esse direito. Inclusive, o objetivo do contraditório é assegurar a parte contrária a exposição de uma nova prova, alegação ou fato, que modifique o curso do processo, ou seja, não está vinculado a imortalização dos

debates orais em relação as teses jurídicas, que teriam como fim sempre analisar a prova. (NUCCI, 2015).

Desse modo, considerando que no procedimento do Júri, constitucionalmente previsto como direito e garantia fundamental, o princípio da plenitude de defesa deve se sobrepôr ao princípio do contraditório, ratifica-se a possibilidade de inovação da tese pela defesa por ocasião da tréplica.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Destarte, ao incentivar o debate da questão, indaga-se acerca da violação dos princípios constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa, na inovação da tese na fase da tréplica, visto que não é um entendimento pacificado pelos Tribunais e a legislação penal é omissa quanto ao tema.

Para tanto, ao analisar o procedimento do júri e contrapor os princípios do contraditório e da plenitude de defesa, não há vislumbre de prejuízo ao contraditório, tendo em vista a omissão da legislação penal quanto a possibilidade de inovação da tese na tréplica. No entanto, a própria Constituição Federal prevê o princípio da plenitude de defesa no procedimento do júri, que assegura ao acusado uma defesa ainda mais ampla e elaborada, independente da fase processual.

Em que pese os entendimentos jurisprudenciais estejam acolhendo a tese de prejuízo ao contraditório quando feita a inovação na tréplica, em especial no Superior Tribunal de Justiça, nos estudos feitos através dos entendimentos doutrinários, verifica-se a possibilidade de inovação da tese, em razão do princípio constitucional da plenitude de defesa, assegurado aos procedimentos submetidos ao tribunal do júri, além de fazerem analogia ao procedimento comum penal, onde a defesa apresenta as suas teses por último e o processo é encaminhado ao juiz para proferir a sentença.

Destarte, a despeito da omissão da legislação processual penal vigente, conclui-se que é possível inovar a tese na última etapa dos debates, não havendo violação do princípio constitucional do contraditório, porquanto, em se tratando do procedimento constitucional do júri, a interpretação mais consentânea a se fazer é que o princípio da plenitude de defesa deve se sobrepôr, garantindo-se, assim, o direito e garantia individual insculpido no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "a", da Constituição Federal de 1988.

#### **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 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: 28 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008**. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1). Acesso em: 28 out. 2022.

JR., A. L. Direito processual penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/794297?title=Direito%20processual%20penal#references>. Acesso em: 01 abr. 2023.

CAPEZ, F. Curso de processo penal. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/794276?title=Curso%20de%20processo%20penal#references>. Acesso em: 21 abr. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri** / Guilherme de Souza Nucci. – 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal 1.0134.14.013361-9/004**. Recorrente: B.T.M.P. Recorrido: M.P.E.M.G. Relator: Des.(a) Rubens Gabriel Soares, 28 de abril de 2020. Caratinga, MG: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2020. Disponível em: [https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado2.jsp?listaProcessos=10134140133619004](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10134140133619004). Acesso em: 28 de outubro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Recurso Especial nº 1451538 - DF (2014/0103173-7)**. Recorrente: M.P.D.F.T. Recorrido: R.G.A. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 23 de novembro de 2018. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201401031737](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201401031737). Acesso em: 28 de outubro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **AgRg no Recurso Especial nº 1.359.840 - RS (2012/0266604-1)**. Agravante: Edelvino Farias De Albernais. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 15 de março de 2022. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=2147914&tipo=0&nreg=201202666041&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20220318&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 14 abr. 2023.

SANTOS, Eliakin Tatsuo Yokosawa Pires Dos. **Procedimento do júri: o fair play processual na expectativa da tréplica. Canal Ciências Criminais**, 2019. não paginado. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/procedimento-do-juri-expectativa-da-treplica/>. Acesso em: 19 abr. 2023.

BANDEIRA, Marcos. **Tribunal do Júri: De conformidade com a Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008 e com a ordem constitucional / Marcos Bandeira.** – Ilhéus: Editus, 2010.

## A POSSIBILIDADE DO ABORTO LEGAL NOS CASOS DE STEALTHING

**GUSTAVO BATISTA LOPES:**

acadêmico do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins.<sup>27</sup>

**BRUNO VINÍCIUS NASCIMENTO OLIVEIRA**

(orientador)

**RESUMO:** O stealing consiste na prática de retirada do preservativo pelo parceiro durante a relação sexual sem o consentimento do outro. Tem-se como objetivo verificar se há possibilidade jurídica da aplicação de analogia ao crime de estupro para realização de aborto em caso de stealing. A prática de stealing não possui tipificação legal no ordenamento brasileiro, porém, existem questionamentos em relação à aplicação do stealing ao crime de violação sexual mediante fraude tipificado no artigo 215 do Código Penal. Busca-se entender também a possibilidade de aborto nos casos de stealing, sendo este considerado um crime previsto no artigo 215 Código Penal. O método escolhido é o dedutivo, com auxílio de pesquisa bibliográfica-documental em livros, revistas publicadas e com análise do previsto no Código Penal brasileiro e do posicionamento da jurisprudência pátria. Dentre os resultados alcançados, conclui-se que a aplicação de analogia em *in bonam partem* nos casos de stealing em que a violência sexual ensejar gravidez, autoriza o aborto legal.

**Palavras-chave:** Aborto; Analogia; Estupro; Stealthing; Violação Sexual.

**ABSTRACT:** Stealthing is the practice of removing the condom by the partner during sexual intercourse without the other's consent. The objective is to verify if there is a legal possibility of applying an analogy to the crime of rape to perform an abortion in case of stealing. The practice of stealing has no legal typification in the Brazilian legal system, however, there are questions regarding the application of stealing to the crime of sexual violation through fraud typified in article 215 of the Penal Code. It also seeks to understand the possibility of abortion in cases of stealing, which is considered a crime provided for in Article 215 of the Penal Code. The chosen method is deductive, with the aid of bibliographical and documentary research in books, published magazines and with analysis of the provisions of the Brazilian Penal Code and the positioning of the national jurisprudence. Among the results achieved, it is concluded that the application of analogy

---

<sup>27</sup> E-mail: sdgustavobatista01@gmail.com



in in bonam partem in cases of stealthing in which sexual violence leads to pregnancy, authorizes legal abortion.

**Keywords:** Abortion; Analogy; Rape; Stealthing; Sexual Rape.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS GERAIS DA PRÁTICA DE STEALTHING. 3 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ABORTO LEGAL NA PRÁTICA DE STEALTHING. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo aborda a conduta de stealthing que entende-se como a retirada do preservativo durante a relação sexual sem o consentimento do parceiro e a viabilidade jurídica de enquadramento de aborto nos casos em que essa violência sexual resultar em gravidez. Com isso, se investiga os impactos do stealthing para o meio jurídico e social.

A prática de stealthing pode trazer diversos riscos à saúde da vítima, como uma infecção sexualmente transmissível, ou uma gravidez não desejada. Vale acentuar que mesmo após o início da relação sexual tenha tido consentimento e durante o ato venha acontecer uma falta de consentimento, a partir desse momento torna-se um crime de estupro que pressupõe as hipóteses de aborto não vedadas pelo ordenamento e previstas no Código Penal brasileiro. A maioria dos casos de aborto envolvem violência sexual. Desse modo, em situações excepcionais o aborto será permitido.

Salienta-se que a conduta de stealthing não possui tipificação legal no ordenamento brasileiro, porém, existem questionamentos em relação à aplicação do stealthing ao crime de violação sexual mediante fraude tipificado no artigo 215 do Código Penal.

Assim sendo, a problemática investigada indaga se: Há possibilidade jurídica de legalização do aborto em caso de stealthing no Brasil?. A respeito disso, pretende-se buscar soluções durante o desenvolvimento deste trabalho.

A abordagem do assunto é justificável, levando em conta que ao se incentivar a discussão acerca da questão, se possibilitará uma maior informação para sociedade, com isso, inibindo o aumento de casos. Além disso, ante a proteção a dignidade sexual, imposta na Constituição Federal de 1988, como questão fundamental, inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III. O stealthing associa-se ainda a violação à vida privada, à honra e a intimidade da vítima, ou seja, ao respeito da vida sexual de cada indivíduo no caso concreto.

Tem-se como objetivo verificar se há possibilidade jurídica da aplicação de analogia ao crime de estupro para realização de aborto em caso de stealthing. Acerca dos

objetivos específicos, entendidos como instrumentos norteados da pesquisa; a) estudar a prática denominada de *stealthing* que se trata da retirada do preservativo de forma despercebida, sem o consentimento do seu parceiro(a); b) investigar se a prática de *stealthing* se enquadra como estupro, justificando dessa forma o aborto legal; e c) analisar a possibilidade de aborto nos casos de *stealthing*, sendo considerado um crime previsto no artigo 215 Código Penal.

Quanto aos aspectos metodológicos, o método escolhido é o dedutivo, com auxílio de pesquisa bibliográfica-documental em livros, revistas publicadas e com análise do previsto no Código Penal brasileiro, como também, de jurisprudências, no que se refere a possibilidade do aborto legal nos casos de *stealthing*.

O trabalho foi dividido em duas seções. No primeiro capítulo trata-se do contexto introdutório a prática de *stealthing*, seu conceito e enquadramento legal no ordenamento brasileiro. Por conseguinte, no segundo e último capítulo, será analisado a possibilidade de aplicação do aborto legal na prática de *stealthing*, apontando os argumentos doutrinários, o disposto na legislação e o posicionamento da jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

## **2 ASPECTOS GERAIS DA PRÁTICA DE STEALTHING**

O *stealthing* é assunto complexo, diante disso, necessita de estudo aprofundado sobre a conduta de *stealthing*, analisando-se os possíveis impactos da conduta para sociedade. Antes de direcionar a abordagem teórica para o enfoque central desse estudo, é fundamental exemplificar sobre o que se trata a prática de *stealthing* no contexto fático, como a origem, o conceito e a previsão legal perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Acerca disso, Alexandra Brodsky, ao mencionar em seu artigo, publicado no Periódico Científico *Columbia Journal of Gender and Law*, relata que “essa é uma prática comum entre pessoas jovens sexualmente ativas e ainda pouco discutida” (BRODSKY, 2017, p. 7).

Tal prática também se constitui no ato da retirada do preservativo no decorrer da relação sexual, sem o consentimento do parceiro. Havendo uma quebra de barreira no rompimento no consentimento, visto que a relação sexual em alguns casos estava condicionada ao uso de preservativo (SOARES, 2017).

No que se refere ao termo *stealthing*, juristas do Direito Penal, como Rogério Sanches, Valério de Oliveira e Luiz Flávio que utilizam uma expressão curiosa para defini-lo:

Pune-se o estelionato sexual, comportamento caracterizado quando o agente sem emprego de qualquer espécie de violência, prática com

a vítima ato de libidinagem (conjunção carnal ou ato de diverso de natureza libidinoso), usando de fraude ou outro meio que dificulte a livre manifestação de vontade da vítima. (CUNHA; MAZZUOLI; GOMES, 2009, p. 42)

Para os referenciados autores, tem-se que o vocábulo estelionato sexual também pode ser empregado para se referir à prática de conjunção carnal com alguém mediante fraude ou qualquer meio que impeça a vítima de exprimir seus interesses sexuais. Apesar de não existir no ordenamento pátrio uma legislação específica para o *stealthing*, surgem dúvidas em relação à aplicação da conduta ao crime de violação sexual mediante fraude, prescrito no artigo 215 do Código Penal Brasileiro, veja:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (BRASIL, 2009, não paginado).

O crime tipificado no artigo 215, ocorre por intermédio da violação sexual mediante fraude. Neste caso, tem-se como bem jurídico a dignidade sexual da vítima. Os sujeitos (ativo e passivo) podem ser qualquer pessoa, em razão da natureza de crime comum. Além disso, por força do parágrafo único do mencionado artigo, a pena será acrescida de multa, caso a conduta advir de obtenção de vantagem econômica. (BRASIL, 2009, não paginado).

A respeito da incidência do artigo 215 do Código Penal Brasileiro a prática de *stealthing*. Comenta Guilherme Nucci que a Reforma Criminal, inseriu de maneira inédita a situação no tipo do artigo 215, na visão do autor, a aplicação do artigo 215 a conduta de *stealthing*, exige cautela:

(...) no trecho “ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”. Não havia necessidade alguma para tal inovação, o que poderá gerar amplitude indevida ao crime do artigo 215. É preciso cautela com a utilização do artigo 215. (NUCCI, 2014, p. 689)

Vale acrescentar que, antes da Reforma de 2009 (Reforma Criminal), realizada pela entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, o mencionado delito, era intitulado de posse sexual mediante fraude e se caracterizava pela conjunção carnal com a mulher por meio de fraude.

Evidencia-se como elemento essencial para caracterização do crime em discussão, o uso de fraude, que vicia a livre manifestação da vítima (a depender da ausência de percepção da realidade no momento do ato).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, reitera a aplicação do artigo 215 do Código Penal Brasileiro à prática de *stealthing*:

(...) A PRÁTICA DENOMINADA DE "STEALTHING" QUE CONSISTE NA RETIRADA DO PRESERVATIVO DURANTE A RELAÇÃO SEXUAL, SEM O CONSENTIMENTO DA OUTRA PESSOA, PODE CARACTERIZAR O CRIME DE VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE, DESCRITO NO ARTIGO 215 DO CÓDIGO PENAL. O ATO PUNE A CONDUTA DE TER RELAÇÃO ÍNTIMA COM ALGUÉM, POR MEIO DE ENGANO OU ATO QUE DIFICULTE A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA VÍTIMA. (BRASIL, 2020, não paginado).

Não restam dúvidas a possibilidade de aplicabilidade da redação legal do artigo 215 do Código Penal Brasileiro a figura do *stealthing*, a doutrina e a jurisprudência brasileira são assertivas e concordantes quanto ao entendimento. O objetivo do legislador brasileiro, ao inserir o do artigo 215, era promover a garantia da liberdade sexual, princípio este também protegido pela Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso III, *in verbis*:

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:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988)

Essa dignidade sexual, significa dizer, que todo ser humano, tem o direito de ser relacionar sexualmente de forma livre, sem interferência de terceiros, essa premissa, também pode ser interligada ao direito fundamental à honra, respaldado no artigo 5º da Carta Constitucional de 1988.

Nesse sentido, cada individuo pode-se satisfazer sexualmente do modo como lhe convir, desde que respeite a dignidade sexual do outro. Tendo em vista que a vida sexual, é algo íntimo, e deve ser respeitada com a individualidade que merece (MARCELINO, 2020).

Em outras palavras, falar em dignidade sexual, é respeitar a realização da sensualidade de outra pessoa adulta, sem violência ou grave ameaça, ou seja, um conjunto de fatores, é tolerar as ocorrências e aparência da vida sexual de cada indivíduo (NUCCI, 2014).

Adentrando a proteção internacional. A conduta de *stealthing* é criminalizada nos Estados Unidos, a Califórnia foi o primeiro Estado a tornar ilegal o ato. O Projeto é de autoria da deputada democrata Cristina Garcia (CARVALHO; LIMA JÚNIOR, 2022)

Este avanço normativo, ampliou a questão envolvendo a proteção dos direitos sexuais. Os legisladores passaram a criar tipificações que protegesse a dignidade social das vítimas.

Fazendo um breve resgate da origem dos direitos sexuais, o Código de Hamurabi abordou brevemente sobre o assunto, em seu Capítulo denominado de “delitos contra a ordem da família”. O mencionado diploma legal, estabelecia que se alguém violar a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa do pai, este indivíduo deveria ser morto (GILABERTE, 2020).

Nota-se uma preocupação, desde os tempos remotos, em preservar a virtude da mulher, colocando a virgindade em condição de relevante interesse social, com a criminalização dos atos sexuais.

O desrespeito sexual seja contra a mulher, crianças e até mesmo os homens (mesmo que a maioria dos relatos ocorresse com as mulheres), é prática antiga. Na época primitiva, os homens viviam como animais, agindo instintivamente, os mais fortes, exerciam poder sobre os mais fracos. As vítimas eram vistas como objetos pertencentes ao abusador, sendo obrigadas a casar, sem contar aquelas mulheres escolhidas pelos governantes para saciar seus desejos, todas essas condutas narradas, eram na verdade concebidas como crimes (SILVEIRA, 2014).

Assim, antigamente, o sexo era tido como assunto íntimo e de satisfação pessoal. A maior parte das relações sexuais, ocorria somente após o casamento, sendo o sexo, utilizado ainda como mero objeto, para saciar as vontades dos grandes governantes da época.

Por outro vies, na legislação hebraica se aplicava a pena de morte para o homem que violasse uma mulher casada ou prometida em casamento. Se tratando de mulher virgem, devia o homem pagar uma quantia de prata ao pai da jovem e casar-se com ela (PORTINHO, 2019). É visível, que após o crescimento das civilizações de modo acelerado, algumas normas direcionadas à dignidade sexual das mulheres, crianças e homens, foram editadas conforme as necessidades sociais. Embora o avanço legal, eram recorrentes os casos em que as vítimas de violência sexual, tinham que se casar com os abusadores.

Logo, os crimes sexuais sempre existiram, porém diante da evolução das leis e da sociedade, alterações ocorreram. As origens dos crimes sexuais se encontram no Direito

Romano e nos Hebreus, que puniam de forma rigorosa os agressores. Todavia, em alguns casos, somente as mulheres eram consideradas como sujeitos passivos desse crime (SANTOS, 2021). Observa-se que no panorama internacional as violações a liberdade sexual, eram constantes, modificando com o passar do tempo, até surgirem leis que proibissem as condutas dos agressores.

No Brasil, as primeiras legislações vigentes, eram atreladas a Portugal, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas também tipificavam a conduta. Somente em 1830, após a edição do Código Criminal do Império, o legislador editou vários delitos de natureza sexual, à época o crime de estupro era definido como atentado violento ao pudor, a punição para o crime era a prisão, de três a doze anos, assim como o oferecimento de um dote a vítima, além da possibilidade de se casar com a ofendida (MICHEL, 2020).

Posto isto, na era do Brasil Colonial, os crimes de natureza sexual, do mesmo modo que a órbita internacional, possuíam penas brandas para o agressor (em comparação com o essência violenta do crime), que após oferecer um dote (espécie de pagamento para família) poderia ser casar com a vítima. Em relação à tutela da liberdade sexual no ordenamento brasileiro, com ao advento da República, houve a necessidade de criar uma nova legislação:

Os crimes sexuais estavam previstos no Título VIII, "Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor". A disciplina dos crimes sexuais aqui era muito mais completa, prevendo não só a violência sexual como também outros crimes, como o de casa de prostituição e até mesmo o adultério figurava nesse título. O Título VIII era dividido em quatro capítulos: Capítulo I. Da Violência Carnal; Capítulo II. Do Rapto; Capítulo III. Do Lenocínio; e, por fim, Capítulo IV. Do Adulterio ou Infidelidade Conjugal. No entanto, o mérito desse Código foi trazer pela primeira vez o conceito legal de estupro no art. 269, que dispunha "Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não." (NASCIMENTO, 2019, p. 9-10) Aspas do autor

O supramencionado autor aponta ainda, que neste Código a espécie de violência sexual empregada, era considerada para base de configuração do estupro. Ocorria necessidade de comprovar a violência, como forma de distinguir as mulheres entre honestas (que defendiam sua honra com afinco) e as desonestas (que simulavam uma resistência (NASCIMENTO, 2019). A elaboração do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) representa um marco normativo na conquista dos direitos sexuais no ordenamento pátrio. No decorrer do tempo, houveram várias m



odificações no Código em comento, de forma a melhorar a proteção a dignidade sexual, como é o caso da tipificação do artigo 215 pela Reforma Criminal (Lei nº 12.015/2009). Um inovação legislativa, na esfera dos direitos sexuais, é a Lei nº 13.718/2018 (Lei de Importunação Sexual). A legislação foi criada em razão da forte pressão da mídia e o aumento de casos de assédio sexual. Antes da entrada em vigor da Lei n. 13.718/2018, o crime de importunação sexual era tratado na Lei de Contravenção Penal, no artigo 61, que em sua redação, tratava da importunação ofensiva ao pudor, punindo com multa a conduta de importunar de modo ofensivo ao pudor, pessoa que estivesse em local público. Em razão da sanção da Lei em comento, a disposição legal do crime passou a proteger a vítima, resguardando seu direito à liberdade de ir e vir sem qualquer importunação. (BRASIL, 2018).

Os delitos decorrem do crescimento populacional e da necessidade de tipificação para crimes de natureza sexual. Logo, os pressupostos históricos dos crimes sexuais no Brasil, contemplam legislações da época Brasil Colônia, do Período do Império, do Brasil República e finalmente o Código Penal brasileiro. Ademais, observou-se que as leis alteraram conforme a evolução da sociedade.

### **3 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ABORTO LEGAL NA PRÁTICA DE STEALTHING**

Considerando que no capítulo anterior abordou-se os aspectos conceituais, legais e históricos da prática de stealthing. Diante disso, a presente seção, tem o intuito de demonstrar a possibilidade do aborto legal em casos envolvendo o stealthing, fato este que poderá causar diversos danos a saúde física e mental da vítima.

Conforme mencionado, o crime de violação sexual mediante fraude, após a reforma da Lei nº 12.015/2009, passou a ser configurado quanto o infrator realiza um ato que impeça ou dificulte a livre manifestação da vítima. Porém, essa cláusula genérica também implica no crime de estupro de vulnerável, enumerado no artigo 217-A, do Código Penal.

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer

outra causa, não pode oferecer resistência.(BRASIL, 2009, não paginado)

Denomina-se estupro “a realização coativa de um ato sexual sobre o corpo de outrem, que é compelido à prática mediante violência física ou moral. Hoje o estupro pode ser praticado contra qualquer pessoa” (GILABERTE, 2020, p. 15).

O conceito de estupro também se encontra na redação do Código Penal, mediante a disposição do 213, no qual menciona que o ato ocorrerá da seguinte maneira:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

(BRASIL, 2009, não paginado)

Assim, para que o crime de estupro se configure, deverá ocorrer o constrangimento e a violência ou grave ameaça da vítima, forçando-a praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. Na ocorrência do estupro que resulte em gravidez, a vítima poderá realizar aborto.

O aborto é a interrupção da gravidez de forma voluntária antes do parto, e resulta na morte do feto. A legislação brasileira pune o aborto após a nidação, em outras palavras, com a implantação do óvulo fecundado no útero materno (PEREIRA, 2018).

Os artigos 124 a 126 do Código Penal tipificam o crime de aborto em duas modalidades, provocado pela gestante e/ou por terceiros com ou sem o consentimento:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

(BRASIL, 1940, não paginado)

Por pressuposto, tem-se que no artigo 128, inciso I, do Código Penal, o legislador brasileiro estabeleceu o aborto necessário, nos casos em que a gravidez resulte em risco à vida da gestante. A respeito disso, o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Preceito Fundamental nº 54 – Distrito Federal, *in verbis*:

ESTADO – LAICIDADE. O BRASIL É UMA REPÚBLICA LAICA, SURGINDO ABSOLUTAMENTE NEUTRO QUANTO ÀS RELIGIÕES. CONSIDERAÇÕES. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. MOSTRA-SE INCONSTITUCIONAL INTERPRETAÇÃO DE A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DE FETO ANENCÉFALO SER CONDUTA TIPIFICADA NOS ARTIGOS 124, 126 E 128, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. (BRASIL, 2013, não paginado)

A decisão do Supremo Tribunal Federal, deliberou pela constitucionalidade do aborto de fetos anencéfalos, ou seja, àqueles que possuem alguma malformação incompatível com a vida. A maioria do plenário decidiu pelo entendimento do relator, que é inadmissível a prevalência do direito à vida de um feto sem chance de sobrevivência, “em detrimento das garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas previstas na Constituição” em seu voto do Relator Marco Aurélio, afirma que obrigar a mãe

a manter a gestação nesses casos, representa colocá-la em uma espécie de prisão sobre o seu próprio corpo (BRASIL, 2013, não paginado).

Por força do inciso II do artigo, é admissível o aborto humanitário ou sentimental, especialmente nos casos em que a gravidez resultou de estupro (BRASIL, 1940, não paginado).

Nota-se que as modificações legais em relação ao crime de violação sexual mediante fraude, feitas no Código Penal, vão em encontro as deliberações voltadas ao crime de estupro, pois ambos abrangem a liberdade sexual.

Voltando a questão principal, caso o agressor force a vítima a continuar o ato sem o uso do preservativo se utilizando do uso de sua força, mediante tortura física e psicológica. Fato este á se consuma como um crime de estupro. Mesmo que ao início a vítima tenha concordado em ter relação sexual com o autor (GONÇALVES; CARVALHO, 2021).

Nesses moldes, sobrevém a questão do estupro de vulnerável na violação sexual mediante fraude. Acerca do tema, Guilherme Nucci já se manifestou, exemplificando a seguinte situação:

Afinal, quem tiver relação sexual com outra pessoa, estando esta alcoolizada, mas sem perda dos sentidos ou completamente incapaz de entender o que faz, poderá, em tese, responder por violação sexual. Não se pode negar que a ingestão de bebida alcoólica, mesmo em poucas doses, retira a livre manifestação de vontade de uma pessoa. Ora, se alguns copos de cerveja impedem a direção, por que permitiria o consentimento para o relacionamento sexual? Sem dúvida, seria absurda a ideia de pretender punir por violação sexual quem tiver contato libidinoso com pessoa levemente alcoolizada. (art. 217-A, § 1º, parte final). (NUCCI, 2014, p. 670)

Para o autor, ter relação sexual com uma pessoa completamente alcoolizada, sem noção da realidade, pode configurar estupro de vulnerável, tendo em vista a capacidade de resistência da vítima ao ato sexual. Entretanto, caso não seja evidenciado a incapacidade, o juiz poderá desclassificar o crime de estupro para forma prevista no artigo 215 do Código Penal (NUCCI, 2014).

Exemplificam Rogério Sanches, Valério de Oliveira e Luiz Flávio que “a fraude utilizada na execução do crime, não pode anular a capacidade de resistência da vítima, caso em que estará configurado o delito estupro de vulnerável” (CUNHA; MAZZUOLI, GOMES, 2009, p. 43).

Além de que, o artigo 215, diferentemente do artigo 217-A que trata do estupro de vulnerável (ambos do Código Penal), debruça elementos essenciais para configuração do crime de estelionato sexual, a conduta fraudulenta e/ou outro meio de impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima. Segundo Fernando Capez, o delito em estudo tem como nota o emprego de fraude, ao contrário do crime de estupro em que o agente:

(...) obtém a prestação sexual mediante o emprego de meio enganoso, ou seja, meio iludente da vontade da vítima e não com o emprego de violência ou grave ameaça, motivo pelo qual ele é considerado delito de menor gravidade. De fato, se não fosse empregada a fraude, a vítima jamais ter-se-ia prestado à relação sexual. Ressalve-se que o crime de violação sexual mediante fraude é incompatível não só com a violência real ou grave ameaça, mas também com a violência presumida. Dessa forma, o curandeiro que, a pretexto de curar os males de uma menina de 13 anos, mantém com ela conjunção carnal não responderá pelo crime em estudo, mas sim pelo delito de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A, introduzido pela Lei n. 12.015/2009) — anteriormente a sua conduta era enquadrada no art. 213 c/c o art. 224 do CP (atualmente revogado). (CAPEZ, 2020, p. 43)

Com base em Fernando Capez, “a conduta do agente consiste em induzir a vítima em erro e aproveitar-se do erro dela. O erro pode se dar quanto à identidade do agente ou quanto à legitimidade da obtenção sexual” (CAPEZ, 2020, p. 44).

Sendo assim, para a caracterização do crime de estelionato sexual, é fundamental que o meio iludente, ou seja, a fraude, seja medida viável e válida para viciar a livre manifestação de vontade da vítima, caso contrário, não que se falar no crime em tela. Por outro viés, Regis Prado expõe uma argumentação distinta, deliberando que:

No que se refere a expressão outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima, indica a possibilidade de emprego de interpretação analógica. A interpretação analógica, abrange os casos análogos, conforme fórmula casuística gravada no dispositivo legal. Destarte, qualquer conduta dolosa do agente, revestida de fraude, que tenha levado a vítima a praticar conjunção carnal ou ato libidinoso, amolda-se em princípio ao tipo legal, assim em face do alcance de norma, até o malicioso silêncio e a mentira podem ser utilizados como meio fraudulento. (PRADO, 2020, p. 811)

Desse modo, tem-se que a expressão outro meio que impeça ou dificulte a manifestação, descrita no *caput* do artigo 215 do Código Penal, corrobora com elementos condizentes para o emprego de analogia no crime de violação mediante fraude.

No mesmo sentido que Regis Prado, se pronunciam Renato Marcão e Plínio Gentil, argumentando que o artigo 215 do Código Penal se refere aos meios de caráter enganoso, dissimulação, distorção, ações capazes de enganar a vítima a obter um consentimento viciado por erro. Tais meios devem ser qualificados como fraude, ao impedir que a vítima possa manifestar sua livre vontade (MARCÃO; GENTIL, 2018).

Assim, as ações praticadas por um dos parceiros durante a relação sexual, de modo a enganar o outro (como a retirada do preservativo), eivadas de fraude e impedimento da livre manifestação da vontade, são tipificadas podem ser tipificadas com o mesmo tipo penal do crime imposto no artigo 215 do Código Penal.

Logo, na conjuntura em que a prática de *stealthing* decorrer da remoção do preservativo, sem que a vítima perceba, a prática será enquadrada como crime de violação sexual mediante fraude, visto que o consentimento tornou-se viciado. Em função do *stealthing* também existe a possibilidade da parte lesiva contrair doenças sexualmente transmissíveis, se isso ocorrer, o delito será tipificado conforme o artigo 130 do Código Penal (BENICIO; PAULA, 2022).

Do ponto de vista doutrinário, há também possibilidade de aplicação do aborto legal na prática de *stealthing*, com a utilização de legislações aplicadas em casos semelhantes. Como não existem legislação específica no ordenamento brasileiro, a analogia é uma alternativa válida. (GONÇALVES; CARVALHO, 2021)

Aponta-se que a analogia é utilizada em casos que a situação fática (em que não há legislação específica, ou seja, carência legislativa) se adequa aos requisitos de um crime já previsto legalmente, considerando que o ordenamento jurídico contempla uma série de delitos ainda em evolução e não tipificados, como é o caso do aborto em caso de *stealthing*.

Acerca do assunto, Guilherme Nucci assevera que a disposição do artigo 128, inciso II, do Código Penal preconiza a viabilidade jurídica do aborto, com a condição que a mulher tenha sido vítima de estupro. Do mesmo modo, o crime de violação sexual mediante fraude, previsto no artigo 215 do mesmo diploma legal, autoriza o aborto em detrimento de uma gravidez decorrente de um crime praticado contra a dignidade sexual, sob a justificativa do princípio da analogia *in bonam partem*. (NUCCI, 2019)

A analogia no Direito Penal é uma questão muito importante. Está expressamente prevista no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diante do



princípio da legalidade penal, pelo qual não se pode impor qualquer sanção penal a fato não previsto em lei como infração penal, é de se afirmar que é totalmente proibido o uso da analogia para criar norma penal incriminadora ou seja mediante analogia *in malam partem*. Por outro lado, a analogia *in bonam partem* está autorizada e decorre como resultado do Estado Democrático de Direito, da aplicação normal da lei penal, nada impede a aplicação da analogia às normas penais não incriminadoras, nos casos de evidente lacuna involuntária que favoreça a situação do réu (BRAGA, 2018).

Vale acrescentar que, a analogia *in bonam partem*, pressupõe que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. A irretroatividade da lei penal apenas é vedada para a legislação, não para jurisprudência, podendo os tribunais mudarem seus entendimentos conforme o transcorrer do tempo e as mudanças sociais (PARDAL, 2022).

Dessa forma, existem argumentos contrários e favoráveis por parte da doutrina para utilização de analogia *in bonam partem* e a possibilidade do aborto legal nos casos de *stealthing*. No que se refere a jurisprudência, em razão do *stealthing* ser um tema atual, e envolver situações de cunho sexual, a maioria dos processos tramita em segredo de justiça.

Destarte que se tem conhecimento apenas de um caso ocorrido no Brasil, na 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, autorizando a realização de aborto seguro em uma vítima de *stealthing*:

REMESSA NECESSÁRIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. VIOLÊNCIA SEXUAL. GRAVIDEZ. REALIZAÇÃO DE ABORTO HUMANITÁRIO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. CP, ART. 128, II. POSSIBILIDADE. DIREITO À SAÚDE. DEVER ESTATAL. SENTENÇA MANTIDA. 1. Cabe ao Estado prestar assistência integral à mulher em situação de gravidez decorrente de violência sexual, por meio de um atendimento emergencial, integral e multidisciplinar em todos os hospitais integrantes da rede do Sistema Único de Saúde – SUS, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes da violência, além do encaminhamento aos serviços de assistência social, compreendendo a profilaxia da gravidez nas hipóteses legais. 2. A situação descrita configura o fato típico previsto pelo art. 213 do Código Penal, haja vista que, embora o ato sexual tenha sido inicialmente consentido com o uso de método contraceptivo, deixou de sê-lo no momento em que o agressor retirou o preservativo (“*stealthing*”), obrigando a vítima a continuar com a relação sexual, sendo legítima a postulação

para a realização do aborto humanitário, com fulcro no art. 128, II, do Código Penal, não podendo o Estado se furtar desse direito. 3. Remessa necessária desprovida. (BRASIL, 2020, não paginado)

No caso em tela, a vítima relatou ter engravidado após um estupro, pois durante o ato sexual o parceiro retirou o preservativo sem o seu consentimento, obrigando-a dar continuidade com a relação sexual. Os desembargadores entenderam por enquadrar a prática de *stealthing* no crime de estupro, tipificado no artigo 213 do Código Penal (BRASIL, 2020, não paginado).

No panorama internacional, ocorreu um caso havendo condenação por *stealthing*. Fato que aconteceu na Suíça. Aonde uma mulher através de um aplicativo de relacionamento conheceu um homem. Ambos marcaram um encontro, vindo a acontecer a relação sexual. No decorrer do ato, a mulher reparou que o indivíduo teria retirado o preservativo sem o seu consentimento, primeira vez em que um caso semelhante foi julgado como tal (REVISTA VEJA, 2017 *apud* BENICIO; PAULA, 2022).

Verifica-se que a vítima de *stealthing* poderá realizar o aborto legal, desde que seja comprovado a violência sexual, ou seja, o estupro, mediante exame de corpo de delito ou teste de gravidez. Em que pese a não existência de legislação específica para prática de *stealthing* no ordenamento brasileiro, por analogia, o crime previsto no artigo 215 Código Penal incide nos mesmos parâmetros que o *stealthing*.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este trabalho acadêmico norteou-se a partir de uma investigação sobre o enquadramento da prática de *stealthing*, por analogia, ao crime de estupro, e a possibilidade de realização de aborto legal nos casos em que a violência sexual resulte em gravidez indesejada.

Após realizado o estudo sobre a prática denominada de *stealthing* que se trata da retirada do preservativo de forma despercebida, sem o consentimento do seu parceiro, tem-se que a dificuldade probatória é questão que deve ser analisada, pois existem casos em que há apenas a palavra da vítima contra o alegado pelo acusado.

Em relação ao enquadramento da prática de *stealthing* como estupro, e, conseqüentemente com a possibilidade de aborto, embora o tema seja complexo e pouco se ver falar sobre o assunto. A doutrina tem utilizado a analogia *in bonam partem*, considerando a possibilidade do aborto legal nos casos de *stealthing*. No aspecto jurisprudencial, existe somente uma decisão da 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Devido a natureza do crime ser sexual, a maiorias dos processos seguem em segredo de justiça. No caso em comento, a vítima engravidou após

a retirada do preservativo por seu parceiro sem o seu consentimento. A conduta de stealing foi tipificada como crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal.

Acerca da possibilidade de aborto nos casos de stealing, sendo considerado um crime previsto no artigo 215 Código Penal. Nesse sentido, observa-se que desde os tempos mais remotos da civilização, os crimes sexuais fazem parte do cotidiano da sociedade. O Direito se adequa as realidades sociais, elaborando novos crimes conforme as necessidades atuais. Desse modo, por analogia, o crime de violação sexual mediante fraude previsto no artigo 215 Código Penal incide nos mesmos preceitos que o stealing.

Com a realização da pesquisa, aponta-se a necessidade de maior amparo legal, tem-se que doutrinariamente e majoritariamente, se tipifica o stealing como o delito previsto no artigo 215 do Código Penal brasileiro, o crime de violência sexual mediante fraude que se configura pela conjunção carnal ou ato libidinoso com outrem, com uso de fraude ou outro meio de impecção e dificulte a livre manifestação da vítima. Porém, ainda existem questões em aberto sobre o tema, em razão da ausência de legislação específica.

Dentre os resultados alcançados, e respondendo ao problema de pesquisa, conclui-se que há viabilidade jurídica para aplicação de analogia em *in bonam partem* nos casos de stealing em que a violência sexual ensejar gravidez, portanto, permitindo-se o aborto legal nos mesmos parâmetros definidos no Código Penal brasileiro para os casos de estupro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1940], não paginado. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988], não paginado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 mar. 2023.

BRASIL, **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, DF: Presidência da República, [2009],

não paginado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm). Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL, **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, DF: Presidência da República, [2018], não paginado. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1). Acesso em: 5 mar. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito**

**Fundamental nº 54 - Distrito Federal**. Relator (a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno.

Data de Julgamento: 12/04/2012, Data de Publicação: 30/04/2013. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Stealthing**. (2020). Disponível

em: [https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e- produtos/direito-](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e- produtos/direito-facil/edicao-)

[semanal/stealthing#:~:text=A%20pr%C3%A1tica%20denominada%20de%20E2%80%9Cstealthing,artigo%20215%20do%20C%C3%B3digo%20Penal](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e- produtos/direito-facil/edicao-semanal/stealthing#:~:text=A%20pr%C3%A1tica%20denominada%20de%20E2%80%9Cstealthing,artigo%20215%20do%20C%C3%B3digo%20Penal). Acesso em: 09 mar.

2023.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - **Segredo de Justiça**

**0760320- 91.2019.8.07.0016**, Relator: Leila Arlanch, Data de Julgamento: 28/10/2020, 7ª

Turma Cível, Data da Publicação: Publicado no PJe: 20/11/2020. Sem Página Cadastrada.

Disponível em:

<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/dezembro/tjdft-confirma-que-df-proceda-aborto-seguro-em-vitima-de-violencia-sexual-201cstealthing201d>.

Acesso em: 23 mar. 2023.

BRAGA, Hans Robert Dalbello. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Rideel, 2018.

BENICIO, Karen da Rocha Silva; PAULA, Fernando Shimidt de. Stealthing e a

impossibilidade jurídica do aborto. **Revista do Curso de Direito da Universidade**

**Metodista de São Paulo**, v. 17, n. 17, 2022.

BRODSKY, Alexandra. Rape-Adjacent': Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal. **Columbia Journal of Gender and Law**, Vol. 32, N. 2, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Parte especial arts. 213 a 359-H**. Coleção Curso de Direito Penal. v. 3. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Breno Alves; LIMA JÚNIOR, William de Carvalho Ferreira. Stealthing: sua melhor adequação ao direito brasileiro diante da possibilidade de um novo tipo penal. **LegalisLux** - Direito - Belém do São Francisco-PE - v.4 - n.1 - 2022.

CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. **Comentários à Reforma Criminal de 2009**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

GILABERTE, Bruno. **Crimes contra a dignidade sexual**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2020.

GONÇALVES, Paloma Isabele; CARVALHO, Rabech Thiffany Regina de. Stealthing e o direito penal brasileiro. RUNA - Repositório Universitário da Ânima, 2021.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

**MARCELINO, Eiel Vieira. A valoração da palavra da vítima no crime de estupro. – Florianópolis, 2020.**

MICHEL, Aline Ferreira Buta. **O estupro de vulnerável e a proteção da dignidade sexual**. - Anápolis, 2020.

NASCIMENTO, Gerlany Silva. **Processo de revitimização nos crimes sexuais contra a mulher**. Recife, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra dignidade sexual**. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PARDAL, Rodrigo. **Direito penal: parte geral**. Sao Paulo: Rideel, 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Gisele Mendes. **Direito penal II**. 2. ed., rev. atual. Caixias do Sul, RS: EducS, 2018.

PORTINHO, João Pedro de Carvalho. **História, desenvolvimento e violência: análise dos crimes contra a liberdade sexual para uma melhor saída humanitária**. (2019). Disponível em: <https://www.carvalhoportinhoodvogados.com.br/blog/historia-desenvolvimento-eviolencia-analise-dos-crimes-contr-a-liberdade-sexual-para-uma-melhor-saidahumanitaria>. Acesso em: 05 mar. 2023.

SANTOS, Carla Mirlene Lima. **A lei de importunação sexual e sua eficácia na sociedade**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 dez. 2021, 04:17. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57853/a-lei-de-importunao-sexual-e-sua-eficcia-na-sociedade>. Acesso em: 7 mar. 2023.

SILVEIRA, Ricardo Lima. **Crimes sexuais praticados na internet**. Fortaleza-Ceará, 2014.

SOARES, Renan. **Retirar o preservativo durante o ato sexual constitui crime**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://renansoares7127.jusbrasil.com.br/artigos/455520761/retirar-o-preservativo-durante-o-ato-sexual-constitui-crime>. Acesso em: 10 mar. 2023.



## ADOLESCENTES INFRATORES E OS DIREITOS HUMANOS

**THALYA DE SOUSA SANTOS.**

Bacharelanda em Direito pela  
Universidade de Gurupi – UnirG<sup>28</sup>.

CELMA MENDONÇA MILHOMEM JARDIM<sup>29</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Um dos temas mais discutidos na sociedade é em relação aos atos infracionais cometidos por adolescentes. Muitos desses indivíduos vêm ao longo dos últimos anos cometendo diversos delitos que acabam por afetar a ordem social. As causas para essa realidade são várias, mas a raiz principal está direcionada no âmbito familiar. Dentro desse cenário, muito se debate sobre as medidas de prevenção. Nesse contexto, adentra-se no instituto dos Direitos Humanos. Assim, esse estudo teve o objetivo de discorrer a respeito das consequências jurídicas das ações dos adolescentes infratores, baseando-se nos Direitos Humanos. Nos objetivos específicos, analisou-se a legislação pertinente aos atos infracionais dos adolescentes por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), além de identificar o perfil do adolescente infrator e a relação dos Direitos Humanos nesse cenário. Para realizar esse estudo, teve-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos científicos e na legislação brasileira. Nos resultados, ficou constatado que a desestruturação social e familiar são a principal fonte dos atos infracionais cometidos por adolescentes. Soma-se a isso que os Direitos Humanos são fundamentais, uma vez que é por meio dos seus tratados e objetivos, que a tutela de jovens infratores é efetivada. A execução das medidas socioeducativas preconizadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em substituição ao paradigma da situação irregular, está pautada nos direitos humanos e na inclusão social do adolescente em conflito com a lei, como sujeito de sua história e não mais como mero objeto de intervenção.

**Palavras-chave:** Adolescência. Ato infracional. Direitos Humanos.

### OFFENDERS AND HUMAN RIGHTS

**ABSTRACT:** One of the most discussed topics in society is in relation to the offenses committed by adolescents. Many of these individuals have come over the last few years by committing various crimes that eventually affect the social order. The causes for this reality are several, but the main root is directed in the family. Within this scenario, much is

---

<sup>28</sup> E-mail: [@unirg.edu.br](mailto:@unirg.edu.br).

<sup>29</sup> Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: [@unirg.edu.br](mailto:@unirg.edu.br).

discussed about prevention measures. In this context, it enters the Human Rights Institute. Thus, this study aimed to discuss the legal consequences of the actions of adolescents offenders, based on human rights. In the specific objectives, the legislation pertinent to the offenses of adolescents was analyzed through the Child and Adolescent Statute (ECA), as well as identifying the profile of adolescent offending and the relationship of human rights in this scenario. To conduct this study, the bibliographic research, based on books, scientific articles and Brazilian legislation, had as its methodology. In the results, it was found that social and family disruption is the main source of the offenses committed by adolescents. In addition, human rights are fundamental, since it is through their treaties and objectives, that the guardianship of young offenders is effective. The execution of socio -educational measures advocated by the Statute of Children and Adolescents, replacing the paradigm of the irregular situation, is based on human rights and the social inclusion of adolescents in conflict with the law, as subject of its history and no longer as mere object of intervention.

**Keywords:** Adolescence. Infringement act. Human rights.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Atos infracionais: aspectos gerais. 2.1 A influência familiar e social na prática de ato infracional. 3. Direitos Humanos: síntese geral. 4. Os direitos humanos aplicado aos adolescentes infratores: medidas de ressocialização. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A juventude se caracteriza como a fase mais produtiva do ser humano. Devido a esse fato, é nessa fase de desenvolvimento do cidadão que os jovens são mais vulneráveis a cometerem delitos. Isso se explica em razão do fato de que pesquisas recentes tem apontado que os jovens têm cometido cada vez mais atos infracionais no Brasil.

O contexto social e familiar destes adolescentes, na grande maioria, é cercado de violências e privações. Fatores de ordem socioeconômica, que provocam interferências no ambiente familiar, como fome, desemprego, proximidade com facções criminosas, ausência de políticas públicas, contribuem de forma direta ou indireta para que adolescentes iniciem e permaneçam cometendo atos infracionais.

Diante desse cenário, muito se discute sobre o papel do Estado, da família e da sociedade para com esses jovens infratores. Neste contexto, alinha-se a discussão desse tema aos Direitos Humanos. Cardim (2019) ao discorrer sobre essa ligação afirma que os direitos humanos das crianças e dos adolescentes, inscritos na moderna agenda dos Direitos Humanos, vêm se consolidando e renovando como um objeto de estudo relevante.

É nessa perspectiva de abstração de que os direitos humanos se referem a um

homem concreto, específico e social, que se apresenta a categoria adolescente em conflito com a lei nesse debate. Dessa forma, é necessário refletir a propósito desses novos sujeitos de direitos sobre os quais, a partir de um processo de luta e articulação de diversos segmentos, foram se constituindo regulamentos jurídicos voltados para a garantia de seus direitos, especialmente das garantias processuais e de direitos sociais, tão necessários aos adolescentes em conflito com a lei.

Frente ao exposto, o presente estudo teve o objetivo de discorrer a respeito das consequências jurídicas das ações dos adolescentes infratores, tendo como base os preceitos encontrados nos Direitos Humanos.

## **2. ATOS INFRACIONAIS: ASPECTOS GERAIS**

Primeiramente é preciso estabelecer alguns pontos. A lei que regula assuntos relacionados aos adolescentes é a Lei nº. 8.069/90 com a alcunha de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Essa lei foi mais além do que defender os interesses das crianças e adolescentes, ela veio promover a proteção integral e consagrar os princípios constitucionais, principalmente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

De acordo com o ECA em seu art. 2º “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990). Com esse artigo se conceitua objetivamente o que seja criança e adolescente.

Além disso, o presente Estatuto solidificou o entendimento “de que as crianças e adolescentes são definidos como “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento”, ou seja, que estão em idade de formação e por isso necessitam da proteção integral e prioritária de seus direitos” (OTENIO; MARIANO, 2018, p. 07).

Acrescenta-se também que “crianças e adolescentes são definidos também como “sujeitos de direitos”, significando que não podem mais ser tratados como objetos passivos de controle por parte da família, do Estado e da sociedade” (FROTA, 2012, p. 18).

Menciona-se ainda que, conforme explana esse Código, o conceito de adolescente pode ser entendido como sendo aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990).

Gorges (2018, p. 16) afirma que “adolescente é aquele indivíduo que está em “transformação”, ou seja, passou da fase infantil para a adolescente e prepara-se para a fase adulta, de amadurecimento, de aumento de responsabilidade e desafio”.

Apesar de buscar proteger e garantir o bem-estar da criança e do adolescente, e prevendo a complexidade humana, o próprio ECA leciona a respeito das infrações

cometidas pelos seus sujeitos. Ainda que “novos” na idade e na maturidade, a criminalidade não possui faixa etária, nem sexo, nem classe social ou qualquer outra característica, podendo ser encontrada em qualquer ser humano.

Com o ECA, não se fala em “infração penal” para designar os delitos cometidos por adolescentes e sim em “ato infracional”. Para Matos (2017, p. 20) “o ECA utiliza-se do termo “atos infracionais” para designar os delitos cometidos por adolescentes e possibilita compreender a prática do delito como um momento transitório dentro da adolescência”.

Em sua definição, encontra-se:

O ato infracional se constitui numa conduta delituosa, precisamente por inexistir nas ações/omissões infracionais um dos elementos constitutivos e estruturantes do fato punível, isto é, a culpabilidade – a qual, por sua vez, não se encontra regularmente proposta, precisamente por lhe falta imputabilidade, isto é, um elemento seu constitutivo e que representa a capacidade psíquica para regular a válida prática da conduta dita delituosa (RAMIDOFFI, 2010, p. 75).

Com isso, pode-se entender o ato infracional como sendo a conduta descrita como crime ou contravenção. Por meio dessa definição estabelece-se que toda criança ou adolescente não comete crime ou contravenção, mas sim prática de ato infracional, ou seja, para as crianças e os adolescentes, ato infracional é sinônimo de uma infração penal.

De acordo Fonseca (2019), a crianças e adolescentes que cometem atos infracionais devem ser aplicadas medidas socioeducativas e não as penalidades comuns do Código Penal de 1940, no qual se aplicam aos maiores de idade. Existe uma responsabilização penal do adolescente, mas inteiramente diferente da responsabilização que se aplica ao maior delinquente.

Assim, aos adolescentes e às crianças que cometem alguma conduta a que se tipifica por crime no ordenamento jurídico pátrio, neste caso criança e adolescentes praticam ato infracional, sendo impostas a estes menores infratores, medidas de proteção ou medidas socioeducativas.

Neste sentido Fonseca (2019, p. 314), esclarece:

Dessa forma, na esfera juvenil não se há de dizer que há impunidade, como seguidamente se ouve, pois o Estatuto trata de um sistema completamente diferente da justiça penal dos adultos, fundado em medidas socioeducativas e não em penas criminais. Há uma responsabilização penal do adolescente, mas com característica peculiar.

Prossegue dizendo, que por faltar às crianças e aos adolescentes a capacidade de discernimento, percepção da verdade e da valoração de fatos, não podem os mesmos serem declarados culpados de crime, pois são inimputáveis. Reafirma Fonseca (2019, p. 315):

O ECA vê crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, outorgando-lhes proteção integral, direitos de liberdade, dignidade e o reconhecimento de que a lei penal não se lhes pode incidir como se adultos fossem. Embora há quem os veja como réus, adolescentes autores de atos infracionais, deve ser encarado como sujeitos de proteção especial pelo Estado, pois são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. A dureza da lei penal não deve ser a mesma aplicada aos adultos imputáveis.

A eles deve ser dado tratamento pedagógico e retributivo, e não de impunidade. Ensina Fonseca (2019), que o ECA em seu art. 103 define como ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Segundo Barros (2018, p. 179) define crime como: “[...] fato típico, antijurídico e culpável”.

Segundo Aquino (2018, p. 1), conceitua ato infracional da seguinte forma:

O ato infracional é o ato condenável, de desrespeito às leis, à ordem pública, aos direitos dos cidadãos ou ao patrimônio, cometido por crianças ou adolescentes. Só há ato infracional se àquela conduta corresponder a uma hipótese legal que determina sanções ao seu autor [...].

Esclarece Barros (2018), que a criança e o adolescente não praticam crime, haja vista que a culpabilidade no ordenamento é composta, dentre outros elementos, pela imputabilidade. E, o sistema jurídico brasileiro diz que o menor de 18 anos é inimputável, estando sujeito à legislação especial, conforme mencionado anteriormente.

Uma vez compreendido o conceito de ato infracional, muito se discute sobre o aumento do número de jovens cometendo atos infracionais diariamente na sociedade. Muitas são as razões para esse fato, que será melhor analisado no tópico seguinte.

## 2.1 A INFLUÊNCIA FAMILIAR E SOCIAL NA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL

A discussão sobre o impacto da família e da sociedade na formação criminosa de um adolescente não é recente. Durante décadas, diversos estudos foram divulgados mostrando o quanto a formação familiar e social é importante para que um indivíduo possa

se tornar ou não um criminoso. No caso dos adolescentes, essa influência é ainda mais evidenciada, haja vista que é justamente nessa fase de evolução que as ideias e conceitos sociais e individuais são formados.

Para além da ausência familiar (analisada mais adiante), outros fatores também impactam no surgimento de condutas criminosas de adolescentes. Pobreza, desigualdade social, racismo, capitalismo desregrado, dentre outros, são alguns dos fatores que acabam por favorecer a prática de atos infracionais. Além disso, esses fatores também favorecem a exclusão de determinadas pessoas da sociedade. Um exemplo claro disso, é verificado pelas favelas.

Na visão de Oliveira (2017, p. 50), a respeito do momento da dissensão social, estabelece que “as favelas, os guetos e os bairros pobres em geral estão apartados do “mundo civilizado”, e são tidos culturalmente como locais propícios à contumaz criminalidade”. Nesses lugares é comum encontrar jovens que adentram no crime motivado pela exclusão ao qual são submetidos. Digam-se jovens porque eles simbolizam a grande parcela daqueles que não são incluídos no contexto social mais elevado.

Nesses locais, é muito comum os jovens adentrarem no crime organizado. No âmbito da segurança pública no Brasil, o crime organizado tem chamado atenção pelo fato de que a sua formalização tem sido cada vez mais frequente, incluindo aí a presença crescente de jovens, representando um dos fatores de maior incidência de crimes.

Anselmo (2017, p. 01) explica que o crime organizado, “tem contado com a presença cada vez maior de jovens que sem perspectiva de crescimento social e financeiro, encontram nesses grupos uma forma de sobreviver e obter ganhos”.

Os líderes desses grupos recrutam os jovens, em sua grande maioria oriunda das favelas e das comunidades carentes, para realizarem todo tipo de trabalho, desde a transação de drogas e até homicídios. Por estarem num contexto social onde as chances de ascensão são mínimas, muitos adolescentes acabam por entrar na criminalidade como única forma de conseguir “algo” em suas vidas. Justamente por estarem nessa situação, é que os líderes se aproveitam e inserem esses jovens ao mundo da criminalidade.

Como bem acentua Petrini (2013) uma vez adentrados nas comunidades marginais, os jovens aprendem todo tipo de delito e os praticam numa escala cada vez mais intensa. Além disso, conseguem respeitabilidade, autoestima, habilidade e autonomia, elementos fundamentais na formação da identidade.

Porém, é importante destacar que a situação de marginalizado, termo ideal para refletir esses indivíduos excluídos, visto de forma sociologicamente, não pode ser admitida como ponto direto de causa da criminalidade. Pelo oposto, “não há uma comprovação



lógica da ligação entre pobreza e crime, no entanto, a exclusão crônica pode levar à revolta, à revanche e, aí sim, ao crime” (SETTI, 2013, p. 26).

Como bem explica Oliveira (2017) o excluído está sujeito a uma malha de informalidade e ilegalidade, sujeito aos rearranjos do poder, à aquisição de segurança por meio de propinas, sobrevivendo em um contexto fundamentalmente conflituoso e, não raro, tem suas condutas usuais criminalizadas.

De todo modo fica claro observar casos de abandonos, rejeições, descontinuidade nas relações familiares, maus-tratos e exposição à violência social marcam a vida desses indivíduos, constituindo-se como fatores de risco contextuais no seu desenvolvimento como jovens infratores (MIR, 2018).

Continuando, o fator familiar também é visto como determinante para a conduta delituosa do adolescente. Cabe lembrar, que o próprio ambiente familiar já influencia diretamente na formação intelectual e psicológica do adolescente. Em um domicílio onde a família não apresenta um equilíbrio emocional entre os pares fatalmente terá diversos conflitos, o que impactará a todos os seus membros.

Sawaia (2018) entende que a eficiência da família depende da sensibilidade e da qualidade dos vínculos afetivos, especialmente da paixão pelo comum.

Importante fazer um paralelo ao contexto social externo, no sentido de lembrar que questões fora do âmbito familiar também influenciam o equilíbrio desse grupo, que em decorrência de sua situação, principalmente econômica, ficam sujeitas a mudanças de comportamento, gerando assim conflitos.

A vulnerabilidade social é apontada como um fator determinante para a delinquência juvenil. Quando uma família se encontra em situação de pobreza ou de dificuldades estruturais (saúde, educação, trabalho, etc.) é mais comum que os jovens venham a praticar atos infracionais.

Grande parte das famílias que não possuem uma estrutura familiar sólida é advinda de regiões com vulnerabilidade social. Nesse sentido, cabe citar sobre essa questão:

Boa parte desses adolescentes reside e convive em regiões de vulnerabilidade social. Essas regiões têm situações onde esses jovens não têm acesso à educação de qualidade, não têm acesso a modalidades de esportes, de cultura, de lazer, geralmente convivem em ambientes em que a prática da violência já é muito banalizada. Então esses jovens são expostos a algum tipo de violência, que

contribui para construir um ambiente onde a prática da criminalidade se torna quase automática (MIGUEL, 2020, p. 03).

Por exemplo, há evidências de que o abandono afetivo é uma das principais razões pelas quais o jovem venha a cometer um ato infracional. Muitos pais se preocupam com o aspecto financeiro como principal motivo de equilíbrio familiar. Ocorre que por decorrência do exigente e competitivo mercado de trabalho, muitos desses pais pouco ou quase nunca passam tempo com seus filhos, principalmente quando estes já se encontram na adolescência. A ausência nesse sentido acaba gerando uma lacuna nesses jovens, que buscam suprir essa carência em outros lugares e pessoas, levando-os muitas vezes a caminhos desviantes.

A ausência aqui não se restringe apenas a falta dos pais em “casa”. Mas principalmente a ausência afetiva, ou em outros termos, o abandono afetivo. Segundo Cardim (2019) uma das motivações para crimes bárbaros cometidos por adolescentes é, sobretudo, o abandono afetivo.

Devido à essas causas acima apresentadas, muitos jovens acabam por adentrar no mundo do crime, cometendo diversos atos infracionais, aos quais impactam negativamente a sociedade. Um adolescente infrator não atinge somente à família, mas toda a sociedade e o Direito. Nesse ponto, adentra-se a observância dos Direitos Humanos, que será melhor explicado no tópico seguinte.

### **3. DIREITOS HUMANOS: SÍNTESE GERAL**

Os Direitos humanos significam “o direito de todo e qualquer ser que pertence ao gênero humano. A questão da dignidade humana é o que baliza essa noção” (PASINATO, 2018, p. 25).

Com esse conceito, pode-se extrair o entendimento de que os Direitos Humanos abarcam todo e qualquer direito que garanta a dignidade e o respeito a qualquer indivíduo, sem distinção. É uma expressão que traz o homem (na figura do indivíduo) ao centro do âmbito jurídico, fazendo dele o início e seu fim (finalidade).

Dentre os vários direitos pertencentes ao homem se destacam o direito à vida, o direito à liberdade (sexual, religiosa, opinião, etc.), o direito ao trabalho, o direito à educação, o direito à saúde e vários outros. E todo ser humano merece esses direitos.

Em uma definição mais abrangente, cabe citar:

Direitos Humanos é a expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim como contra a terminologia direitos do homem, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do

homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Os Direitos fundamentais do homem além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informa a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (SILVA, 2009, p. 18).

Dessa forma, os Direitos Humanos buscam a concretização ao respeito pelo “ser humano e seus direitos fundamentais, oportunizando assim, a mitigação dos danos causados àqueles indivíduos que sofreram violações e abusos de seus direitos” (SILVA, 2019, p. 20).

Historicamente, os Direitos Humanos começaram de fato a serem incluídos nos regimentos jurídicos ao redor do mundo por meio das Nações Unidas que devido às consequências nefastas ocorrida durante a Segunda Guerra Mundial, publicou o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 onde apresenta os seus objetivos fundamentais, aos quais se destacam a promoção e o encorajamento do respeito máximo aos direitos e liberdades do homem.

Enfatizando a importância que os Direitos Humanos possuem, Souza (2018) descreve-o como uma ferramenta necessária para proteger qualquer cidadão no mundo, pois garante a dignidade e respeito a qualquer pessoa, independente de etnia, nacionalidade, gênero, condição financeira, etc.

A formalização dos objetivos impostos pelos Direitos Humanos é editada por cada nacionalidade através de negociação como, por exemplo, a Organização das Nações Unidas (ONU), além de encontros e conferências internacionais (SOUZA, 2018).

Todos os acordos feitos pelos países as organizações de Direitos Humanos são reguladas por meio de tratados. Os tratados, no direito internacional, constituem conjunto de princípios e regramentos do Direito e é entendido como um acordo entre Estados. No caso dos Direitos Humanos, os tratados visam “proteger formalmente os direitos de indivíduos ou grupos contra ações ou abandono dos governos, que interferem no desfrute de seus direitos humanos” (BRASIL, 2019, p. 01).

Assim, “para cada um desses tratados, existe um comitê de peritos que avalia como as nações participantes estão cumprindo as obrigações que assumiram ao se comprometer com o tratado” (SOUZA, 2018, p. 03).

A ratificação é a expressão formal que acentua o consentimento de um Estado em se comprometer com um tratado. Apenas um Estado que tenha assinado o tratado anteriormente – durante o período no qual o tratado esteve aberto a assinaturas – pode ratificá-lo (BRASIL, 2019).

Mesmo que os Direitos Humanos estejam amplamente estabelecidos no mundo, é possível encontrar inúmeros casos onde os seus preceitos não são observados. São situações em que se verifica um desrespeito aos direitos garantidos pelos Direitos Humanos, colocando indivíduos em situações de abuso, intolerância, discriminação e opressão (BRASIL, 2019).

O Brasil conta com uma série de ferramentas para garantir que os direitos humanos sejam estendidos a todos os cidadãos. Mas como será visto mais adiante nesse estudo, infelizmente na prática o Brasil ainda não atingiu plenamente esta finalidade, principalmente pelo fato de que ainda podem ser encontradas situações claras de desrespeito a integridade física e moral de indivíduo, como ocorre com o tratamento dado aos jovens infratores.

De todo modo, foi pela Constituição de 1988 que os Direitos Humanos no Brasil de fato foram implantados de forma correta e justa. Tendo como finalidade garantir a cidadania e a dignidade humana, a Constituição traz como princípios basilares: igualdade entre gêneros, erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais, promoção do bem de todos, sem distinção de origem, raça, gênero, idade ou cor, racismo como crime imprescritível, dentre outros.

Sendo considerado como um modelo de legislação a respeito de direitos Humanos, acrescenta Sottili (2018, p. 04) que “signatário dos principais tratados internacionais, o país também é inovador por ter incorporado, em sua última e vigente Constituição, os direitos humanos no primeiro capítulo do texto”.

Mesmo que tenha sido previsto na sua principal norma jurídica, o Brasil ainda não conseguiu de fato implantar os Direitos Humanos na prática. Ao longo da sua história, nas últimas décadas são vários os exemplos de como os Direitos Humanos são ineficazes no Brasil. E o exemplo mais forte apresentado, diz respeito ao tratamento dado aos jovens infratores, que será analisado a seguir.

#### **4. OS DIREITOS HUMANOS APLICADO AOS ADOLESCENTES INFRATORES: MEDIDAS DE RESSOCIALIZAÇÃO**

Conforme exposto até aqui, verificou-se que os adolescentes ao cometerem um ato infracional estarão sujeitos às normas do ECA. O Poder Judiciário brasileiro ao longo das últimas décadas, tem recebido inúmeros processos de jovens que estão cometendo todo

tipo de ato infracional. Muitos deles ligados a crimes hediondos. Essa realidade mostra, que há uma lacuna na sociedade, nas famílias e no Poder Público em prevenir que esses atos sejam cometidos.

O que se tem verificado é que a realidade social encontrada por esses jovens ao longo da vida tem causado um impacto significativo na sua entrada na criminalidade. Jovens moradores de favela, como já citado anteriormente, possuem uma maior propensão em cometer diversos atos infracionais.

Ainda que não seja definitivo que uma sociedade que pouco ajuda os jovens na sua qualificação ou expectativa de melhorias se torna o fator principal para que eles cometam todo tipo de ato infracional, é mais do que claro que a desigualdade social e econômica influência de sobremaneira a sua prática.

Desse modo, fica evidente constatar que quanto mais perto do ambiente criminoso o jovem estiver, maiores são as chances de ele vir a cometer atos infracionais. E mais, as chances de continuarem cometendo atos infracionais mesmo depois de passarem por internações, por exemplo, são ainda maiores, caso ele não saia do meio em que vive.

Fato é que a criminalidade não possui cara e nem forma. Qualquer indivíduo está propenso a cometer um crime. No caso dos jovens, por ainda não possuírem maturidade suficiente para poderem tomar as decisões importantes da vida e nem a maturidade de entender as consequências dos seus atos, eles são facilmente impactos pela realidade ao qual estão inseridos, o que facilita muito a sua prática delituosa.

O Poder Judiciário tem sido atolado de processos envolvendo adolescentes infratores que são reincidentes, ou seja, ainda continuam cometendo crimes, muitos deles da mesma espécie. É um ciclo que não se acaba e pelo qual ainda não há solução definitiva.

A título de exemplo, cita-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO. VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. INDEVIDA. APREENSÃO EM FLAGRANTE. PALAVRA DOS POLICIAIS. INTERNAÇÃO. APLICAÇÃO DE MEDIDA MAIS BRANDA. INCABÍVEL. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE INFRAÇÕES GRAVES. GRAVIDADE DO ATO INFRACIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS E CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. RECURSO DESPROVIDO. 1. [...]. 2. Embora o jovem não tenha sido flagrado efetuando a venda de drogas, as

circunstâncias de sua abordagem em local conhecido pelo intenso tráfico, após tentar ocultar considerável quantidade de maconha (arremessando-a sobre o telhado de uma casa), e portando expressiva quantia em cédulas de dinheiro trocadas, comprovam que portava entorpecente destinado à difusão ilícita. [...] 4. Embora o ato infracional (análogo ao crime de tráfico de drogas) não envolva violência ou grave ameaça, devida a aplicação da medida socioeducativa de internação, com fundamento no artigo 122, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando **o jovem ostenta condições pessoais desfavoráveis (não estuda, não trabalha e usa drogas) e reitera na prática de atos infracionais da mesma espécie (oito passagens anteriores, uma com imposição de medida socioeducativa de semiliberdade), mesmo após a imposição anterior de medidas socioeducativas mais brandas.** 5. As passagens anteriores pelo Juízo da Vara da Infância e da Juventude, em que foram concedidas remissão judicial, ainda que cumulada com alguma medida socioeducativa, não podem ser consideradas como antecedentes infracionais, mas podem ser valoradas no exame das condições pessoais do adolescente. 6. Recurso desprovido. (TJDFT 07073039320218070009 - (0707303-93.2021.8.07.0009 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. 2º Turma Criminal. Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS. Publicado no PJe: 06/10/2021). (grifo meu)

Conforme exposto acima, nota-se que o adolescente julgado já é reincidente no mesmo crime - ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas - e que possui condições pessoais desfavoráveis, que no caso em tela não estuda, não possui um emprego fixo e faz uso de drogas. Apenas com esse exemplo, mostra-se que ao continuar numa situação desfavorável socialmente e familiar, certamente esse jovem (assim como outros na mesma situação) irá continuar a cometer novos atos infracionais.

De acordo com Santos (2019) a produção social da criminalização se desdobra na consequência ainda mais grave da reprodução social dessa criminalização: quanto maior a reação repressiva, maior a probabilidade de reincidência, de modo que sanções aplicadas para reduzir a criminalidade ampliam a reincidência criminal.

Para o supracitado autor, as sanções privativas de liberdade do adolescente têm eficácia invertida, produzindo estigmatização, prisionalização e maior criminalidade, e estão em contradição com o conhecimento científico e com o princípio constitucional de dignidade da pessoa humana (SANTOS, 2019).



Diante de uma realidade tão cruel e alarmante, é difícil enxergar uma solução plausível e efetiva que possa sanar essa situação. Por se tratar de um cenário complexo, onde a sociedade e as famílias também já possuem problemas ainda maiores de toda ordem, os jovens acabam sendo impactados por essa realidade.

Em razão disso, muito se tem debatido meios de solução que possam ser realizados a fim de ao menos diminuir o número de adolescentes infratores. E a solução, para muitos tem como base os Direitos Humanos.

Neste caso, é preciso que o adolescente infrator seja respeitado em sua totalidade. A sua dignidade e sua integridade física, moral e social devem ser sempre tuteladas pelo Estado, pelas famílias e sobretudo, pela sociedade, em razão dos preceitos já estabelecidos pelos Direitos Humanos.

Por exemplo, grande parte dos adolescentes infratores já carregam consigo uma imagem altamente reprovativa socialmente, ao passo que o preconceito se torna rotina em sua vida. Neste ponto, é importante que se estabeleça medidas que busquem preservar a imagem destes indivíduos, uma vez que o preconceito é reprovado nas diretrizes dos Direitos Humanos (MIGUEL, 2020).

No campo familiar, as estratégias utilizadas pelos pais com o objetivo de promover a socialização de seus filhos são denominadas de práticas educativas. Estas podem favorecer tanto o desenvolvimento de comportamentos pró-sociais quanto antissociais.

Para Saraiva (2018) a sociedade precisa conscientizar-se de que seu verdadeiro papel não é o de ser expectadora de um futuro sem perspectivas para o jovem carente e abandonado, mas sim, de participar ativamente, procurando salvar este indivíduo das ruas e cobrando atitudes estatais, pois, o infrator de hoje, sem uma ação estruturada do Estado, será, fatalmente, o criminoso de amanhã e quem sairá prejudicada ao final, com certeza, será a própria sociedade.

Veja-se que além da família, o adolescente negligenciado na sua formação também irá “dar” trabalho para a sociedade e eventualmente para o Estado que irá ter mais custos com esse indivíduo. É uma corrente que não acaba, ao contrário, se amplia. Um problema surgido no meio familiar vai passando de ponto em ponto.

Neste contexto, alguns projetos que busquem proteger jovens infratores estão sendo implantados no Brasil. Tais medidas são importantes, porque a base delas se alinham ao encontrado pelos ditames dos Direitos Humanos.

Como exemplo prático, encontra-se as medidas realizadas pelo Estado do Tocantins. No ano de 2020, a Secretaria do Estado da Cidadania e Justiça (Seciju) criou o Projeto Sócio-Cultura destinado às unidades do Sistema Socioeducativo do Estado do Tocantins. Esse projeto, que já conseguiu o recurso necessário para sua implantação, dará oportunidades de desenvolvimento de atividades aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado de internação, provisória ou de semiliberdade a participarem de cursos de profissionalização e oficinas de acesso à cultura e lazer. Além disso, esses adolescentes poderão vivenciar novas experiências, com a finalidade de contribuir para o processo de reinserção no convívio social, como preconiza o ECA (ROSA, 2020).

Em 2021, em uma parceria entre o Ministério Público do Tocantins (MPTO) e o Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente Glória de Ivone (Cedeca Tocantins) resultou na publicação da versão digital da cartilha “Direitos dos(as) Adolescentes em Cumprimento de Medida Socioeducativa em Meio Aberto”.<sup>30</sup>

A supracitada publicação é voltada para os adolescentes e suas famílias. No seu conteúdo, a cartilha traz o conceito do que seja um ato infracional, a descrição das medidas socioeducativas disponíveis, além dos principais direitos dos adolescentes e da família durante o cumprimento das medidas socioeducativas em meio aberto.

Ao comentar sobre essa ação, Júnior (2021) acentua que é fundamental olhar essa questão sob o viés do lapso temporal da execução da medida socioeducativa imposta, que para ele deve ser ágil. Em suas palavras o autor afirma que “o fator ‘tempo’ é fundamental. A partir do momento em que o adolescente comete um ato infracional, não adianta demorar um ano para adotar as medidas socioeducativas” (JÚNIOR, 2021, p. 01).

O que se entende nesse contexto é que os Direitos Humanos, que são integrados a toda e qualquer pessoa, deve sobretudo ser observado em indivíduos que estão enquadrados na Lei penal. E nesse âmbito, ela deve se destinar também aos jovens, em especial aos que são infratores.

Como bem salienta Saraiva (2018), uma vez que as políticas de promoção dos Direitos Humanos giram em torno de diretrizes sérias e bem discutidas, elas também necessitam estar associadas à realidade dos jovens em situação de vulnerabilidade. Olhar o jovem infrator apenas pelo olhar de seu ato infracional não resolve o problema, nem pela família, pelo Estado e pela sociedade.

Dessa forma, proteger esses indivíduos tendo como base o que é disposto pelos Direitos Humanos se torna não o ideal, mas o necessário. A luta pela implantação dos

<sup>30</sup> Disponível em: <<https://anyflip.com/fekcj/ykcg/>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

direitos humanos no caso em tela ainda é um problema político, social e econômico. Assim, entende esse estudo que as medidas socializadoras devem ser executadas tendo como base o respeito à integridade desses jovens, para que os mesmos não venham a reincidir.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por meio deste estudo foi possível discutir algumas questões ligadas ao comportamento do jovem infrator. Sabendo que é a família a instituição responsável pelo processo de socialização primária e que também é sua função proporcionar os aportes afetivos e emocionais necessários ao desenvolvimento saudável da personalidade, nota-se que esta instituição não tem cumprido seu papel. O contexto social e familiar destes adolescentes é cercado de violências e privações, além de que o envolvimento de membros da família com infrações e com uso de drogas tem contribuído para o desenvolvimento de condutas antissociais.

São muitos os elementos presentes na trajetória de vida de inúmeros adolescentes que contribuem para a situação de restrição da liberdade. Casos de abandonos, rejeições, descontinuidade nas relações familiares, maus-tratos e exposição à violência marcam a vida desses indivíduos, constituindo-se como fatores de risco contextuais no seu desenvolvimento como jovens infratores.

Com esse cenário, fica nítido que os adolescentes não estão amparados pelos Direitos Humanos. Destaca-se, como descrito nesse estudo, que os Direitos Humanos tutelam sobretudo, a dignidade e a integridade de qualquer pessoa, incluindo aí os que se encontram em um quadro de vulnerabilidade, como é o caso dos adolescentes infratores.

O que ficou muito claro ao analisar tal temática é que os jovens nos dias de hoje estão mais propensos a cometerem atos infracionais, principalmente pelo fato de que a grande parcela deles se encontram em situações de extrema vulnerabilidade econômica e familiar.

Esses fatores não podem ser excluídos quando se debate esse tema, porque são eles (dinheiro e família) uma das principais razões que os jovens vêm praticando delitos cada vez mais cedo.

Dito isso, finaliza-se esse estudo evidenciando novamente que é necessário que haja grupos de apoios às famílias desestruturadas para que busquem o equilíbrio necessário. Somente assim, poderá reduzir o número de infratores juvenis. Uma família funcional e presente, seja qual for a composição, é o primeiro freio que o adolescente tem no combate à prática de atos infracionais.

Projetos como o mencionado Projeto Sócio-Cultura que é destinado às unidades do Sistema Socioeducativo do Estado do Tocantins são uma luz na busca por trazer os jovens ao caminho da educação e do trabalho, duas das principais ferramentas de socialização e de sucesso para qualquer indivíduo. Ao invés de aprenderem os macetes da criminalidade e trabalhar nos grupos criminosos, esses jovens irão estudar e trabalhar de maneira honesta e efetiva em instituições para esse fim, fugindo assim do risco de se perderem no mundo do crime.

Por fim, fica evidente constatar que tão importante quanto aplicar as medidas impostas pela legislação pátria para os jovens infratores é dar a ele condições para que possa superar os obstáculos sociais e familiares e que venha a ter o sucesso na vida pessoal e profissional.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **O conceito de organização criminosa e crime institucionalizado**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-27/conceito-organizacao-criminosa-crime-institucionalizado>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

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)>. Acesos em: 08 abr. 2023.

BRASIL. Decreto – Lei 2.848 de 1940. **Código Penal Brasileiro**. 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: 08 abr. 2023.

BRASIL. Nações Unidas Brasil. **O que são Direitos Humanos?** 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 08 abr. 2023.

CARDIM, Maria Eduarda. **Crimes bárbaros de jovens e adolescentes são reflexo do abandono afetivo**. 2019. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/11/09/internabrazil,805005/crimes-barbaros-de-jovens-e-adolescentes-sao-reflexo-do-abandono-afeti.shtml>. Acesso em: 02 abr. 2023.

FROTA, M. G. C. **A cidadania da infância e da adolescência**. In: CARVALHO, A.; SALLES, F.; GUIMARÃES, M.; UDE, W. (org.). Políticas públicas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

GORGES, Ana Paula Wanderlind. **Adolescente autor de ato infracional: Representações Sociais da Mídia Escrita**. 2018. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Ssocial285343.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2023.

JÚNIOR, Sidney Fiori. **MPTO e Cedeca disponibilizam cartilha sobre direitos de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto**. 2021. Disponível em: <<https://www.mpto.mp.br/portal/2021/02/03/mpto-e-cedeca-disponibilizam-cartilha-sobre-direitos-de-adolescentes-em-cumprimento-de-medida-socioeducativa-em-meio-aberto>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

MATOS, Priscila Santini de. **Aplicabilidade e Eficácia das Medidas Socioeducativas imposta ao adolescente infrator**. 2017. Disponível em: <<http://tconline.utp.br/wpcontent/uploads/2017/05/APLICABILIDADEEEFICACIADSMEDIASSOCIOEDUCATIVAS-IMPOSTAS-AO-ADOLESCENTE-INFRATOR.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

MIGUEL, Élcio Cardozo. **Maioria dos adolescentes envolvidos em crimes são de regiões de vulnerabilidade social, dizem especialistas**. 2020. Disponível em: <<https://www.folhavoria.com.br/geral/noticia/03/2020/maioria-dos-adolescentes-envolvidos-em-crimes-sao-de-regioes-de-vulnerabilidade-social-dizemespecialistas>>. Acesso em: 03 abr. 2023.

MIR, Luís. **Guerra civil: estado e trauma**. São Paulo: Geração Editorial, 2018.

OLIVEIRA, Leonardo. **Relendo Vigiar e punir**. In Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 4, n. 2, 2017.

OTENIO, Cristiane Corsini Medeiros; MARIANO, Érika Roberta. **Políticas Públicas para criança no Brasil: o contexto histórico-social e da saúde**. 2018. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/3304313/6-politicas-publicas-crianca-brasil-contexto-historico-social-saude.pdf>>. Acesso: 04 abr. 2023.

PASINATO, W. **Lei Maria da Penha: novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos?** Civitas, 2018.

PETRINI, J. C. **Pós-modernidade e família: um itinerário de compreensão**. Bauru, SP: EDUSC, 2013.

RAMIDOFFI, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O adolescente infrator e os Direitos Humanos**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 2., n. 2, 2019.

SANTOS, Maria José Coelho dos; CRUZ, César Albenes de Mendonça. **Políticas públicas e proteção social ao adolescente infrator no município de Serra-ES**. Brazilian Journal of Development, v. 6, n. 4, p. 17732-17749, abr. 2020.

SARAIVA, Carmen Silveira de. **Sobrevivendo no Inferno: a violência juvenil na contemporaneidade**. Porto Alegre: Sulina, 2018.

SAWAIA, B. B. **Família e afetividade: a configuração de uma práxis ético-política, perigos e oportunidades**. 4. ed. São Paulo: Cortez, Instituto de Estudos Especiais – PUC/SP, 2018.

SETTI, G. A. M. **A hegemonia neoliberal e o capitalismo contemporâneo**. Revista acadêmica Urutáua (CESIN-MT/DCS/UEM) n ° 05. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2019.

SOTTILI, Rogério. **Como os direitos humanos são entendidos no Brasil?** 2018. Disponível em: <<https://portal.aprendiz.uol.com.br/2018/09/28/como-os-direitos-humanos-sao-entendidos-brasil/>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

SOUZA, Isabela. **O que são Direitos Humanos?** 2018. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/direitos-humanos-o-que-sao/>>. Acesso em: 07 abr. 2023.



## **RECUPERAÇÃO AMBIENTAL DE NASCENTE NO MUNICÍPIO DE ALIANÇA DO TOCANTINS – TO**

**LEVI TAVARES DE OLIVEIRA:**

Graduado em Direito pela  
Universidade de Gurupi – UnirG<sup>31</sup>.

**KÁRITA CARNEIRO PEREIRA<sup>32</sup>**

(orientadora)

**RESUMO:** O meio ambiente é o local onde se desenvolve a vida na terra, e a natureza de todos os seres vivos que nela habita. É tudo aquilo que cerca como água, solo, vegetação, clima, animais e os seres humanos. O objetivo desse trabalho é mostrar a importância de preservar o meio ambiente e os problemas causados pela interferência humana na natureza. Como exemplo, para esse trabalho, utilizou-se o Ribeirão São Josezinho que tem sua nascente em área urbana na cidade de Aliança do Tocantins. Ao redor da nascente, foi destinada uma área de 200x60m para a proteção da bacia hidrográfica contribuinte. Em termos de legislação do estado do Tocantins, se dispõe sobre os casos excepcionais de utilidade pública, interesse social e de baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção em área de preservação permanente (APP). O método dedutivo foi utilizado, visando questões ambientais. As mesmas envolvem sustentabilidade nos termos abrangentes, cujo planejamento é voltado para a educação, economia e cultura, e tem como objetivo proteger e preservar o meio ambiente, bem como as nascentes, garantindo a qualidade de vida das gerações presentes e futuras através da definição de diretrizes gerais, princípios, mecanismos de fiscalização e controle, e a integração entre políticas ambiental e econômica. Os procedimentos metodológicos caracterizam a pesquisa como bibliográfica, documental, descritiva, com abordagem quantitativa e qualitativa, realizada por meio da análise de sites, artigos científicos, doutrinas e estudo da legislação.

**Palavras-chave:** Meio Ambiente. Nascentes. Preservação.

### **INTRODUÇÃO**

A água constitui fonte de vida para todos os seres vivos e está presente desde as mais simples atividades da humanidade até as mais complexas interações de vida existente no planeta. Pensar na ausência desse elemento é pensar em intensas alterações e grave impacto sobre as mais diversas espécies, inclusive a humana. Diante de tamanha

---

<sup>31</sup> E-mail: [levitavares07@gmail.com](mailto:levitavares07@gmail.com)

<sup>32</sup> Mestra do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: [karitacarneiropereira@gmail.com](mailto:karitacarneiropereira@gmail.com)

importância, a água tem alcançado um espaço cada vez maior nas pautas globais, onde, utilizando-se de políticas e instrumentos legais, o governo e os seus entes federados, intenta controlar e monitorar os diferentes usos desse bem para necessidades fundamentais e com garantia para as futuras gerações.

Em nosso planeta a água encontra-se no denominado ciclo hidrológico, ou seja, partindo de qualquer ponto e chegando ao mesmo lugar. Basicamente, a água que se encontra na superfície da Terra, no estado líquido, evapora e formam-se as nuvens na atmosfera. Devido a combinação de fatores climáticos e a presença de nuvens, as chuvas ocorrem e devolvem a água para a superfície do solo, rios e mares. Na superfície, a água pode escorrer ou infiltrar-se no solo. A parte que escorre na superfície abastece os córregos, rios e lagos, enquanto que a parte infiltrada umidifica o solo e abastece o lençol freático. Caso ocorra uma passagem que ligue o lençol freático com a superfície, a água do lençol retorna para a superfície originando o afloramento da água que denominamos de nascente. No entanto, tal afloramento deve ser espontâneo.

As nascentes podem ser definidas como afloramentos naturais do lençol freático que apresentam perenidade e dão início a um curso d'água, de acordo com a lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, também conhecida como o Novo Código Florestal Brasileiro. Ainda, segundo o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), em sua resolução nº 303, de 2002, nascente ou olho d'água é definido como o local onde aflora naturalmente, mesmo que de forma intermitente, a água subterrânea. A fim de preservação das nascentes e olhos d'água, tem-se as áreas em seu entorno como Área de Preservação Permanente (APP). Segundo a legislação, APP é a área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (BRASIL, 2012).

A vegetação ciliar contribui para a regulação do fluxo de água, influenciando na manutenção da vazão dos cursos hídricos, e retendo a água da chuva, aumentando a infiltração das águas do escoamento superficial no solo, liberando-a gradativamente para o lençol freático e corpos d'água (LIMA e ZAKIA, 2004). Sendo assim, o Novo Código Florestal Brasileiro determina que no entorno de nascentes e olhos d'água perenes deve-se ter o raio mínimo de 50 metros como APP.

O Ribeirão São Josezinho, localizado no município de Aliança do Tocantins – TO, a 164 km da capital Palmas, dentro do bioma cerrado, precisa destes cuidados para que o mesmo venha continuar a jorrar água permanente e com vida. Portanto, este trabalho propõe a elaboração da recuperação da principal nascente de água urbana da cidade de Aliança do Tocantins, que tanto necessita de cuidados urgentes.

## 2 MATERIAL E MÉTODOS

A proposta do presente estudo está relacionada à preocupação de recuperar áreas de nascentes degradadas que estão localizadas no setor Jardim Ipanema, no Município de Aliança do Tocantins – TO. Foi utilizada a metodologia de avaliação de impactos ambientais na nascente. Nos motivos relacionados a essa ação estão: a preservação da nascente, conservação da água, da biodiversidade, do fluxo da fauna e da flora e da proteção do solo.

Para a realização do presente estudo foi utilizada a abordagem qualitativa, a qual busca elucidar sobre a recuperação ambiental e sua importância na proteção e restauração da biodiversidade. Nesta pesquisa, utilizou-se de procedimentos técnicos por meio da pesquisa bibliográfica, a qual enfatiza a recuperação ambiental, a qual também pode ajudar a mitigar as mudanças climáticas, melhorar a qualidade do ar e proteger os ecossistemas costeiros e marinhos.

### **3 A RECUPERAÇÃO AMBIENTAL**

A recuperação ambiental é um assunto de grande importância no mundo atual, pois ajuda a restaurar e proteger nossos ecossistemas degradados e preservar a biodiversidade. É o processo de restauração de áreas degradadas ou danificadas, com o objetivo de melhorar a saúde ambiental e a qualidade de vida das espécies que habitam essas áreas. Para este processo, podem ser incluídas ações como o reflorestamento, o controle de erosões, o tratamento de águas contaminadas, entre outros.

Mister salientar que, a recuperação ambiental é uma questão crucial para proteger e restaurar nossos ecossistemas degradados e preservar a biodiversidade. Vale ressaltar os diferentes tipos de degradação ambiental e trabalhar para implementar soluções de longo prazo que ajudem a proteger nosso planeta e assegurar um futuro sustentável para as gerações futuras.

Entre os vários tipos de degradação ambiental que afetam nossos ecossistemas os mais comuns incluem a degradação do solo, a poluição da água, a poluição do ar e a perda de habitats naturais. O primeiro se caracteriza pela perda da qualidade do solo devido a atividades humanas, como agricultura intensiva, extração de recursos naturais e construção. O segundo pode se dar por várias fontes, incluindo descarte inadequado de resíduos, esgotos não tratados e vazamentos de petróleo em córregos, rios, mares e oceanos. Enquanto isso, a poluição do ar ocorre devido a emissões de dióxido de carbono e outros gases poluentes por atividades humanas, como a queima de combustíveis fósseis. Por fim, a perda de habitats naturais é causada pela expansão urbana, construção de represas, desertificação e outras formas de degradação ambiental.

Esse processo de recuperação está previsto na Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 225 e na Política Nacional de Meio Ambiente, que estabelece em seus princípios a recuperação de áreas degradadas. Assim, a recuperação ambiental precisa cumprir as diretrizes de uso e ocupação do solo, de acordo com as normas vigentes nos instrumentos legais. Por isso, a presença de um especialista é fundamental para garantir que as normas que constam, por exemplo, no plano diretor, projeto urbanístico, projeto paisagístico e nos demais instrumentos legais, sejam cumpridas. (SCHNEIDER, 2020, p.1).

Destarte, entende-se que existem alguns desafios e barreiras para a recuperação ambiental, como a falta de investimento em projetos, a prioridade de produção econômica em detrimento do meio ambiente, a falta de políticas públicas eficazes e de aplicação rigorosa das leis ambientais, bem como a falta de cooperação internacional para lidar com questões transnacionais que envolvem o meio ambiente. Observa-se ainda, as questões culturais, tecnológicas e institucionais, que também atrasam o processo de recuperação, como, a não conscientização sobre a importância e resistência à mudança, a ausência de tecnologias adequadas e acessíveis para implementar projetos de recuperação ambiental em larga escala e a insuficiência de capacidade institucional para lidar com questões complexas de meio ambiente, incluindo a falta de recursos e de colaboração intersetorial.

De acordo com o Direito Ambiental, a recuperação ambiental é uma obrigação de todos aqueles que causam danos ao meio ambiente, e deve ser realizada de forma a restaurar o mais próximo possível do estado anterior ao dano causado. A recuperação ambiental inclui medidas como a restauração de áreas degradadas, a recuperação de espécies ameaçadas, a reposição de recursos naturais, entre outras. O Direito Ambiental estabelece também que a recuperação ambiental deve ser realizada de acordo com critérios técnicos e científicos, e que a participação da sociedade é fundamental para garantir o sucesso das ações de recuperação. Além disso, o Direito Ambiental estabelece sanções para aqueles que causam danos ao meio ambiente e não realizam a devida recuperação ambiental.

#### **4 NASCENTES**

O processo de formação de uma nascente é resultado de vários fatores, incluindo a permeabilidade do solo, a permeabilidade das rochas subterrâneas, a topografia do terreno e a presença de água subterrânea. O primeiro passo para a formação de uma nascente é a presença de um aquífero, que é uma camada subterrânea permeável de rocha ou solo que contém água. A água é armazenada no aquífero e pode ser alimentada por precipitações ou por águas subterrâneas provenientes de outras áreas. Quando a

quantidade de água no aquífero aumenta, a pressão também aumenta, o que faz com que a água comece a brotar na superfície.

A permeabilidade do solo e das rochas subterrâneas é outro fator importante na formação de uma nascente. Se o solo é permeável, a água pode facilmente chegar à superfície. Se o solo é impermeável, a água é retida no aquífero. A topografia do terreno também é um fator importante na formação de uma nascente. Se houver uma elevação na superfície, a pressão da água será maior, aumentando as chances de brotar na superfície. Quando uma nascente é formada, ela funciona como uma porta de entrada para a água subterrânea. À medida que a água é retirada da nascente, é substituída por água fresca do aquífero, mantendo assim a qualidade e a quantidade de água na nascente.

Dada a importância das nascentes, é interessante classificá-las, quanto à duração de seu fluxo. Segundo Calheiros (2009), as nascentes podem ser perenes: quando apresentam fluxo contínuo que se manifesta durante o ano inteiro, mesmo com variações de vazão; temporárias: que se caracterizam na estação chuvosa; e, as efêmeras: que surgem em resposta direta à precipitação e os fluxos permanecem, somente, por alguns dias ou horas.

Além disso, é possível considerar que as nascentes podem ser: difusas ou pontuais. As nascentes difusas são conhecidas a partir do afloramento da água subterrânea, distribuindo-se em vários pontos, formando pequenas nascentes por toda a superfície da área. Já as nascentes pontuais, apresentam apenas um afloramento de água (PINTO, 2003). Ainda segundo este autor, ao observar o estado de conservação das nascentes, entende-se que elas se caracterizam por apresentar três estados diversos, podendo estar preservadas, perturbadas e degradadas.

As nascentes preservadas apresentam, pelo menos, 50 metros de vegetação natural no seu entorno, enquanto que as perturbadas não apresentam 50 metros de vegetação natural no seu entorno, mas se encontram em bom estado de conservação, apesar de estarem ocupadas em parte por pastagem ou agricultura. As nascentes degradadas são aquelas que perderam a capacidade de retornar naturalmente ao seu estado original, possuem alto grau de perturbação, vegetação escassa, presença de erosões e solos compactados (PINTO, 2003). Tratar da recuperação de nascentes de rios e córregos degradadas é fundamental, pois contribui para melhorar a qualidade da água, funciona como instrumento de aproximação entre o curso d'água e a comunidade que vive em suas proximidades, e é, também, um mecanismo que exige menos recursos e apresenta resultados em prazos mais curtos (LACZYNSKI e OLIVEIRA, 2002).

Nesse sentido, a mata ciliar tem um papel importante no sistema florestal estabelecido naturalmente, sobre as margens dos riachos, rios, entorno de lagos, represas e nascentes, funcionando como instrumento redutor do assoreamento e da degradação

do meio ambiente, e como meio natural de processamento e transformação da diversidade ambiental. Constitui-se, assim, num importante suporte de segurança para o equilíbrio do ecossistema e suas relações intrínsecas, estando associada ao manejo e conservação dos recursos naturais (OLIVEIRA, ALVES e FRANÇA, 2010).

## **5 PROTEÇÃO E CONSERVAÇÃO DAS NASCENTES**

No Novo Código Florestal Brasileiro, uma nascente é definida como "afloramento natural do lençol freático que apresenta perenidade e dá início a um curso d'água". Além disso, o Código Florestal também estabelece regras para a proteção e preservação de nascentes, incluindo a preservação de áreas de proteção permanente (APP) ao redor das nascentes e a proibição de atividades que possam prejudicar a qualidade ou a disponibilidade da água.

Por outro lado, o CONAMA define como nascente ou olho d'água o local onde aflora naturalmente, mesmo que de forma intermitente, a água subterrânea. Sendo assim, observa-se que há divergência entre dois dispositivos legais de proteção ambiental uma vez que a lei 12.651/2012 representa apenas as nascentes com caráter perene.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, em 2018, recorrendo ao art. 225, §1º, da Constituição Federal Brasileira de 1988, onde incumbe ao Poder Público "preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e promover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas", restaurou o entorno das nascentes e dos olhos d'água intermitentes como áreas de preservação permanente. Essa reparação, configurada como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), se pautou no reconhecimento das nascentes como sistemas que originam cursos d'água, sobretudo, de rios intermitentes inseridos no contexto de regiões que passam por períodos de estiagem. Porém, o texto do Código Florestal ainda não passou por alteração em seu corpo legal, levando a conflito de informações no âmbito jurídico.

Diante da fragilidade e leque de interpretações possíveis aos dispositivos legais no que tange os aspectos do Direito Ambiental sobre a proteção e preservação de nascentes e demais componentes que possam integrar o ciclo hidrológico, é que projetos de lei são apresentados à câmara dos deputados buscando criar meios mais sólidos de proteção e preservação de nascentes e outros recursos hídricos.

O Projeto de Lei nº 4226/2015, também conhecido como PL 4226/2015, trata da proteção e preservação de nascentes e outros corpos d'água subterrânea no Brasil. Este projeto de lei visa estabelecer medidas para proteger e preservar essas fontes de água, garantindo a qualidade e a disponibilidade de água para uso atual e futuro. Entre as medidas propostas pelo PL 4226/2015, estão: a obrigatoriedade de proteção de uma área de preservação permanente (APP) de 50 metros em torno de cada nascente; a proibição



de realizar atividades que possam prejudicar a qualidade ou a disponibilidade da água, como o uso excessivo de agrotóxicos, a instalação de atividades industriais ou a construção de barragens próximas a nascentes; a exigência de autorização prévia da órgão ambiental competente antes de realizar qualquer atividade que possa afetar a qualidade ou a disponibilidade de água em nascentes ou outros corpos d'água subterrânea.

Projetos como o PL 4226/2015 é importante porque nascentes e corpos d'água subterrânea são fontes críticas de água potável no Brasil e no mundo, e sua preservação é fundamental para garantir a disponibilidade de água de qualidade para uso atual e futuro. Além disso, a proteção dessas fontes de água também contribui para a preservação do equilíbrio hídrico do solo e do meio ambiente. Sem a proteção adequada, nascentes e corpos d'água subterrânea podem ser prejudicados por atividades humanas, como a instalação de atividades industriais, a construção de barragens, o uso excessivo de agrotóxicos e outros fatores. Essas atividades podem contaminar a água e prejudicar sua qualidade, além de afetar o equilíbrio hídrico do solo e do meio ambiente.

## 5.1 Legislação

Para embasar o Direito Ambiental, no referente à nascentes, a legislação dispõe de artefatos como o artigo 225 da Constituição Federal Brasileira de 1988, a Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012 e a Resolução CONAMA nº 303, de 20 de março de 2002. Por outro lado, referindo-se aos crimes ambientais, o jurídico dispõe da Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

De acordo com a Lei Federal nº12.651/12, o Novo Código Florestal Brasileiro:

*Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:*

*I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:*

*a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;*

*b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;*

*c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;*

*d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;*

*e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;*

*II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:*

*a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;*

*b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;*

*III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;*

*IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros;*

*V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;*

*VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;*

*VII - os manguezais, em toda a sua extensão;*

*VIII - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;*

*IX - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;*

*X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;*

*XI - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado.*

*(...). (BRASIL, 2012).*

A Resolução CONAMA nº 303/2002 dispõe sobre parâmetros, definições e limites de APP's. As APP's e outros espaços territoriais são especialmente protegidos como instrumentos de relevante interesse ambiental e integram o desenvolvimento sustentável com plantios de frutíferas nativas e a comunidade dentro dessas áreas. As nascentes ou olhos d'água são consideradas APP's, locais onde afloram naturalmente a água subterrânea, mesmo que de forma intermitente (BRASIL, 2002).

Nessa vertente, observa-se ainda a Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, também conhecida como Política Nacional do Meio Ambiente, tem como objetivo principal a proteção e preservação do meio ambiente, visando garantir a qualidade de vida das gerações presentes e futuras. A lei estabelece as diretrizes gerais para a proteção ambiental, incluindo a gestão de recursos naturais, a preservação da biodiversidade, a prevenção e controle da poluição, e a realização de pesquisas e estudos sobre meio ambiente.

A lei também define os princípios da gestão ambiental, incluindo a participação da sociedade na formulação de políticas e na implementação de ações de proteção ambiental, a responsabilidade da União, Estados, Municípios e do setor privado na gestão ambiental, e a integração entre as políticas ambiental e econômica. Além disso, a Lei 6.938/81 estabelece mecanismos de fiscalização e controle, incluindo o licenciamento ambiental, a gestão de resíduos, e a proteção das áreas naturais e os ecossistemas.

O Artigo 255 da Constituição Federal define o papel e a responsabilidade do Estado na gestão dos recursos hídricos. O art. 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), dispõe que "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". O artigo estabelece ainda que, a gestão dos recursos hídricos é de responsabilidade conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e que esses entes devem estabelecer planos e programas de gerenciamento dos recursos hídricos, visando garantir a sua utilização sustentável.

## **6 RECUPERAÇÃO AMBIENTAL DE NASCENTE NO MUNICÍPIO DE ALIANÇA DO TOCANTINS – TO**

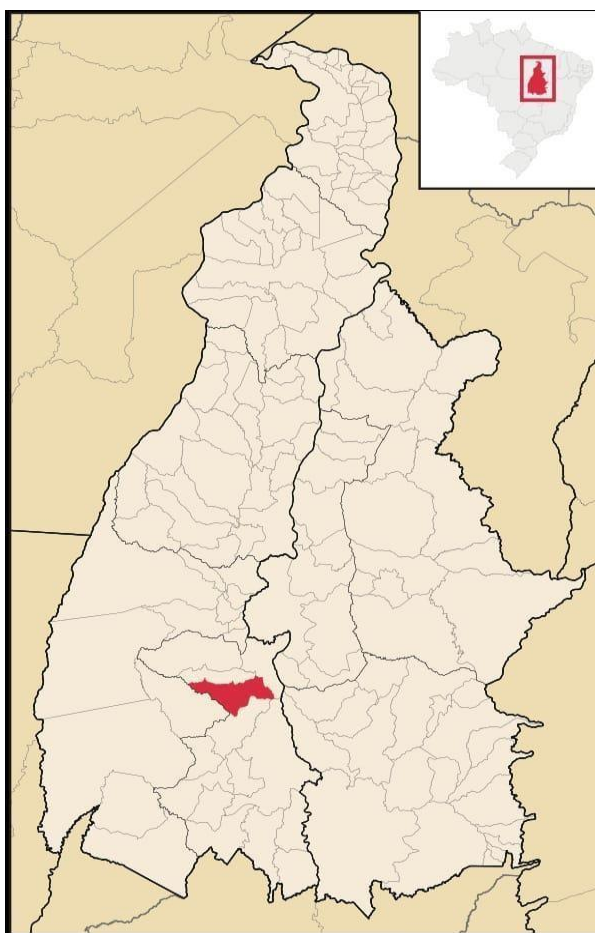
O Território do município de Aliança do Tocantins -TO é marcado por uma densa malha hídrica e uma das sub-bacias que compõe os principais cursos d'água é a do Ribeirão São Josezinho, estando seu olho d'água dentro do perímetro urbano, mais especificamente no Setor Jardim Ipanema, nas quadras 20, com área de 6000 m<sup>2</sup> (60x100m), e quadra 21, com área de 6000 m<sup>2</sup> (60x100m), divididas pela avenida Araguaia. O presente loteamento gerou o índice de impacto ambiental na nascente do córrego São Josezinho. Nota-se que houve uma degradação da nascente, requerendo conservação ambiental, causada pela ação do homem através de desmatamento, criação de animais (ex: equinos, gado), falta de conservação na APP e desmatamento até a margem do olho d'água.

O Ribeirão São Josezinho é um afluente direto do Ribeirão São José, com uma distância de sua nascente à foz de aproximadamente 30 km. Apresenta basicamente quatro principais afluentes da sua nascente até a foz: Córrego Simbaíba, Córrego de Pedra, Córrego Cabeceira Verde e Córrego Cerradão. Os latossolos amarelos predominam na maior porção da microbacia, quando se direciona à desembocadura do Ribeirão São Josezinho no Ribeirão São José. Nessa região a erodibilidade potencial é de "CLASSE A" (fraco ou muito fraco).

Os processos de escoamento superficial são difusos e lentos, com eventuais escoamentos concentrados, portanto cuidados devem ser sempre tomados no tocante ao manejo e conservação do solo nessa região da microbacia. Em termos de cobertura vegetal, com exceção das APP's, cuja vegetação é caracterizada em maior porção da Microbacia São José (MBSJ) pelas matas da galeria, a vegetação predominante é a de cerrado sentido restrito denso e típico e áreas antropizadas por pastagens para fins pecuários.

As APP's do Ribeirão São Josezinho apresentam vários pontos e trechos alterados por ação antrópica ao longo da extensão do manancial, fato que também se verifica na nascente do aludido Ribeirão. Em vários estágios do curso do ribeirão, verifica-se assoreamento causado pelos desmatamentos para a prática de agricultura. Portanto, desde a sua nascente e ao longo do seu percurso, o Ribeirão São Josezinho precisa de cuidados para que ele continue a correr com sua potencialidade.

A cidade de Aliança do Tocantins – TO, está localizado a 164 km de Palmas, capital do Estado, possui área de 1.579,742 km<sup>2</sup>, com população estimada de 5.303 habitantes e apresenta o bioma cerrado. A principal nascente de água urbana precisando de cuidados de recuperação é o Riacho São Josezinho, em situações emergenciais. A área de estudo do projeto compreende 01 nascente, localizada no loteamento Setor Jardim Ipanema na zona urbana da cidade de Aliança do Tocantins, nas proximidades da BR 153 km 623.



**FIGURA 1 - MUNICÍPIO DE ALIANÇA DO TOCANTINS – TO, LOCALIZADO A 164 KM DE PALMAS, CAPITAL DO ESTADO DO TOCANTINS. FONTE: PT.WIKIPEDIA.ORG (2023).**

O Ribeirão São Josezinho tem suas nascentes dentro do perímetro urbano, situado no lado norte da cidade de Aliança do Tocantins - TO, às margens da BR 153, local onde já existiu uma vereda de barro branco. As suas margens detinham algumas cacimbas de águas cristalinas, que servia de local de banho para crianças nos anos 70. Atualmente o cenário é diferente, com a implantação de um loteamento, que ainda não teve a sua estruturação concluída. Também foi realizada a construção de uma represa com ocupação quase total da quadra onde passa o ribeirão, e que se aproxima da BR 153.

Verifica-se que, a cada ano, o volume de água no leito de sua bacia da represa é cada vez menor, chegando a secar em sua totalidade. Diante dessa situação, observa-se que este Ribeirão pode ser um manancial de água para o próprio abastecimento da cidade de Aliança do Tocantins para casos de emergência, fazendo-se um reservatório. Nesse diapasão, entende-se que pode ser feita a implantação de um ponto turístico, bem como de um reflorestamento e uma revitalização às margens da represa, com pistas de



caminhada, passeio, praça junto ao olho d'água e limpeza do leito no primeiro quilômetro de extensão da sua cabeceira.

Em caráter de recuperação essa pode ser uma grande conquista, ver águas fluindo novamente no Ribeirão São Josezinho. Vale ressaltar a importância de mostrar o valor ambiental dentro das conquistas, como o bem-estar da população de Aliança do Tocantins, que já desperta o interesse, após buscar no poder público, um trabalho junto ao poder legislativo e executivo para a implantação de recuperação desta nascente.

Nessa vertente, entende-se que o investimento do espaço pode ser benéfico para a toda a comunidade, como exemplo, a possibilidade de realizar-se a construção de um bosque, o qual colaboraria com a recuperação da nascente, bem como arborizar as margens onde foi feito um reservatório artificial que abrange praticamente toda área de uma extremidade, além de um reflorestamento de árvores típicas do cerrado, com a função ambiental de preservar a flora, os recursos hídricos, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna, proteger o solo e assegurar o bem estar da população humana. Entende-se, que esse é um projeto que envolve toda a população, cujo objetivo é preservar o território ambiental do município, e auxiliar na qualidade de vida de todas as pessoas da região.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A recuperação ambiental é um processo de restauração dos danos causados ao meio ambiente, com o objetivo de recuperar a sua capacidade de sustentar a vida e os seus serviços ecossistêmicos. A recuperação ambiental é realizada através de ações como o plantio de árvores, a restauração de áreas degradadas, a recuperação de corpos d'água, entre outros. No Direito Ambiental, a recuperação ambiental é regulamentada por diversas leis e normas, como a Lei nº 6.938/81, que estabelece as diretrizes nacionais para a gestão dos recursos hídricos, e a Lei nº 9.605/98, que estabelece as penalidades administrativas e criminais para os crimes ambientais. Além disso, existem leis específicas para a recuperação de determinados tipos de áreas, como as leis de unidades de conservação, leis de resíduos sólidos e leis de recuperação de áreas degradadas.

No Direito Ambiental, a proteção das nascentes é regulamentada por diversas leis e normas, que estabelecem medidas para a preservação dos recursos hídricos, como a Lei nº 6.938/81 e o Novo Código Florestal. Além disso, existem leis específicas para a proteção de determinadas nascentes, como as leis de unidades de conservação, leis de proteção de mananciais e leis de proteção de fontes de água.

Devido a evolução nas últimas décadas, o meio ambiente vem sofrendo cada vez mais com a ação humana, no caso do Ribeirão São Josezinho não foi diferente, o que se vê é uma degradação evolutiva e constante na sua área de conservação, como: falta de malha



viária com caracterização de águas pluviais, rede de esgoto, o termo de cobertura vegetal do lado norte do Ribeirão de vegetação é de serrado denso e típico, desmatado e antropizado por pastagens para fins pecuários, por um percurso de 500m da nascente, onde hoje é cortado pela BR 153 e as margens das ruas da cidade.

Nesse diapasão, entende-se a importância da conscientização da população sobre a recuperação das nascentes é importante para garantir a participação cidadã, compreender o papel da água, reduzir os impactos negativos, garantir o acesso à água de qualidade e sensibilizar para a preservação do meio ambiente. A recuperação ambiental no município de Aliança do Tocantins é importante para proteger a biodiversidade, garantir o acesso à água potável, reduzir os impactos negativos, desenvolver atividades econômicas sustentáveis e preservar o patrimônio cultural.

## REFERÊNCIAS

BAGGIO, Amilton João; CARPANEZZI, Antonio Aparecido; FELIZARI, Selia Regina; RUFFATO, Altair. **Recuperação e proteção de nascentes em propriedades rurais de Machadinho, RS**. 1. ed. Brasília-DF: Embrapa Florestas, 2013. 25 p. ISBN 978-85-7035-203-3. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/33884537.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm). Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm). Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm). Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei 1688/2015**. Dispõe sobre a criação do Programa de Identificação, Cadastramento e Preservação de Nascentes de Água no âmbito nacional, através do Ministério do Meio Ambiente, com o escopo de melhor os recursos hídricos naturais, e dá outras providências. Situação: Arquivado nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2076091>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Resolução Conama nº 303, de 20 de março de 2002**. Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente; revoga a Resolução nº 04, de 1985. Disponível em:

[http://conama.mma.gov.br/?option=com\\_sisconama&task=arquivo.download&id=299](http://conama.mma.gov.br/?option=com_sisconama&task=arquivo.download&id=299). Acesso em: 14 nov. 2021.

BOTELHO, Soraya Alvarenga; DAVIDE, Antonio Cláudio. **Métodos Silviculturais para a recuperação de nascentes e recomposição de Matas Ciliares**, 30 jul. 2015. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Soraya-Botelho/publication/242672925\\_METODOS\\_SILVICULTURAIS\\_PARA\\_RECUPERACAO\\_DE\\_NASCENTES\\_E\\_RECOMPOSICAO\\_DE\\_MATAS\\_CILIARES/links/55ba18fb08aed621de0ab2a6/METODOS-SILVICULTURAIS-PARA-RECUPERACAO-DE-NASCENTES-E-RECOMPOSICAO-DE-MATAS-CILIARES.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Soraya-Botelho/publication/242672925_METODOS_SILVICULTURAIS_PARA_RECUPERACAO_DE_NASCENTES_E_RECOMPOSICAO_DE_MATAS_CILIARES/links/55ba18fb08aed621de0ab2a6/METODOS-SILVICULTURAIS-PARA-RECUPERACAO-DE-NASCENTES-E-RECOMPOSICAO-DE-MATAS-CILIARES.pdf). Acesso em: 20 nov. 2015.

CALHEIROS, R. de O. et al. **Preservação e Recuperação das Nascentes** – Piracicaba: Comitê das Bacias Hidrográficas dos Rios PCJ. Piracicaba: CTRN – Câmara Técnica de Conservação e Proteção aos Recursos Naturais, 2004.

CALHEIROS, R. O.; TABAI, F. C. V.; BOSQUILIA, S. V.; CALAMARI, M. **Cadernos da Mata Ciliar**. Secretaria de Estado do Meio Ambiente, Departamento de Proteção da Biodiversidade, n. 1, São Paulo, 2009.

COSTA, Alice Pereira da. Avaliação dos impactos ambientais ocorrentes do córrego seco, município de Nerópolis, Goiás. **Engenharia Ambiental**, Núcleo de Conhecimento, 8 maio 2018. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/engenharia-ambiental/avaliacao-dos-impactos-ambientais>. Acesso em: 15 dez. 2022.

DONADIO, N. M. M.; GALBIATTI, J. A.; PAULA, R. C. DE. Qualidade da água de nascentes com diferentes usos do solo na bacia hidrográfica do córrego rico, São Paulo, Brasil. **Engenharia Agrícola**, v. 25, n. Eng. Agríc., 2005 25(1), jan. 2005.

FACHINI, Tiago. Direito ambiental: conceito, princípios e áreas de atuação. **Projuris**, p. 1, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/blog/direito-ambiental/>. Acesso em: 19 jan. 2023.

FARIAS, Talden. Regime jurídico das áreas de preservação permanente. **Ambiente Jurídico**, Revista Consultor Jurídico, 8 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-08/ambiente-juridico-regime-juridico-areas-preservacao-permanente>. Acesso em: 19 jan. 2023.

FELLIPE, M. F.; MAGALHÃES JÚNIOR, A. P. **Consequências da ocupação urbana na dinâmica das nascentes em Belo Horizonte** – MG. In: Encontro Nacional Sobre Migrações,

2002, Belo Horizonte, MG. Anais... Belo Horizonte: ABEP, 2002.

LACZYNSKI, P.; OLIVEIRA, F. **Recuperar as nascentes**. São Paulo, SP: Polis, n. 198, 2002. 2p.

LIMA, W. P.; ZAKIA, M. J. B. **Hidrologia de Matas Ciliares**. In: RODRIGUES, R. R. & LEITÃO-FILHO, H. F. (ed.). Matas ciliares: conservação e recuperação. 2 ed. São Paulo, SP: Edusp e Fapesp, 2004. p.33-44.

NASCENTES: importância, processo de recuperação e conservação da água. **Cursos CP**, 2018. Disponível em: <https://www.cpt.com.br/>. Acesso em: 15 dez. 2022.

OLIVEIRA, J. B.; ALVES, J. J.; FRANÇA, F. M. C. **Recomposição da mata ciliar e reflorestamento no semiárido do Ceará**. Cartilhas temáticas tecnologias e práticas hidroambientais para convivência com o Semiárido. Fortaleza, CE: Secretaria dos Recursos Hídricos, 2010. 25p.

PINTO, Lilian Vilela Andrade. **Caracterização física da sub-bacia do Ribeirão Santa Cruz, Lavras – MG, e propostas de recuperação de suas nascentes**. Dissertação (Mestrado

em Ciências Florestais) – Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2003. 180p.

SANTOS, Bruna Srutkowiski; CRISPIM, Jefferson de Queiroz. Recuperação e preservação de nascentes: uma alternativa de melhoria sócioambiental para pequenos agricultores da comunidade barreiro das frutas- CAMPO MOURÃO- PR. **VII EPCC - Encontro Internacional de Produção Científica**, Maringá - PR, 25 nov. 2011. DOI ISBN 978-85-8084-055-1. Disponível em: [http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/bruna\\_srutkowiski\\_santos.pdf](http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/bruna_srutkowiski_santos.pdf). Acesso em: 21 jan. 2023.

SCHNEIDER, Simone. Recuperação Ambiental: o que é e como funciona. **Assessoria Ambiental Inteligente**, [S. /], 26 jun. 2020. Disponível em: <https://www.logica.eco.br/noticia/recuperacao-ambiental-o-que-e-e-como-funciona>. Acesso em: 10 jan. 2023.

SOUZA, Joice Silva de. Recuperação ambiental. **Biologia/Ecologia**, InfoEscola, 2016. Disponível em: <https://www.infoescola.com/ecologia/recuperacao-ambiental/>. Acesso em: 15 dez. 2022.

TOCANTINS. **Lei nº 1.939, de 24 de junho de 2008**. Dispõe sobre os casos excepcionais de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente - APP, e adota outras providências. Disponível em: <https://central.to.gov.br/download/224755>. Acesso em: 15 nov. 2021.

VADE MECUM JUSPODIVM – 12. Ed. ver., atual. E ampl. – São Paulo: JusPodivm, 2022. 2.656 p.

VALENTE, Osvaldo F; GOMES, Marcos A. **Conservação de nascentes**: hidrologia e manejo de bacias hidrográficas de cabeceira. Viçosa, MG, 2005.

WIKIPÉDI, a enciclopédia livre. *In*: **Aliança do Tocantins**. Online. [S. /], 10 jan. 2023. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Alian%C3%A7a\\_do\\_Tocantins](https://pt.wikipedia.org/wiki/Alian%C3%A7a_do_Tocantins). Acesso em: 25 jan. 2023.



## ANEXOS



**FIGURA 2 – VISTA AÉREA DA REPRESA CONSTRUÍDA JUNTO A NASCENTE DO RIBEIRÃO SÃO JOSEZINHO. FONTE: IMAGEM DOS AUTORES (2021).**

**FIGURA 3 - VISTA AÉREA DA REPRESA CONSTRUÍDA JUNTO A NASCENTE DO RIBEIRÃO SÃO JOSEZINHO, ADENTRANDO A CIDADE VIA BR 153 SENTIDO NORTE-SUL. FONTE: IMAGEM DOS AUTORES (2021).**





**FIGURA 4 - VISTA AÉREA DA REPRESA CONSTRUÍDA JUNTO A NASCENTE DO RIBEIRÃO SÃO JOSEZINHO, COM VISTAS À SERRA DE PORTO NACIONAL. FONTE: IMAGEM DOS AUTORES (2021).**



## DESAFIOS NA PRODUÇÃO DE SOJA SEGUINDO AS NORMATIVAS AMBIENTAIS NO PARQUE ESTADUAL DO CANTÃO

**WERYCKSSON DUARTE DA SILVA:**  
Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).<sup>33</sup>

**DANILO BEZERRA DE CASTRO**<sup>34</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Tem-se observado um crescimento da produção de soja no Parque Estadual de Cantão, que possui uma grande riqueza ecológica, frente a isso, realizou-se um estudo objetivando verificar se a Lei nº 9.985/2000 é constitucional no que tange à produção de soja no Parque estadual do Cantão. A pesquisa justifica-se pelo envolvimento do direito fundamental com eminente violação, no caso, o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado em áreas de preservação ambiental, visto que há uma flexibilização do Estado do Tocantins no que se refere a proteção de áreas de preservação ambiental como o PEC. Trata-se de um estudo de natureza descritiva, exploratória e bibliográfica, realizado a partir de uma investigação e análise de pesquisas documentais, baseadas na legislação e jurisprudência pátria, bem como, abordagem doutrinária. Os dados da pesquisa descrevem uma produção significativa de soja nos municípios que compreendem o PEC, assim como contradições frente à legislação estadual e a constitucional e federal. Por fim, verifica-se uma necessidade urgente e extrema de maior fiscalização por parte dos órgãos competentes no que tange à produção de soja nas áreas do PEC, assim como leis mais incisivas e menos flexíveis.

**Palavras-chave:** Unidade de Conservação; Soja; Parque Estadual do Cantão; Constituição Federal.

**ABSTRACT:** There has been an increase in soy production in the Cantão State Park, which has great ecological wealth. in Guangzhou State Park. The research is justified by the involvement of the fundamental right with imminent violation, in this case, the healthy and ecologically balanced environment in areas of environmental preservation, since there is a flexibility of the State of Tocantins with regard to the protection of areas of environmental preservation like the PEC. This is a descriptive, exploratory and bibliographical study, carried

<sup>33</sup> E-mail: [weryckssonduarte.silva@gmail.com](mailto:weryckssonduarte.silva@gmail.com)

<sup>34</sup> Mestre em Direito. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: [daniло.castro@unest.edu.br](mailto:daniло.castro@unest.edu.br)

out from an investigation and analysis of documentary research, based on national legislation and jurisprudence, as well as a doctrinal approach. The survey data describe a significant production of soy in the municipalities that comprise the PEC, as well as contradictions with state and constitutional and federal legislation. Finally, there is an urgent and extreme need for greater inspection by the competent bodies regarding the production of soy in the areas of the PEC, as well as more incisive and less flexible laws.

**Keyword:** Conservation Unit; Soy; Guangzhou State Park; Federal Constitution.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seus incisos I, II, III e IV do artigo 225, regulamenta a proteção e preservação ao meio ambiente, estabelecendo que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo (BRASIL, 1988).

Visando o cumprimento das determinações da Constituição Federal no que se refere à proteção ambiental, assim como busca regulamentar o artigo e incisos supracitados, criou-se a Lei Federal nº 9.985, de 18 de Julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (BRASIL, 2000).

A partir dessa perspectiva, observa-se ao longo do Brasil diversas Unidades de Conservação da Natureza. No estado do Tocantins, atualmente há trinta e três Unidades de Conservação, abrangendo uma área total protegida de 41.876,29 km<sup>2</sup>, o que corresponde a 15,08% de toda a área do Estado, representando uma grande importância ecológica para todo o país (MOREIRA, 2017).

Dentre as Unidades de Conservação da Natureza do Tocantins, têm-se o Parque Estadual do Cantão - PEC, que faz divisa com a maior ilha fluvial do mundo, a Ilha do Bananal, de importância ecológica reconhecida internacionalmente. O PEC atualmente possui uma área de 90.017,89 ha, e compreende uma transição entre os biomas Cerrado, Pantanal e Floresta Amazônica, abrangendo a fauna dos três (SEPLAN, 2005).

Na atualidade, a área de proteção ambiental do Cantão é uma das maiores e mais importantes unidades de conservação do Estado do Tocantins e, ao mesmo tempo, integra a segunda maior região de plantação de soja do Estado, criando uma relação de interesses econômicos, sociais e ambientais, bastante conflitante. Tal cultivo impulsionou impactos no clima e os baixos preços das terras, o que conseqüentemente promoveu um aumento significativo no desmatamento da região. Neste período também houve a flexibilização da legislação ambiental no Estado do Tocantins, permitindo a ocupação de áreas de até então protegidas, ou seja, o não cumprimento da legislação ambiental por parte dos produtores locais (MOREIRA, 2017).

O Brasil é o maior produtor de soja no cenário mundial, com a produção de 129,5 milhões de toneladas na safra 2021/2022, e há uma estimativa de crescimento de 18,1% da produção de soja para a safra 2022/2023, alcançando 153 milhões de toneladas (USDA, 2023).

Embora a soja se apresente-se como uma *commoditie* e tenha uma relevância significativa para o cenário econômico a nível mundial, surge uma preocupação no que se refere à atividade dentro de uma área de preservação ambiental como o Parque Estadual do Cantão (MOREIRA, 2017).

Nessa perspectiva, realizou-se um estudo embasado no seguinte questionamento: A Lei Federal nº 9.885/2000 e a Lei do Estado do Tocantins nº 2.713/2013 violariam a constituição ao trazerem impedimentos jurídicos à produção de Soja na Região do Parque Estadual do Cantão?

Assim, o presente estudo justifica-se pelo envolvimento do direito fundamental com eminente violação, no caso, o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado em áreas de preservação ambiental, diante da existência de Lei nº 2.713/2013, e a flexibilização do Estado do Tocantins, no que se refere a proteção de áreas de preservação ambiental como o Parque Estadual do Cantão. A verificação do desencontro dessas tratativas com as normativas constitucionais de proteção às áreas de preservação ambiental é fundamental para que busque o cumprimento da legislação e haja uma preservação do meio ambiente.

O objetivo geral da pesquisa é verificar se a Lei nº 9.985/2000 é constitucional no que tange à produção de soja no Parque estadual do Cantão. Além disso, há os seguintes objetivos específicos: i. estudar as normativas ambientais aplicáveis à produção de soja, como as autorizações e liberações aceitáveis para preservação do meio ambiente; ii. verificar a competência Constitucional para legislar de matéria ambiental; iii. verificar se a Lei Estadual nº 2.713/2013 do Tocantins está de acordo com os pressupostos constitucionais direcionados a proteção do meio ambiente; iv. investigar a necessidade de produção de soja no Cantão, diante do risco de crise alimentar no Brasil.

Trata-se de um estudo de natureza descritiva, exploratória e bibliográfica, realizado a partir de uma investigação e análise de pesquisas documentais, baseadas na legislação e jurisprudência pátria, bem como abordagem doutrinária, em livros, artigos científicos, revistas jurídicas, sítios da internet, dentre outros meios de pesquisa confiáveis.

Para a realização da pesquisa bibliográfica, realizou-se pesquisas utilizando a base de dados Google Acadêmico, por incluir publicações de diversas revistas, além de ter buscado por publicações oficiais do Governo do Tocantins e Governo Federal. Para isso, utilizou-se os termos "Parque Estadual do Cantão", "unidades de conservação", "Lei do

SNUC”, “soja” e “Tocantins”, de modo a identificar quanto à produção de soja no Parque Estadual do Cantão e os aspectos jurídicos referentes. A partir disso, a construção do embasamento teórico se deu de forma narrativa.

A pesquisa está estruturada em 3 tópicos correlacionados. O primeiro refere-se ao Parque Estadual do Cantão, apresentando suas características, bem como a regulamentação jurídica. O segundo apresenta quanto à Lei Federal e Lei Estadual, enfatizando no que tange aos aspectos históricos, jurídicos e constitucionais. O terceiro apresenta os desafios e impedimentos jurídicos à produção de soja no Parque estadual do Cantão.

## **2 PARQUE ESTADUAL DO CANTÃO**

### **2.1 DIMENSÃO E CARACTERÍSTICAS GEOGRÁFICAS**

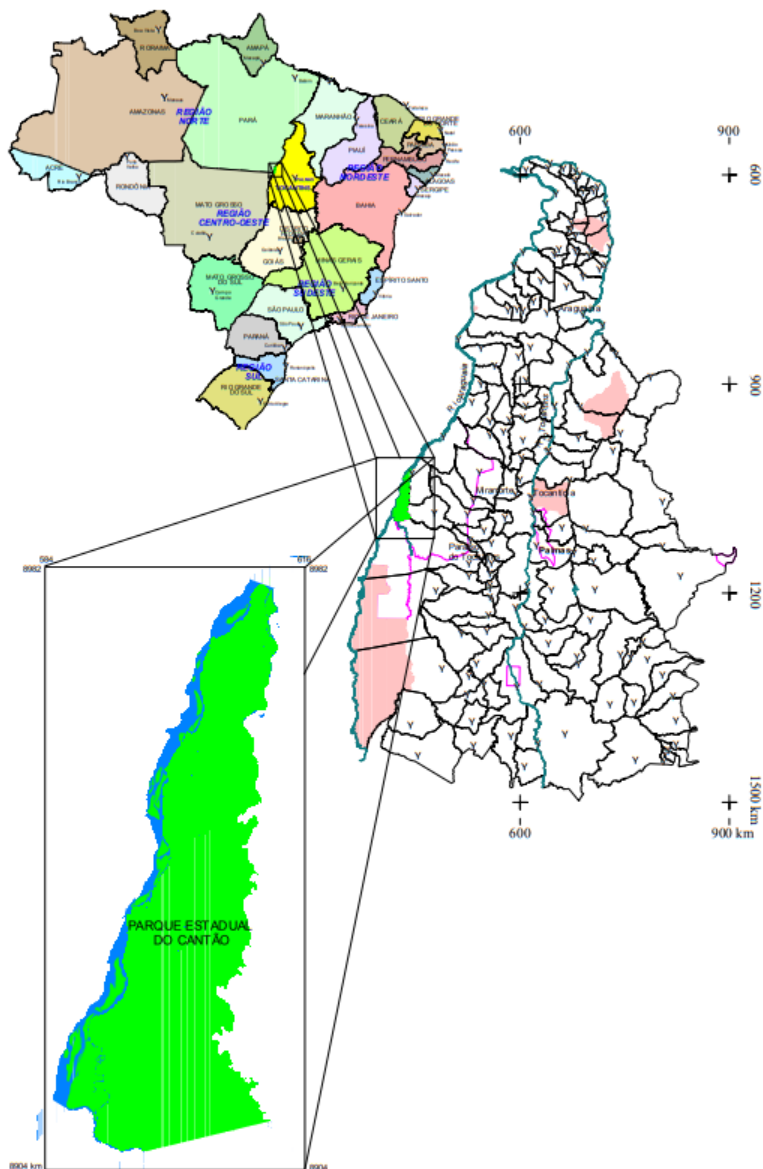
O Parque Estadual do Cantão (PEC) é localizado na região centro-oeste do Estado do Tocantins, fazendo limite com o Estado do Pará. Situa-se ao norte da Ilha do Bananal, a maior ilha fluvial do mundo, além de também fazer limite com o Parque Nacional do Araguaia, formando, juntos, mais de 7000.000 has de um conjunto de unidades de conservação no estado. Sua área é situada entre os rios Araguaia, Coco e Javaés, abrangendo, ainda, uma continuação da planície aluvial da Ilha do Bananal (SEPLAN, 2001).

Trata-se de um recanto de beleza e diversidade da vida silvestre, sendo a primeira Unidade de Conservação de Proteção Integral do Tocantins. Foi criado inicialmente, no ano de 1998, com uma área de 88.928,88 ha, e posteriormente, no ano de 2002, sua área foi aumentada para 90.017,89 ha (SEPLAN, 2005).

O Parque Estadual do Cantão é o primeiro parque instituído no Estado do Tocantins, fazendo parte da Amazônia brasileira, sendo considerado uma das mais importantes áreas protegidas desse bioma, muito além daquilo que seria esperado para um parque desse tamanho. Sua significância é baseada em quatro principais pontos fundamentalmente: sua riqueza biológica, devido à diversidade de altas populações de diversas espécies; sua função fundamental como recurso crítico para reprodução e alimentação de peixes do médio Araguaia; seu bom estado de preservação; e sua facilidade de acesso, a partir de Palmas, com possibilidade de voos, além de acessos por rodovia e por via fluvial, facilitando o desenvolvimento do turismo e recreação (SEPLAN, 2001).

Sua localização geográfica é apresentada na Figura 1.

**FIGURA 1 - LOCALIZAÇÃO GEOGRÁFICA DO PARQUE ESTADUAL DO CANTÃO.**



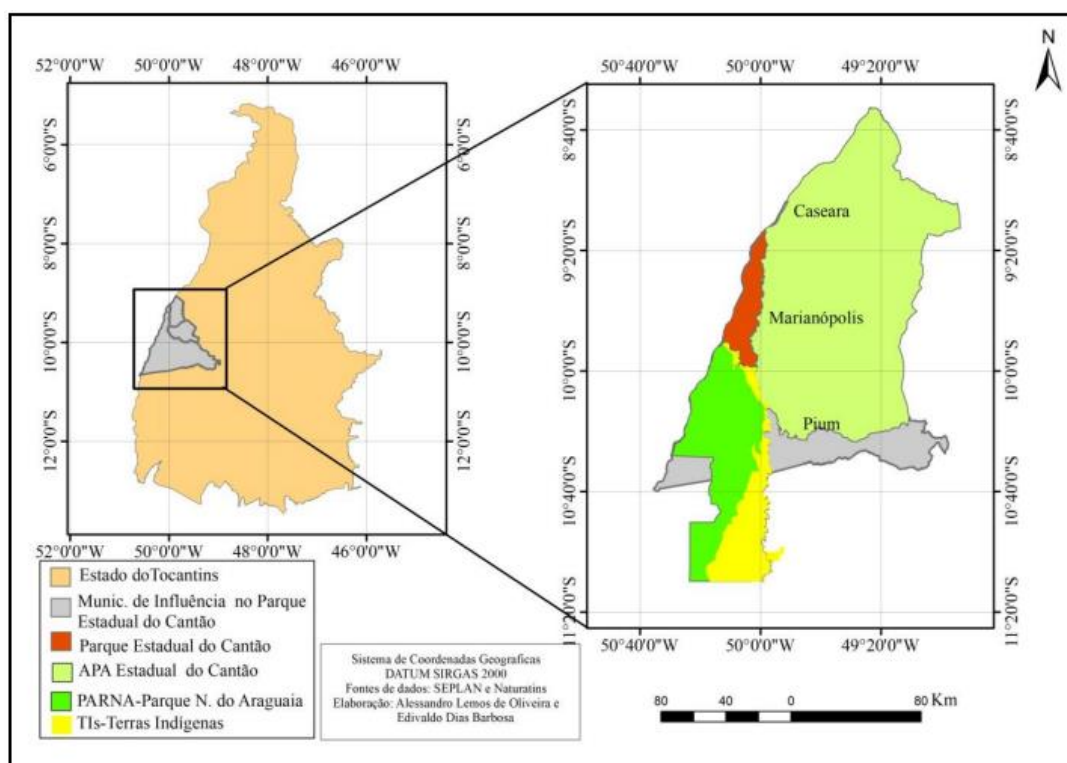
Fonte: SEPLAN (2001).

Conforme o Instituto Natureza do Tocantins – NATURATINS (2016), na atualidade as terras que confrontam o Parque Estadual do Cantão dentro do Estado do Tocantins, referem-se os municípios de Caseara, Marianópolis e Pium, além da parte norte da tão importante Ilha do Bananal, sendo Caseara o portal de entrada do PEC, com acesso direto à capital do Tocantins, Palmas, há cerca de 260km de distância. Já no Pará, as terras vizinhas do parque são situadas sobre a margem ocidental do Rio Araguaia, sendo o povoado de Barreira de Campos e o distrito de Santana do Araguaia (NATURATINS, 2016).



Toda extensão do Parque Estadual do Cantão é abrangida pelo município de Pium, porém sua sede administrativa é localizada no município de Caseara. Além dessas duas cidades, o PEC também inclui o município de Marianópolis (SEPLAN, 2005). Essa área é visualizada na Figura 2.

**FIGURA 2 - ÁREA DE ABRANGÊNCIA DO PEC.**



Fonte: Oliveira (2021).

O Parque Estadual do Cantão abriga 325 espécies de aves, 299 espécies de peixes, da maior população do boto do Araguaia, o *Inis Araguaiensis*, descoberto recentemente, além de abrigar a maior população de onças-pintadas, ariranhas, harpias, jacaré-açu do estado do Tocantins. Essa riqueza biológica se dá em virtude das características geográficas do PEC, uma vez que o mesmo é formado por um delta pelo rio Araguaia, Côco e Javaés, apresentando, ainda, mais de 800 lagos, e é um ecótono entre o a Floresta Amazônica e o bioma Cerrado, com cerca de 83 km de comprimento e 12 km de largura (NATURATINS, 2016).

Os arredores do parque são constituídos, principalmente, por cerrado. Há uma predominância de savana aberta e florestas de galeria. No entanto, nos últimos anos o uso



intensivo do solo, especialmente em virtude da agricultura e pecuária, tem mudado a vegetação do PEC (FERREIRA *et al.*, 2011).

## 2.2 REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA

O Parque Estadual do Cantão refere-se a uma área de conservação ambiental localizada na região oeste do Estado do Tocantins, além de também se localizar ao norte da planície aluvial da maior ilha fluvial do planeta, a Ilha do Bananal. A unidade foi criada através da Lei nº996, de 14 de julho de 1998, com os seguintes objetivos: “proteger a fauna, a flora e os recursos naturais com potencial turístico contidos no seu interior, de forma que garantam o seu aproveitamento racional sustentável de forma compatível com a conservação dos ecossistemas locais” (NATURATINS, 2016, p. 32).

O PEC além de ser recanto de beleza e diversidade, também é considerado uma das áreas protegidas mais importantes da Amazônia Legal. Foi a primeira Unidade de Conservação de Proteção Integral criada no Tocantins, onde através da por meio da Lei nº 996, de 14 de julho de 1998, foi definido uma área de 88.928,88 há. No entanto, posteriormente sua regulamentação foi alterada por meio da Lei nº 1.319, de 04 de abril de 2002, aumentando a área do Parque Estadual do Cantão para 90.017,89 ha (SEPLAN, 2005).

O Plano de Manejo do PEC foi elaborado entre os anos de 1999 e 2000, e foi aprovado em 25 de agosto de 2005, através da Portaria Naturatins nº 146/2005 (SEPLAN, 2005). À época, a elaboração do Plano de Manejo passava por dificuldades. A comunidade local que não possuía informação técnica referente ao processo e sempre participando ativamente de discussões, tinham receios fundamentos, especialmente no que se refere à perda de suas terras (GONÇALVES, 2002).

No ano de 2004, o Parque Estadual do Cantão como a única Unidade de Conservação do Tocantins no Bioma Amazônico, passou a fazer parte do Programa de Áreas Protegidas da Amazônia (ARPA), isso permitiu e assegurou os recursos financeiros fundamentais para o apoio à implantação, gestão e consolidação da área (NATURATINS, 2016).

Frente a toda a sua importância, o PEC é a única Unidade de Conservação do Estado do Tocantins que compõe a relação de unidades apoiadas pela ARPA, assim está submetido a procedimentos para uma avaliação do programa a partir de uma aplicação periódica da Ferramenta de Avaliação de Unidades de Conservação (GONÇALVES, 2013, p.41).

## 2.3 AS VEDAÇÕES LEGAIS À PRODUÇÃO E LIMITAÇÃO DO USO DA PROPRIEDADE

Desde a criação do parque, há diversas atividades conflitantes que acabam por ameaçar a unidade, entre elas: caça e pesca predatória, coleta de ovos dos animais, desmatamento, fogo, recreação de praia desordenada, além de uma agricultura intensiva de irrigação na bacia à montante (NATURATINS, 2016).

No que se refere à agricultura, o Plano de Manejo do PEC aponta para um risco potencial, conforme afirma SEPLAN (2001, p. 174):

Os projetos de agricultura intensiva de irrigação nas bacias dos rios Formoso e Javaés têm um risco alto de poluir com agrotóxicos e fertilizantes as águas que banham o PEC. Esses projetos têm a responsabilidade de monitorar o uso desses produtos e a qualidade das águas que sai dos projetos, mitigar os danos futuros que pode causar e compensar para os danos já causados. É do interesse do PEC e dos projetos de irrigação que exista um acordo entre as partes para colaboração estreita nas atividades de monitoramento, mitigação e compensação. De outra maneira o potencial para entrar em conflitos sérios com projeções nacionais e internacionais, e para perdas em ambos os lados, é muito alto. Portanto, é imprescindível a negociação de convênios de cooperação para especificar as relações e responsabilidades das partes (SEPLAN, 2001, p. 174).

Dentro da área de influência direta do Parque Estadual do Cantão, compreendida pelos municípios de Caseara, Pium e Marianópolis, a maior atividade econômica é a pecuária, especialmente voltada à criação de bovinos e aves, seguido pelo comércio, a agricultura e as pescas de subsistência e comercial. As terras da área de influência são ocupadas em sua maioria por fazendas de tamanho médio e grande, havendo um alto potencial para uma agricultura intensificada (SEPLAN, 2001).

Nessa perspectiva, a Revisão do Plano de Manejo do PEC apresenta normas gerais que incluem determinações voltadas à limitação do uso da propriedade, conforme apresentado por Naturatins (2016, p. 36-37), essas normas são:

1. Deve-se proceder com a recuperação das áreas degradadas.
2. Deve-se buscar a retirada de espécies de flora e fauna exóticas e evitar a introdução de espécies alóctones.
3. São proibidos o corte e a extração de vegetação e a caça / pesca de fauna e seus produtos, exceto em caso devidamente justificado e autorizado pela administração do PEC.

4. A presença de animais domésticos de estimação (como cães, gatos e aves) dentro dos limites do PEC não será permitida sob qualquer alegação, salvo aqueles já existentes e cadastrados, exclusivamente nas propriedades em fase de regularização fundiária, desde que sejam mantidos sob controle.
5. A presença de animais domésticos de criação (como gado bovino, suínos, equinos, galináceos, animais de serviço e similares) dentro dos limites do PEC não será permitida sob qualquer alegação, salvo aqueles estabelecidos em Termos de Compromisso, em caráter temporário.
6. Só será permitida a entrada de animais domésticos com visitantes no caso de cão guia para portadores de necessidades especiais.
7. É proibido alimentar ou fazer contato físico com os animais silvestres no interior do PEC, salvo pesquisadores devidamente autorizados.
8. As questões relacionadas ao fogo dentro do PEC serão abordadas de acordo com os conceitos de Manejo Integrado do Fogo e as especificidades de cada uma das zonas.
9. É permitido o uso de motores de popa (do tipo dois tempos) no Parque somente no Furo da Barreirinha, no Furo do Cicica, no Furo do Javaezinho e nos rios do Coco, Araguaia e Javaés, ou para usos oficiais com a autorização prévia concedida pelo do Gestor do Parque. Nos demais locais, em até três anos após a aprovação deste Plano de Manejo, será permitida apenas a utilização de motores elétricos ou quatro tempos, de acordo com as normas específicas estabelecidas pelo Parque para cada área.
10. Deverá ser estabelecido um Termo de Compromisso ou de ajustamento de conduta, conforme o caso, com as populações residentes no Parque ou torrãozeiros, o qual definirá as normas específicas de uso temporário, até a conclusão do processo de Regularização Fundiária.
11. Qualquer nova infraestrutura a ser instalada no PEC limitar-se-á àquelas necessárias para o seu adequado manejo, para a

interpretação ambiental e de apoio à visitação, recreação, pesquisa e proteção.

12. Todo lixo será coletado para a Zona de Uso Especial e deverá ser retirado do PEC e dada a destinação correta.

13. As novas instalações projetadas devem utilizar materiais que estejam em harmonia com a paisagem e que causem impacto mínimo sobre o meio ambiente, com a utilização de tecnologias apropriadas especialmente no uso de energia solar, na disposição e tratamento adequado de efluentes sanitários e nas técnicas naturais para refrescar o ar.

14. Os horários de funcionamento do PEC e das atividades propostas neste documento deverão ser divulgados em veículos de comunicação apropriados. Estes horários serão estabelecidos no Regimento Interno do PEC e adequados pela gestão do Parque conforme a necessidade e disponibilidade de recursos humanos.

15. Fica estabelecido o limite de velocidade máxima em 50 km/h nas estradas principais de acesso, do interior do PEC.

16. O pouso, o sobrevoos e a decolagem no interior da UC só serão permitidos nas atividades de proteção, pesquisa e monitoramento do Parque, ou em casos devidamente autorizados pela administração do PEC, como em casos de filmagens comerciais, jornalísticas, cinematográficas ou similares.

17. É proibida a posse e o emprego de armas de fogo, exceto para servidores públicos na função do manejo e proteção da Unidade.

18. Somente será permitida a utilização de propaganda comercial no interior do PEC, com autorização prévia do Órgão Gestor do Parque.

19. Estas normas deverão constar no Regimento Interno do PEC e ser amplamente divulgadas, e de conhecimento de todos os funcionários, residentes, visitantes, pesquisadores e gestores do PEC (NATURATINS, 2016, p. 36-37).

Quando o Parque Estadual do Cantão foi criado, no ano de 1998, ainda não haviam sido estabelecidas as Leis nº 9.985/2000 e nº 1.560/2005, que instituem os Sistemas Nacional e Estadual de Unidades de Conservação da Natureza, porém já havia uma previsão da ordem dos atos a serem exercidos para a criação do PEC que iriam culminar na criação do Parque Estadual do Cantão, e estes deveriam constar em um processo

administrativo, em contrapartida não há nenhum processo deste referente à sua criação (SILVA, 2017).

### **3 DA LEI FEDERAL E DA LEI ESTADUAL**

#### **3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS**

No século XIX, com a mudança do padrão de vida para um mais consumista e um aumento na pressão quanto aos recursos naturais, mediante a Revolução Industrial, houve o surgimento de preocupações referentes à conservação do meio ambiente a partir da criação de áreas protegidas (SCHENINI; COSTA; CASARIN, 2004).

Os primeiros dispositivos visando à proteção de recursos e/ou áreas naturais surgiram nos Estados Unidos, no ano de 1872, a partir da criação do Parque Nacional de Yellowstone. Após seis anos, o Brasil também voltou-se às preocupações ambientais, onde no ano de 1878 houve a proposta para a criação de um parque no Rio de Janeiro, na região do maciço do Itatiaia, porém a iniciativa não obteve sucesso àquele momento, surgindo, nesse local e nesse mesmo ano, a Estação Biológica de Itatiaia, visando à pesquisa e proteção da vegetação da Mata Atlântica, que encontrava-se devastada (AGUIAR, 2018).

A partir da experiência americana, as discussões acerca da preservação ambiental ganharam força em todo o mundo e o estabelecimento do Parque Nacional de Yellowstone, tornou-se, então, um marco inicial no que tange à legislação ambiental voltada às unidades de conservação. De forma progressiva, diversos países criaram seus parques nacionais, inspirados no modelo estadunidense, entre eles o Canadá, no ano de 1885; a Nova Zelândia, no ano de 1894; a Austrália, África do Sul, e México, em 1898; e a Argentina, no ano de 1903 (ARAÚJO, 2012).

Ao longo de todo o mundo, as primeiras áreas de conservação ambiental foram criadas devido às belezas destas, sem levar em consideração os critérios científicos e técnicos, sem finalidades ambientais específicas, levando a uma ineficiência tanto de criação, quanto de gestão (PÁDUA, 1978).

Inicialmente, havia uma concepção de que a conservação ambiental era voltada ao “consumo das experiências nas áreas naturais e das paisagens. Com o aumento das áreas protegidas, surgiu a necessidade do embasamento científico para a criação destes dispositivos (WEST; IGOE; BROCKINGTON, 2006).

No Brasil, no ano de 1878 houve a criação da Estação Biológica de Itatiaia. Já no ano de 1913, o botânico Alberto Loefgren, solicitou ao Ministério da Agricultura a criação do Parque Nacional no maciço do Itatiaia, e embora esta ideia tenha tido o apoio de

diversos profissionais ambientais, nesse momento ainda não houve a criação do parque (AGUIAR, 2018).

Na Era Vargas (1930-1945), o Brasil obteve êxito quanto à criação de unidades de conservação. Na década de 1930, houve a promulgação de alguns códigos brasileiros visando a regulamentação do uso dos recursos naturais, incluindo as águas, as minas, as florestas, e até mesmo a área de caça e pesca, além da regulamentação da utilização desses recursos para fins científicos. Em 23 de Janeiro de 1934 foi promulgado o Decreto 23.793, que aprova o código florestal vigente e classifica as florestas entre remanescentes, protetoras, modelo e de rendimento, além disso, este também estabeleceu o direito de propriedade, sobretudo das florestas, ao interesse social (AGUIAR, 2018).

Após anos de debates e mobilizações, esses fatores contribuíram para que em 1937, a Estação Biológica de Itatiaia fosse decretada como o Parque Nacional de Itatiaia, sendo este o primeiro Parque Nacional brasileiro voltado à conservação de áreas ambientais (MEDEIROS, 2003).

O Parque Nacional de Itatiaia, foi fundado a partir do Decreto Federal nº 1713, em 14 de junho do ano de 1937. Localiza-se na divisa entre os estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais, mais precisamente na Serra da Mantiqueira, onde há uma riqueza biológica, com uma fauna e flora diversificada em virtude do clima variado e da altitude (CARVALHO, 2008).

Aguiar (2018) aponta que a partir de 1964, com o militarismo à frente do governo do Brasil, houve uma preocupação acerca do desenvolvimento do país, levando à uma atuação intensa do governo para isso, sobretudo na Amazônia, devido aos grandes vazios demográficos. Isso levou à necessidade da criação de políticas florestais e demais unidades de conservação no país, conforme apresentado no Quadro 1.

#### **QUADRO 1 - CONTRIBUIÇÕES AMBIENTAIS NO PERÍODO MILITAR (1964 A 1985).**

Acontecimento	Data	Contribuição
Aprovação do Novo Código Florestal	1965	Contemplava uma nova proposta para a normatização adequada da proteção do patrimônio florestal brasileiro. Previu a criação de parques nacionais, reservas biológicas e florestas nacionais.
Criação do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal	1967	Promoveu suporte aos projetos de reflorestamento da iniciativa privada, além de formular e executar as políticas das



		unidades de conservação e os recursos federais.
Criação do Programa de Integração Nacional – PIN	1970	Voltou-se à inserção das regiões Norte e Nordeste na economia nacional.
Criação de diversos Parques Nacionais: da Serra da Bocaina (RJ), da Serra da Canastra (MG). Além das Reservas Nacionais de Poço de Antas (RJ) e Cará-Cará (MT).	Década de 1970	Criação de áreas para a proteção ambiental.
Criação da Floresta Nacional do Tapajós e do Parque Nacional da Amazônia.	1974	Criação das duas primeiras unidades de conservação federais na região.
Proposta da criação do Plano do Sistema de Unidades de Conservação do Brasil – etapas I e II.	1979 e 1982	Objetivou a identificação das lacunas e áreas protegidas de maior importância do sistema de parques.
Criação da Flona do Jamari (RO).	1984	Floresta Nacional Criada na Amazônia, como medida mitigadora dos impactos ambientais provenientes da obra da rodovia BR-364.

Fonte: Adaptado de Aguiar (2018).

Com o reestabelecimento da democracia no Brasil no ano de 1985 e com o fim do militarismo surgiu o movimento constituinte que deu continuidade ao debate ambiental. No ano de 1988, a partir da Constituição Federal houve a consagração da questão ambiental (AGUIAR, 2018).

Com a Constituição Federal, a partir da década de 1930, a temática voltada às unidades de conservação no país obteve um grande fortalecimento. Assim, no ano de 1991 houve a criação e a execução do Programa Nacional do Meio Ambiente – PNMA I, com investimentos significativos para a proteção dos ecossistemas e as unidades de conservação ambiental (ARAÚJO, 2012).

Após um longo processo histórico da temática de unidades de conservação, o ano de 2000 apresentou um marco histórico ambiental brasileiro, a partir da promulgação da Lei Federal nº 9.985, de 18 de Julho de 2000, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC. Conhecida como a Lei do SNUC, esta lei definiu uma Unidade de Conservação e estabeleceu critérios e normas para a criação, implantação e a gestão desta (SCHENINI; COSTA; CASARIN, 2004).

No que se refere ao Parque Estadual do Cantão, o seu processo de criação inicialmente foi influenciado pela criação da Área de Proteção Ambiental “Ilha do Bananal/Cantão”, no ano de 1997, pela Lei Estadual nº 907, de 20 de maio de 1997, que incluía uma área que atualmente é a área do PEC (OLIVEIRA, 2021).

A decisão para a criação do PEC partiu do governo do estado e não houve consultas públicas ou quaisquer outras oitivas à comunidade da área, ou seja, as pessoas residentes no território foram surpreendidas com a criação do PEC (SILVA, 2017).

Embora à época de sua criação ainda não havia sido criado a Lei do SNUC, o mesmo foi criado diante de toda a sua importância ecológica à sociedade, através da Lei nº996, de 14 de julho de 1998 (NATURATINS, 2016, p. 32).

### 3.2 ASPECTOS JURÍDICOS

Ao longo da história, progressivamente a legislação brasileira evoluiu no tocante à conservação ambiental. Com a instituição da Lei Federal nº 9.985/2000, amparada no § 1º, III do art. 225 da Constituição Federal de 1988, houve um avanço significativo na proteção ambiental, buscando solucionar o conflito entre a expansão da exploração dos recursos naturais e a necessidade de garantir o equilíbrio ambiental (CARVALHO, 2008).

A Lei nº 9.985 foi instituída em 18 de julho de 2000, estabelecendo as normas e critérios para a criação e gestão das Unidades de Conservação, e posteriormente, em 22 de agosto de 2022, foi instituído o Decreto nº 4.340, regulamentando os artigos da Lei do SNUC (SCHENINI; COSTA; CASARIN, 2004).

O SNUC constitui-se de unidades de conservação dos âmbitos federais, estaduais e municipais, dividindo-se entre as de proteção integral, que permitem o uso indireto dos recursos naturais, sem envolver a coleta, consumo, dano ou destruição dos mesmos; e as de uso sustentável, permitindo a coleta e uso dos recursos naturais de forma sustentável (NOGUEIRA *et al.*, 2018).

Os parques nacionais caracterizam-se como unidades de conservação de proteção integral e são voltados à preservação dos ecossistemas naturais de grande beleza cênica e relevância ecológica, com a possibilidade de realizar pesquisas científicas, bem como de

desenvolver atividades de interpretação e educação ambiental, turismo ecológico e além de recreação em contato com o meio ambiente (BRASIL, 2000).

Consoante a Lei do SNUC (BRASIL, 2000), uma unidade de conservação pode ser definida como:

Espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção (BRASIL, 2000).

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza representa um conjunto de unidades de conservação federais, estaduais e municipais, com o objetivo de proteger e preservar a riqueza ambiental de determinadas áreas do Brasil por meio de conservação e sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção. O SNUC é gerido pelo Conama que tem por função implementar e acompanhar o sistema (BATTAGLIN, 2021).

A Lei nº 9.985/2000, determina em seu artigo 22 que as Unidades de Conservação devem ser criadas por ato do Poder Público, após a realização de consulta pública e estudos técnicos, visando a identificação da localização ideal, os limites e dimensões adequados (BRASIL, 2000).

A Lei do SNUC não exige que a criação das áreas protegidas seja feita por lei, no entanto isso não impede que a lei seja um instrumento cabível para tal, sobretudo a Lei Maior, a Constituição Federal de 1988 (CARVALHO, 2008).

No que se refere ao Parque Estadual do Cantão, sua criação ocorreu em período anterior à Lei do SNUC, através da Lei da Lei nº996, de 14 de julho de 1998, influenciado pela criação da Área de Proteção Ambiental "Ilha do Bananal/Cantão", pela Lei Estadual nº 907, de 20 de maio de 1997 (NATURATINS, 2016; OLIVEIRA, 2021).

### 3.3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

No âmbito jurídico brasileiro, ao longo dos anos foram elaboradas diversas Constituições Federais para organizar e reger o funcionamento do país. A Constituição de 1934 já apontava uma contribuição ambiental, determinando em seu Art. 10 que o governo era encarregado da proteção das belezas naturais e monumentos de valor histórico ou artístico (CARVALHO, 2008).

No entanto, dentre as Constituições Brasileiras, a primeira a tratar da questão ambiental de forma adequada foi a de 1988, vigente até a atualidade, impondo à coletividade e ao Poder Público, em seu artigo 225, caput, o dever de defender e preservar o meio ambiente (PRZYBYSZ; NAVROSKI; WAGNER, 2012).

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988, estabeleceu em seu Art. 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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

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 (BRASIL, 1988, CF. Art. 225).

Houve uma evolução das políticas ambientais no Brasil com o advento da Constituição de 1988. Além de determinar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos e um dever de defendê-lo e preservá-lo, também determina a competência dos estados e município para a formulação das suas próprias políticas ambientais (PRZYBYSZ; NAVROSKI; WAGNER, 2012).

A Constituição de 1988 ainda impulsionou a criação de uma legislação ambiental mais efetiva e protetora, efetivando e viabilizando a participação da sociedade no que tange à tutela do meio ambiente. Nessa perspectiva, contribuiu para a elaboração da Lei 9.985/2000, a Lei da SNUC (CARVALHO, 2008).

Em sua definição, a Lei nº 9.985/2000 aponta que a mesma “Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências” (BRASIL, 2000). Nessa perspectiva, identifica-se a importância constitucional para a elaboração dessa legislação fundamental quando se trata de proteção ambiental.

#### **4 OS DESAFIOS E IMPEDIMENTOS JURÍDICOS À PRODUÇÃO DE SOJA NO PARQUE ESTADUAL DO CANTÃO**

Originalmente, terras no entorno do Parque Estadual do Cantão, apresentavam uma cobertura vegetal majoritariamente do Bioma Cerrado, sobretudo a savana arbórea com matas de galeria. No entanto, o que se observa é que na atualidade essa vegetação original encontra-se demasiadamente descaracterizada, em decorrência do uso do solo, especialmente devido as atividades agropecuárias na região (NATURATINS, 2016).

A zona de influência direta do PEC, caracterizada pelos municípios tocantinenses de Caseara, Marianópolis e Pium, possui uma predominância da agropecuária, principalmente na região de Pium, onde esta é a atividade principal. Para esses três municípios da zona de influência direta, o setor agropecuário trata-se de uma fonte de renda e subsistência, e embora inclua culturas agrícolas de arroz e mandioca, além da criação de bovinos, nos últimos anos houve um aumento significativo e predominante da cultura da soja (SEPLAN, 2013).

Na zona de influência indireta, composta pelos municípios tocantinenses de Lagoa da Confusão, Formoso do Araguaia, Araguaçu, Cristalândia, Dueré e Sandolândia, o setor agropecuário também assume um papel de destaque, havendo atividades agrícolas mecanizadas praticadas nas microbacias dos rios que compõem o PEC, o Rio Javaés e Rio

Formoso. O ecossistema do PEC depende diretamente das cheias proporcionadas por esses rios, e as áreas que compreendem a zona de influência indireta podem representar uma preocupação em decorrência da agropecuária (NATURATINS, 2016).

Na região de Formoso do Araguaia, encontra-se o Projeto Formoso, caracterizado pela produção de culturas através de uma irrigação com canais provenientes do Rio Javaés e do Coco, podendo levar o escoamento de agrotóxicos para o PEC. Já ao oeste do Parque, sobretudo na região do distrito de Barreira dos Campos, há uma presença significativa de grandes fazendas destinadas à pecuária e à monocultura da soja (NATURATINS, 2016).

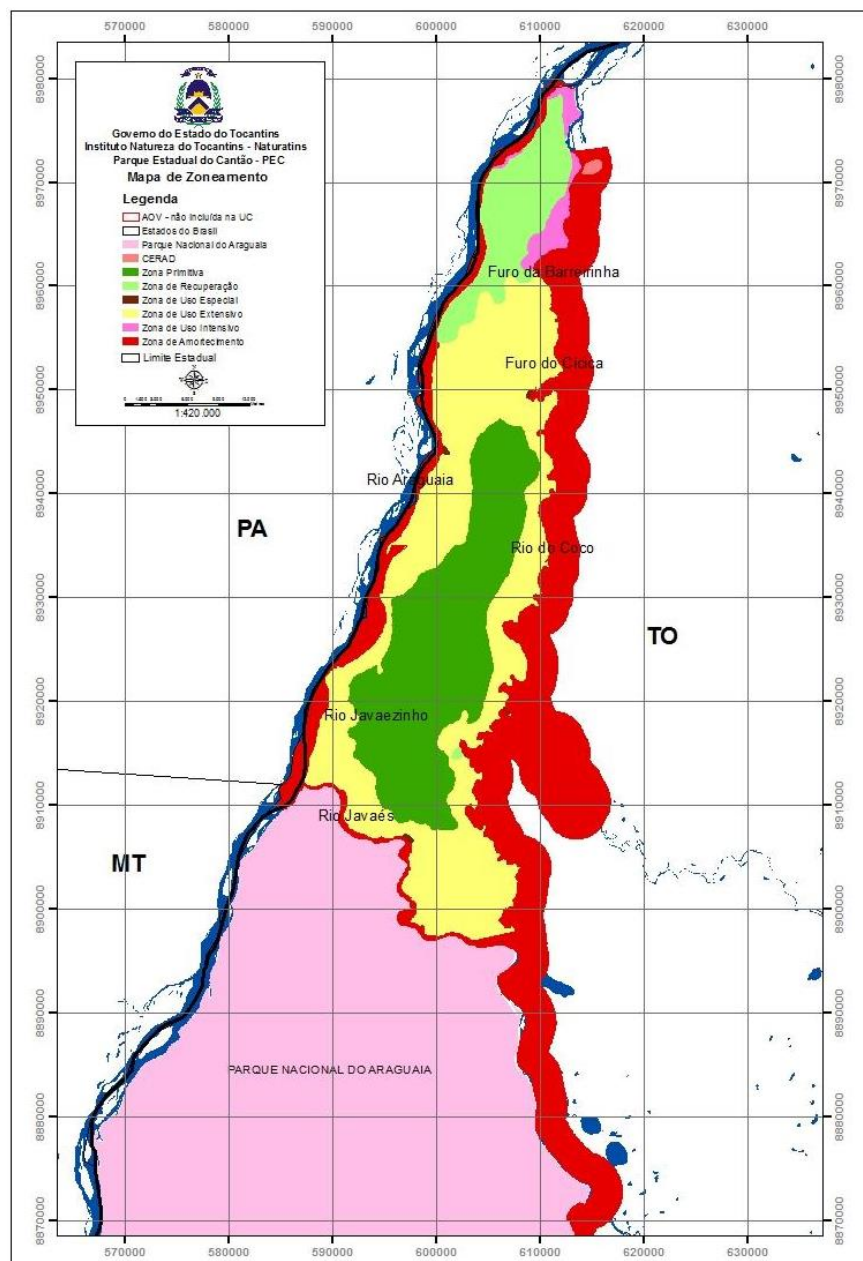
A produção de grãos, especialmente soja e milho, é intensa nos municípios que compreendem o PEC. No ano de 2020, o município de Casera produziu 133.300 toneladas de soja, sendo a segunda maior cultura produzida, atrás somente da produção de milho, o que contribui para que o município ocupe o segundo lugar no valor de produção de lavouras no estado; Marianópolis produziu 47.560 toneladas, a principal cultura do município, ocupando o décimo segundo lugar na produção de lavouras no Tocantins; e o município de Pium produziu 41.009 toneladas de soja, a segunda principal cultura do município, atrás somente da produção de arroz, levando o mesmo a ocupar a quinta posição na produção de lavouras do estado do Tocantins (TOCANTINS, 2021).

Na atualidade, a área de proteção ambiental do Cantão trata-se de uma das maiores unidades de conservação do Estado do Tocantins, porém também integra a segunda maior região de plantação de soja do Estado, criando uma relação conflitante de interesses econômicos, sociais e ambientais (MOREIRA, 2017).

Para as determinações de uso do PEC, há uma divisão do mesmo por zoneamento, conforme apontado na Figura 3:



**FIGURA 3 - ZONEAMENTO DO PARQUE ESTADUAL DO CANTÃO.**



Fonte: Naturatins (2016).

Conforme Naturatins (2016, p. 42), o atual Plano de Manejo do Parque Estadual do Cantão, elaborado em 2016, determina que em sua área de amortecimento, apontada em vermelho na Figura 3, uma área do entorno da Unidade de Conservação, algumas proibições referentes à ocupação de terra, dentre elas identifica-se quanto à utilização de agrotóxicos, produtos necessários à produção de soja, onde proíbe:

1. Uso de agrotóxicos em faixa de quinhentos metros (500 m) dos Rios do Côco, Javaés e Córregos que formam a divisa do PEC, medidos a partir do nível médio da cheia do mês de março (6,5 m de altura acima do nível mínimo de referência da água na estação seca) e, a duzentos metros (200 m) de outros cursos d'água;

[...] 8. Pulverização de agrotóxicos por via aérea (NATURATINS, 2016, p. 42).

Já na zona de recuperação, voltada à recuperação das áreas degradadas devido, principalmente, às roças e queimadas, o Plano de Manejo permite somente o plantio de espécies vegetais que já existiam anteriormente na área (NATURATINS, 2016).

No que tange ao risco de contaminação das águas do PEC, há uma problemática conflitante no âmbito jurídico, uma vez que as águas e terras de influência direta encontram-se sob distintas jurisdições, tanto estaduais, referentes ao Tocantins e ao Pará, quanto federais, referentes ao Parque Nacional do Araguaia e o Rio Araguaia, exigindo uma coordenação interinstitucional para que haja um manejo integral. Além disso, existe projetos de agricultura intensiva na APA Ilha do Bananal/Cantão, que corresponde tanto a área de influência direta, quanto indireta do PEC, representando uma problemática na conservação da bacia do Rio Javaés, e há uma falta de jurisdição da APA nessa bacia de maior importância do PEC, tornando-se um dos maiores problemas na temática de conservação frente à agricultura (SEPLAN, 2001).

Tanto em seu Plano de Manejo inicial, quanto no último Plano de Manejo, revisado em 2016, é identificado que a agricultura é uma atividade muito presente e permitida dentro das áreas de influência do PEC, no entanto com ressalvas, como no caso de agricultura orgânica, agricultura de subsistência dos povoados da região. Além de também estar presente nas áreas de entorno do parque, especialmente dentro dos municípios da área de influência direta e nas áreas de influência indireta. A soja, por exemplo, é uma cultura que avançou nos últimos anos dentro do PEC, sendo uma atividade citada como fonte de renda e subsistência (SEPLAN, 2001; NATURATINS, 2016).

Nesse aspecto, o último Plano de Manejo do PEC, por Naturatins (2016, p. 23) aponta para uma presença significativa de áreas de degradadas, onde:

Aproximadamente 7.000 ha (8% da superfície do PEC) encontram-se degradadas pela ação do homem. Essas áreas se dividem em três grandes grupos: o primeiro consiste de 3.140 ha de áreas desmatadas e queimadas ao norte do Furo da Barreirinha, próximo à Caseara; o segundo, no limite sudeste do Parque, abrange uma área de 3.600 ha de pastagens de uma fazenda; e o terceiro grupo, de mais ou menos

260 ha, ocorrem espalhados pelo Parque na forma de pequenas roças localizadas, sobretudo na margem dos rios navegáveis. Com o novo limite do PEC, aproximadamente 3.600 ha de área degradada / varjão foi suprimida da área total e incorporada uma área florestada de cerca de 9.108 ha. Com a exclusão desta área degradada dos limites do PEC (3.600 ha), a porcentagem passaria a ser de a área degradada seria de apenas 3,8%. No entanto, análises de imagens recentes indica cerca de 7,5% de áreas degradadas formadas por agropecuária e capoeira. [...] Nessas áreas degradadas foram registradas, durante a avaliação ecológica rápida, 80 espécies de aves, das quais todas foram registradas em outros ambientes. A maioria são espécies generalistas de ampla distribuição e pouca especificidade de habitat (NATURATINS, 2016, p. 23).

Tanto o Plano de Manejo atual, quanto o primeiro instituído, no ano de 2001, não apontam especificamente para às normas referentes à agricultura, apenas apontam que a atividade é existente na região, sobretudo à subsistência, uma vez que quando o PEC foi criado, já existiam grandes fazendas na região. O que se verifica é que é determinado é que em cada zoneamento há diferentes normas e proibições, no entanto em todas é definido a preservação da área, havendo determinações referentes à agricultura somente para a Zona de Amortecimento, enquanto as outras determina-se uma restrição maior (SEPLAN, 2001; NATURATINS, 2016).

Não há um estabelecimento específico voltado à agricultura. No entanto verifica-se que as áreas do PEC devem ser preservadas, respeitadas e até mesmo restauradas. Assim, não há uma determinação sobre o quanto de área pode ser utilizada para o plantio de culturas. No entanto, a Lei nº 2.651/2012 determina a obrigatoriedade de Reserva Legal em imóveis conforme o bioma, onde para o estado do Tocantins, situado na Amazônia Legal, com o Bioma Cerrado, deve ser preservado 35% da área com cobertura vegetal nativa, já nas áreas de floresta, essa Área de Reserva Legal (ARL) deve ser de 80% do total da área do imóvel (BRASIL, 2012).

No Estado do Tocantins, a Lei nº 2.713, de 09 de maio de 2013, institui o Programa de Adequação Ambiental e Propriedade e Atividade Rural, sendo este o instrumento voltado às normas diante da agricultura da cultura da soja. A Lei prevê como obrigatoriedade que as propriedades rurais realizem o Cadastro Ambiental Rural – CAR, o Termo de Compromisso – TC, e o Manual de Controle Ambiental de Atividade Agropecuária – MCA, identificando a vegetação nativa da propriedade, a área de reserva legal, o uso de defensivos agrícolas, os procedimentos para conservação e manejo do solo,

a disposição dos resíduos sólidos, a armazenamento e destinação de substâncias perigosas e o tratamento e destinação final de efluentes (TOCANTINS, 2013).

Apesar disso, a Lei nº 2.713/2013 flexibiliza as atividades agrossilvipastoris, incluindo as atividades de produção de soja no estado do Tocantins, a partir da dispensa da realização de licenciamento ambiental, embora também não exime o proprietário quanto às obrigações de uso dos recursos hídricos e outros (TOCANTINS, 2013).

A Constituição Federal de 1988, ao regulamentar a proteção e preservação ao meio ambiente, através dos incisos I, II, III e IV do artigo 225, resultado no chamado direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, correspondente a existência de um bem de uso comum do povo e essencial para o prolongamento da vida. O Poder Público e a sociedade possuem o dever de preservar o bem ambiental para as presentes e futuras gerações (MATTHES, 2020).

A Constituição Federal dispõe como competência do Poder Público o dever de definir quais espaços territoriais e seus componentes devem ser protegidos como área de preservação permanente, área de preservação legal e área de conservação da natureza (BATTAGLIN, 2021).

Nesse sentido, o legislador criou a Lei nº 9.985/2000 que regulamenta o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), dispondo sobre critérios para criação, implantação e gestão das unidades de conservação ambiental como é o caso do Parque Nacional do Cantão (BRASIL, 2000, não paginado).

As áreas de preservação dizem respeito, as que não apresentam ocupação humana, locais que devem permanecer isentos de qualquer interferência do ser humano. Por sua vez, a conservação ambiental requer a imposição de restrições ao desenvolvimento das atividades produtivas, com exploração do solo, construção de infraestrutura e o regime de propriedade, assim, entende-se que a conservação representa o uso de recursos naturais, sendo possível o manejo de maneira a conservá-lo (FOGAÇA; CUBAS; TAVEIRA, 2017).

As unidades de proteção integral, preservam a natureza de forma integral. O termo conservação é mais amplo que preservação, e está associado ao uso sustentável de parte de seus recursos naturais, assim entendido como a prática que envolve coleta e uso, comercial ou não dos recursos naturais (BATTAGLIN, 2021).

Ao refletir sobre a produção de soja no Parque Estadual do Cantão como uma área de proteção ambiental, surgem reflexões referentes ao direito de propriedade. Na atualidade, conforme previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de

1789, ainda sendo válido, o direito de propriedade perdeu o caráter de direito absoluto de usar, gozar e dispor sem limites e em qualquer circunstância (CARVALHO, 2008).

A Constituição Federal de 1988 embora garanta o direito de propriedade, admite que haja a intervenção do Poder Público na propriedade privada, onde este pode, inclusive, desapropriá-la para que atenda ao interesse público, sobretudo quanto às questões ambientais (CARVALHO, 2008).

As áreas de proteção ambiental, como é o caso do Parque Estadual do Cantão, conforme argumenta Leuzinger (2001), trata-se do exemplo mais característico de espaço ambiental criado visando garantir o cumprimento da função ambiental da propriedade.

Embora a Lei nº 9.985, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, e a Instrução Normativa IBAMA, de 24 de outubro de 2003, preveem a desapropriação de áreas e a indenização e realocação, também é incluso quanto o direito das populações tradicionais residentes, no que tange à participação destas na elaboração do Plano de Manejo da Unidade. Além disso, para a realização de atividades de significativo impacto ambiental negativo, a Lei do SNUC determina a obrigatoriedade de apoio e manutenção à Unidade de Conservação, devendo realizar estudos de impacto ambiental (CARVALHO, 2008).

Frente à produção de soja nas áreas do Parque Estadual do Cantão, verifica-se uma problemática demasiada na questão ambiental e legislativa. O cultivo levou ao aumento do desmatamento na região, e ao longo do tempo houve uma flexibilização no tocante à legislação ambiental no Estado do Tocantins, permitindo a ocupação de áreas de até então protegidas, ou seja, o não cumprimento da legislação ambiental por parte dos produtores locais (MOREIRA, 2017).

Fortalecendo esse argumento, a Lei nº 2.713/2013 dispensa o licenciamento ambiental de todas as atividades agrossilvipastoris de conservação:

O correto seria que o licenciamento ambiental para atividades potencialmente poluidoras fosse exigido em todo o Estado. Algumas das questões relacionadas ao atual modelo de cultivo de soja empregado no Parque Estadual do Cantão, ascendeu inúmeros outros questionamentos tais como a extensão do dano ambiental causado até o momento, oriundo desse modelo agrícola, incluindo possíveis contaminações dos recursos hídricos e da fauna, danos à saúde humana provocado pelo uso de agrotóxicos e quem, de fato, está sendo beneficiado com esse modelo de política agrícola adotado (MOREIRA, 2017, p. 179).



Com base no mencionado autor, é imprescindível que se estabeleça uma política ambiental que promova e preserve o meio ambiente no Estado do Tocantins, promovendo benefícios para toda sociedade tocantinense, e não atendendo apenas aos interesses de determinados grupos (MOREIRA, 2017).

Além disso, a ausência do Estado na preservação da maior unidade de conservação do Tocantins, é evidente para ambos os lados da balança. Por um lado, o produtor sente a falta de investimentos, capacitação de mão de obra e apoio a produção com baixo custo. Por outro lado, a carência com o que o Estado aborda a questão ambiental, é sentida, a desinformação sobre as áreas de proteção ambiental é latente (MOREIRA; COLLICCHIO; GAMBA, 2019).

Por outro viés, existe a premissa Constitucional do direito humano à alimentação, expresso no artigo 6º, *in verbis*:

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, 2022, não paginado).

Após a Emenda Constitucional nº 64/2010, incluiu-se o direito à alimentação no rol dos direitos sociais da Constituição Federal. Essa alteração no texto constitucional, modificou a competência para o abastecimento alimentar, distribuindo a competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, permitindo que esses entes legislem ou pratiquem atos relativos à organização do abastecimento de alimentos (LINHARES, 2020).

Entretanto, existem situações em que o abastecimento de alimentos afeta o meio ambiente, gerando reflexos nas concentrações populacionais e afetando movimentos migratórios de natureza econômica. Por outra vertente, as pessoas tem o direito a ter alimentos, ou seja, isso alcança também o direito a plantar seus alimentos (LINHARES, 2020).

No que se refere a plantação de soja, existe uma preocupação para que a atividade esteja baseada na sustentabilidade, que atue na conservação da biodiversidade, e no uso de produtos naturais. Além de que, a produção sustentável de soja está relacionada a ideia de produzir práticas que se preocupem com as necessidades potenciais futuras, utilizando técnicas que reduzam o uso de produtos químicos agressivos ao meio ambiente. Dessa forma, há um desafio em produzir soja, pois o produtor tem que estar atento as questões de sustentabilidade, advindas de normativas ambientais, ao sustento econômico e aos anseios sociais (LISZBINSKI; BRIZOLLA; PATIAS, 2021).



As questões socioambientais da produção de soja, giram em torno das temáticas de conservação das áreas de cultivo e preservação permanente, da efetivação de boas práticas de manejo e a garantia de condições de trabalho justas, além do respeito às reivindicações da posse e propriedade da terra (FREITAS; BUOSI, 2018).

Apesar de toda a riqueza que a soja pode impulsionar, essa não pode ser uma atividade válida dentro de uma área de preservação ambiental como o Parque Estadual do Cantão. Assim como os benefícios gerados, que demonstram estarem concentrados nas mãos de latifundiários que geram poucos empregos diretos aos profissionais do Estado, uma vez que o serviço precisa de mão de obra qualificada e especializada (MOREIRA; COLLICCHIO; GAMBA, 2019).

Partindo desse pressuposto, o emprego de agrotóxicos não pode sobrepor o direito a um meio ambiente ecologicamente sadio e equilibrado, e “analisando a expressa previsão constitucional do livre exercício da atividade econômica (art. 170, CF/88), o emprego inadequado de agrotóxico, vem desencadeando impactos no meio ambiente e na saúde humana” (MILKIEWICZ; LIMA, 2018, p. 3-4).

Afinal, a degradação ambiental é uma alteração adversa das características do meio ambiente. Ocorre um impacto ambiental quando o meio ambiente não tem capacidade de suportar determinada ação, isso resulta na perda de recursos e afeta a fauna, flora e a biodiversidade de uma maneira geral (FOGAÇA; CUBAS; TAVIEIRA, 2017).

Com relação a degradação em área de preservação ambiental a jurisprudência afirma que:

AMBIENTAL AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL E DANO MORAL COLETIVO. DESMATAMENTO ILEGAL PROVA DA MATERIALIDADE DO DANO, NEXO CAUSAL E AUTORIA DO ATO ILÍCITO. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS COLETIVOS FIXADOS EM VALOR MÓDICO. SENTENÇA MANTIDA. Comprovado que a coletividade teve uma área de preservação invadida pelo apelado com o objetivo de desmatar e destruir o meio ambiente local cabe reparação por danos morais coletivos (BRASIL, 2013, não paginado).

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. MATÉRIA DEVIDAMENTE PREQUESTIONADA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL. ALIENAÇÃO POSTERIOR À PROPOSITURA DA AÇÃO. EFEITOS SUBJETIVOS DA COISA JULGADA INALTERADOS. PRECEDENTES. FATO CONSUMADO. MATÉRIA AMBIENTAL.

INEXISTÊNCIA. Cuida-se de ação civil pública na qual a parte ora recorrente foi condenada a demolir casa que edificou em área de preservação permanente correspondente a manguezal e a margem de curso d'água, a remover os escombros daí resultantes e a recuperar a vegetação nativa do local. (BRASIL, 2015, não paginado).

Observa-se que a degradação de áreas de preservação ambiental, desde que comprovadas, tem atribuído responsabilidade civil aos agentes responsáveis, além da imposição de multa.

Desse modo, os "benefícios gerados pela preservação do meio ambiente não se atém a fronteiras, não diferencia classes sociais, nem reconhece interesses individuais, trata-se de um benefício igualitário e democrático" (MOREIRA; COLLICCHIO; GAMBA, 2019, p. 11).

## 5 CONCLUSÃO

O estudo realizado permitiu apresentar a importância do Parque Estadual do Cantão para o Estado do Tocantins e a sociedade como um todo. O PEC é uma área protegida fundamental à preservação ambiental, considerando que o mesmo compreende uma transição entre os biomas Cerrado, Pantanal e Floresta Amazônica, possuindo uma fauna e flora riquíssima, abrigando grandes populações de uma variedade de animais.

Por se tratar de uma área de proteção ambiental, a legislação Federal e Estadual define limites do uso da propriedade, além de haver um Plano de Manejo do Parque que determina os riscos dentro da área de influência direta e indireta. A atividade agrícola, dentro do Plano de Manejo, apresenta um alto risco de contaminação às bacias que abastecem o parque, principalmente devido ao uso de agrotóxicos.

Apesar disso, o levantamento bibliográfico deste estudo constatou um cultivo em larga escala, sobretudo da cultura de soja. As três cidades que compõem a área de influência direta do PEC apresentam uma produção significativa desta cultura, ocupando posições importantes no ranking estadual.

Embora a soja seja uma *commoditie* e contribua demasiadamente para o desenvolvimento econômico do Brasil, sendo esta a principal cultura do país, a situação evidenciada no PEC aponta para uma problemática ambiental e jurídica. A produção de soja no PEC leva à degradação das áreas, ao desmatamento e à contaminação dos recursos hídricos.

Isso aponta para uma violação frente à legislação ambiental. No âmbito constitucional, a CF nos incisos I, II e III do artigo 225 regulamenta a proteção de espaços ambientais para uma preservação ecológica. O aumento da produção de soja fere este

princípio constitucional e aponta para uma necessidade urgente de regulamentação e fiscalização. No âmbito federal, a problemática é conflitante com a Lei nº 9.985/2000, que determina os limites quando se trata de uma unidade de conservação.

Apesar disso, o estado, ao apresentar competência constitucional de elaborar sua própria legislação ambiental, dispõe uma flexibilização da ocupação das áreas do PEC, através da Lei nº 2.713/2013, onde dispensa o licenciamento das atividades agrossilvipastoris, incluindo as atividades de agricultura como a da soja.

Nessa perspectiva, há um conflito entre os diferentes níveis de legislação, sobretudo quanto às próprias determinações do Plano de Manejo do PEC, que não determina com clareza as proibições para a atividade de agricultura na área, tornando burocrático todo esse aspecto e contribuindo para que possíveis contradições sejam evidenciadas.

No entanto, deve-se considerar que a conservação ambiental ultrapassa os limites jurídicos e torna-se uma necessidade fundamental para o bem estar da sociedade e desenvolvimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por mais que a soja apresente vantagens no tocante financeiro e até mesmo alimentar, esses princípios não devem sobrepor ao de preservação e conservação ambiental. Assim, verifica-se uma necessidade urgente de uma legislação ambiental estadual menos flexível no que tange ao uso e ocupação do solo no PEC.

Por fim, verifica-se uma necessidade urgente e extrema de maior fiscalização por parte dos órgãos competentes no que tange à produção de soja nas áreas do PEC, bem como sugere-se a realização de estudos de satélite para uma verificação do percentual de ocupação das áreas voltadas à atividade.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Patrícia Rosa. **Origem e evolução das unidades de conservação brasileiras**. XIX Encontro Nacional de Geógrafos, João Pessoa – PB, 2018.

ARAÚJO, Marcos Antônio Reis. **Unidades de Conservação: importância e História no Mundo**. Unidades de Conservação no Brasil: o caminho da gestão para Resultados. São Carlos: Rima Editora, 2012. p. 25-50.

BATTAGLIN, Bettina Augusta Amorim Bulzico. **Direito ambiental**. Curitiba: Editora

InterSaberes, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei 9.985, de 18 de julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília – DF, Presidência da República, 2000.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.** Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Presidência da República, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (SEGUNDA TURMA). **Agravo Regimental no**

**Recurso Especial nº 1491027 – Paraíba.** Rel. Ministro Humberto Martins, 13 de

outubro de 2015, Brasília/DF, 20 de outubro de 2015, não paginado.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1º Região (QUINTA TURMA). **Apelação nº**

**0003718-23.2008.4.01.3601.** Relatora Desembargadora Relatora Selene de Almeida,

1 de março de 2013, não paginado.

CARVALHO, Fernanda Reis. **Processo de criação, implementação e ampliação das unidades de conservação.** Departamento de Direito, 2008.

FERREIRA, Efrem; *et al.* A ictiofauna do Parque Estadual do Cantão, Estado do Tocantins, Brasil. **Biota Neotrop.**, vol. 11, n. 2, p. 277-284, 2011.

FREITAS, Antonio Carlos Reis; BUOSI, Thiago. Context and challenges regarding the environmental certification of soy production in the Matopiba region of Brazil. **American Journal of Industrial and Business Management**, v. 8, p. 2086-2101, 2018.

FOGAÇA, Thiago Kick; CUBAS, Monyra Guttevill; TAVEIRA, Bruna Daniela De Araujo. **Conservação dos recursos naturais e sustentabilidade: um enfoque geográfico.** Curitiba: InterSaberes, 2017.

GONÇALVES, A. B. C. **Indicadores de sustentabilidade como instrumento de análise e monitoramento da implementação do Parque Estadual do Cantão, Tocantins.** Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Ciências do Ambiente, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2013.

GONÇALVES, A. B. C. Parque Estadual do Cantão: A proteção da biodiversidade e a regularização fundiária. In: III Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação. Fortaleza, Ceará. 2002. **Anais:** Vol. I. p. 74-80. 2002.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Florestas e Unidades de Conservação: Criação de Espaços Territoriais especialmente Protegidos e Indenização.** Revista de Direitos Difusos. Rio de Janeiro: Editora Esplanada Ltda. - ADOCAS, Ano I, Vol. 5., 603 p., 2001.

LINHARES, Delcy Alex. O direito à alimentação adequada e as restrições decorrentes da pandemia. **Revista Consultor Jurídico**, 26 de abril de 2020.

LISZBINSKI, Bianca Bigolin; BRIZOLLA, Maria Margarete Baccin; PATIAS, Tiago Zardin Patias. Produção de soja: perspectivas sociais e ambientais a partir do olhar do produtor. **Geosul**, Florianópolis, v. 36, n. 79, p.347-371, mai./ago. 2021.

MATTHES, Rafael Antonietti. **Manual de direito ambiental**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

MEDEIROS, R. A. **Proteção da Natureza: das Estratégias Internacionais e Nacionais às demandas Locais**. Tese de Doutorado em Geografia, Rio de Janeiro, UFRJ/PPG, 391 f., 2003.

MILKIEWICZ, Larissa; LIMA, José Edmilson de Souza. Análise do registro de

agrotóxico no direito ambiental brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 2, p. 154-179, Maio-Agosto, 2018.

MOREIRA, Deny Cesar. **Análise da expansão da cultura da soja na APA Ilha do Bananal/Cantão – Tocantins**. Dissertação de Mestrado em Agroenergia, Universidade Federal do Tocantins, Palmas – TO, 2017.

MOREIRA, Deny Cesar; COLLICCHIO, Erich; GAMBA, Fábio Brega. Panorama do cultivo e produtividades da soja na APA Ilha do Bananal/Cantão Tocantins: Safras 2008/2009 a 2015/2016. **Journal of Bioenergy and Food Science**, vol. 6, n. 4, p. 119-131, 2019.

NATURATINS - Instituto Natureza do Tocantins. **Plano de manejo do Parque**

**Estadual do Cantão - Revisão**. Diretoria de Biodiversidade e Áreas Protegidas.

Palmas: Naturatins/DBAP, 2016.

NOGUEIRA, Barbara Gabriele de Souza; *et al.* **Introdução às unidades de conservação**. Pós-graduação em engenharia florestal, Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, 2018.

OLIVEIRA, Alessandro Lemos de. **Análise do processo de (in)visibilidade por meio de indicadores de gestão das Unidades Estaduais de Conservação da Natureza de Proteção Integral**: o caso dos Parques Estaduais do Tocantins. Tese de doutorado em Ciências do Ambiente, Universidade Federal do Tocantins, Palmas – TO, 2021.

PÁDUA, M. T. J. **Categorias de unidades de conservação** – objetivos de manejo. Boletim FBCN, 1978.

PRZYBYSZ; Leane Chamma Barbar; NAVROSKI, Eliane Pires; WAGNER, Adriana Franzoi. **Políticas Públicas Ambientais**. Instituto Federal do Paraná, Ministério da Educação, Curitiba – PR, 2012.

SCHENINI, P. C., COSTA, A. M.; CASARIN, V. W. Unidades de conservação: aspectos históricos e sua evolução. In: **Congresso Brasileiro de Cadastro Técnico Multifinalitário**, COBRAC. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, SC. 2004.

SEPLAN - Secretaria do Planejamento e Meio Ambiente do Estado do Tocantins. **Plano de manejo do Parque Estadual do Cantão**. Diretoria de Zoneamento de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (DMA). Palmas: Seplan/DMA. 117 p., 2001.

SEPLAN. Secretaria de Planejamento e Meio Ambiente do Estado do Tocantins. **Plano de Manejo do Parque Estadual do Lajeado**. Palmas: SEPLAN, 2005.

TOCANTINS. **Evolução da Produção Agrícola no Tocantins – 1989 a 2020**. Tocantins em números. Secretaria do Planejamento e Orçamento, Palmas – TO, 2021.

TOCANTINS. **Lei nº 996, de 14 de Julho de 1998**. Cria o Parque Estadual do Cantão e adota outras providências. Diário Oficial nº 711, 1998.

TOCANTINS. **Lei nº 2.713 de 09 de maio de 2013**. Institui o Programa de Adequação Ambiental de Propriedade e Atividade Rural - TO-LEGAL, e adota outras

providências. Governador do Estado: Palácio Araguaia, Palmas – TO, 2013.

USDA – United States Department of Agriculture. **World Agricultural Supply and Demand Estimates (WASDE)**. Fev. 2023

WEST, P.; IGOE, J.; BROCKINGTON, D. Parks and people: the social impact of protected areas. **Annual Review of Anthropology**. Palo Alto, v. 35, p. 251 – 277, 2006.



## O AUMENTO DOS CRIMES VIRTUAIS COM O ADVENTO DA PANDEMIA

**LETÍCIA ALVES BARBOSA:**

Acadêmica do Curso de Direito da  
Universidade de Gurupi- UnirG.<sup>35</sup>

MS. ANTONIO JOSE ROVERONI<sup>36</sup>

(orientador)

**RESUMO:** A Pandemia da Covid-19 declarada em 2020 causou um grande abalo no mundo todo, que se mobilizou na busca pela diminuição dos casos e pela contenção do contágio. Como não existia vacina para esta doença, a principal medida de prevenção adotada em todos os países foi a restrição de circulação de pessoas para evitar a aglomeração em locais públicos. Como consequência dessas medidas, muitos estabelecimentos comerciais foram fechados e passaram a vender seus produtos pela internet. Com isso, o uso da internet tornou-se ainda mais essencial e a ampliação do seu uso acabou ensejando também o aumento de crimes cometidos no ambiente cibernético. Diante deste fato, a pesquisa objetiva discutir o aumento de crimes virtuais no período da pandemia da covid19 e apontar dados acerca do crescimento da criminalidade nas redes. Para atingir o seu fim, a pesquisa foi desenvolvida com base em material bibliográfico publicado no Brasil a partir do início da Pandemia, analisando as informações e dados já publicados em outras pesquisas científicas acerca do tema. Concluiu-se pelo estudo que de fato houve um aumento de crimes virtuais, contudo estes crimes não são impunes uma vez que estão sendo investigados e punidos pela legislação criminal em vigor, que tipifica a conduta ilícita praticada no mundo virtual e prevê penas para punir essa prática.

**Palavras-chave:** Covid-19. Pandemia. Internet. Crimes Virtuais. Aumento.

**ABSTRACT:** The Covid-19 Pandemic declared in 2020 caused a great shock around the world, which was mobilized in the search for the reduction of cases and the containment of contagion. As there was no vaccine for this disease, the main preventive measure adopted in all countries was restricting the movement of people to avoid crowding in public places. As a result of these measures, many commercial establishments were closed and began to sell their products over the internet. As a result, the use of the internet has become even more essential and the expansion of its use has also led to an increase in crimes committed in the cyber environment. Given this fact, the research aims to discuss the increase in virtual crimes in the period of the covid19 pandemic and point out data

---

<sup>35</sup> E-mail: leticiaabarbosa@unirg.edu.br

<sup>36</sup> Professor Mestre Orientador do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

about the growth of crime in networks. To achieve its purpose, the research was developed based on bibliographic material published in Brazil from the beginning of the Pandemic, analyzing information and data already published in other scientific research on the subject. It was concluded from the study that in fact there was an increase in virtual crimes, however these crimes are not unpunished since they are being investigated and punished by the criminal legislation in force, which typifies the illegal conduct practiced in the virtual world and provides penalties to punish this practice.

Keywords: Covid-19. Pandemic. Internet. Virtual Crimes. Increase.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. A Pandemia da Covid19 e as medidas para redução do contágio. 4. A prática delitiva no mundo virtual e o alcance da lei penal. 5. Os crimes virtuais: definição e principais leis de regulamentação do uso da internet no Brasil. 6. O aumento dos crimes virtuais durante a pandemia da covid19. 7. Considerações finais. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo 1º do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848/1940) dispõe acerca do princípio da anterioridade penal ao determinar que somente pode ser considerado crime a conduta que já foi previamente tipificada pela Lei.

Nesse sentido, o direito penal é um ramo em constante mudança, criminalizando condutas ilegais na medida em que elas vão surgindo e descriminalizando outras quando reconhecida pela sociedade que aquela conduta não mais pode ser entendida como ilícita.

Isto posto, com o avanço da sociedade e o surgimento da internet foi necessário regulamentar o uso dessa ferramenta e impedir que ela fosse utilizada como instrumento para a prática de crimes, afastando a ideia de que o mundo virtual é um "território sem lei".

Hoje em dia existem mecanismos legais que permitem a identificação do agente delituoso e a aplicação da lei penal pelas condutas praticadas através do uso de computadores bem como existem crimes específicos praticados na internet.

Com o surgimento da Pandemia do Coronavírus (COVID19), doença infecciosa de fácil proliferação que atingiu todo o mundo, foram tomadas medidas de restrição para conter o alastramento e o contágio da doença que avançava de forma assustadora no Brasil. Dentre essas medidas foi determinado o fechamento do comércio e a prestação de serviços de forma remota, o que intensificou ainda mais o uso da internet como meio de aquisição de bens e de serviços.

Como consequência do uso da internet de forma mais intensificada, já que não era permitida a abertura normal do comércio em razão do contágio da Covid19 ser maior em

locais públicos, a ocorrência de crimes virtuais também aumentou, tornando o assunto de relevância para a sociedade e também para os operadores do direito.

Diante disso, a pesquisa tem como premissa discutir o aumento da prática de crimes no meio virtual em razão da utilização ainda maior da internet no cotidiano do brasileiro durante a Pandemia da Covid19, expondo os principais delitos cibernéticos cometidos e as causas para o seu aumento desde o ano de 2020, quando as medidas de restrição para conter o alastramento da covid19 foram tomadas em todo o território brasileiro.

## **2 METODOLOGIA**

O estudo científico sobre o aumento dos crimes virtuais com o advento da pandemia da Covid19 se classifica como pesquisa do tipo bibliográfica, ao passo que foi desenvolvida com a finalidade de aprimorar o conhecimento sobre o tema tendo como base o acervo teórico e científico em doutrinas e jurisprudências já publicadas no Brasil.

Os materiais utilizados foram obtidos em livros e trabalhos científicos disponibilizados em livros impressos e revistas científicas disponíveis na internet e publicados a partir do ano de 2020, após declarada a Pandemia do Coronavírus pela Organização Mundial da Saúde, os quais foram analisados segundo o método descritivo e exploratório, sem qualquer intervenção ou risco a outros seres humanos.

A pesquisa foi desenvolvida segundo o método dedutivo, tendo como ponto de partida o estudo dos aspectos gerais acerca dos crimes virtuais previstos no ordenamento brasileiro para em seguida discutir o seu aumento em razão da Pandemia da Covid19.

## **3 A PANDEMIA DA COVID19 E AS MEDIDAS PARA REDUÇÃO DO CONTÁGIO**

No final do ano de 2019 a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada sobre um índice elevado de casos de pneumonia ocorrido na cidade de Wuhan, localizada na província de Hubei, na China, ocasionada por um novo tipo de coronavírus. Essa nova cepa não havia sido identificada anteriormente entre os seres humanos, apesar de ser o coronavírus a segunda principal causa de resfriados, mas que raramente causava um agravamento na doença (OPAS, 2023).

O SARS-CoV-2, abreviação de síndrome respiratória aguda grave coronavírus 2, é o vírus responsável pela doença da covid19, que teve casos registrado em todos os cantos do mundo e declarada sua pandemia pela Organização Mundial da Saúde no dia 11 de março de 2020 (OPAS, 2023).

Diante de sua gravidade e sua classificação como pandemia, os países foram alertados sobre a necessidade de tomarem medidas para tratamento das pessoas infectadas e ainda para prevenir o seu contágio.

Em atenção às determinações da OMS, o Conselho Nacional de Saúde editou a Recomendação nº 036/2020 indicando as seguintes medidas de distanciamento social para combater o contágio acelerado do novo coronavírus:

- 1) Que sejam implementadas medidas que garantam pelo menos 60% da população em distanciamento social, ou superiores a este, em se agravando a ocupação de leitos, de maneira progressiva e efetiva, como medida sanitária excepcional necessária;
- 2) Que sejam adotadas medidas de distanciamento social mais rigoroso, ou seja, a contenção comunitária ou bloqueio (em inglês, lockdown) nos municípios com ocorrência acelerada de novos casos de COVID-19 e com taxa de ocupação dos serviços atingido níveis críticos, agregando as seguintes providências:
  - a) Suspensão de todas as atividades não essenciais à manutenção da vida e da saúde, apenas autorizando o funcionamento dos serviços considerados essenciais, por sua natureza;
  - b) Adoção de medidas de orientação e de sanção administrativa quando houver infração às medidas de restrição social, podendo serem aplicadas em áreas específicas de uma cidade (bairros, distritos, setores);
  - c) Restrição da circulação de pessoas e de veículos particulares (somente com uso de máscaras), salvo transporte de pessoas no itinerário e no exercício de serviços considerados como essenciais, com ampliação de medidas informativas e educativas (monitoramento do cumprimento) em veículos de transporte coletivo; e
  - d) Mobilização das Forças Armadas e de Segurança, pelos poderes Estaduais e Municipais, pela via de parcerias intersetoriais entre os órgãos, com vistas ao cumprimento dos protocolos de emergência para a adoção de bloqueio total (lockdown) quando necessário, com planejamento antecipado ao limite de ocupação de leitos na rede local de saúde (CNS, 2020).

Em atenção a esta recomendação, a circulação em estabelecimentos comerciais ficou restrita diante do *lockdown* instaurado. Muitos setores de comércio permaneceram fechados ou com funcionamento restrito a um pequeno número de pessoas, situação que acabou por ensejar a sua migração para o mundo virtual.

Como meio de manter as empresas em funcionamento, os estabelecimentos comerciais tiveram que se adequar à situação e fornecer a venda de seus produtos pela internet, através de aplicativos de entrega de mercadorias na residência dos consumidores.

Acontece que essa migração, apesar de trazer benefícios aos consumidores e ampliar as vendas das fornecedoras de serviço, acabou por ensejar também um aumento da prática de crimes no meio virtual, ao passo que uma parte da população que antes não utilizava essa ferramenta como meio de aquisição de bens foi forçada a se adequar a essa nova realidade.

Assim sendo, considerando o aparente aumento de crimes virtuais com o advento da pandemia é importante a discussão inicial acerca do alcance da norma penal no mundo virtual e os crimes nele cometidos.

#### **4 A PRÁTICA DELITIVA NO MUNDO VIRTUAL E O ALCANCE DA LEI PENAL**

Conforme ventilado acima, a internet que já era presente no dia a dia de grande parte da população mundial tornou-se ainda mais essencial durante o distanciamento social decorrente da pandemia da covid-19. Não só a prestação de serviço passou a ser remota, mas também a aquisição de bens e serviços básicos, que antes eram obtidos na sede das empresas e que passaram a ser adquiridas de forma virtual.

Consequentemente, aumentaram também os relatos de crimes cometidos de forma virtual, situação que abre um debate acerca da aplicação da norma penal também no meio cibernético.

O surgimento deste novo terreno que passamos a chamar de "mundo virtual" mudou drasticamente o nosso conceito de espaço físico e fronteira. Uma vez que, inevitavelmente, houve a migração de criminosos para este novo mundo, que vieram em busca dessas informações com o intuito de lesar e tirar proveito. Porém, diante dessas inovações tecnológicas, o crime adaptou-se à realidade informática e com isso surgiu um novo tipo de criminalidade no país, no qual os infratores encontraram na internet um meio para que pudessem praticar condutas ilícitas com mais facilidade, sendo mais

difícil aos policiais encontrá-los. (LIMA, SAMPAIO e SILVA, 2023, p. 01).

Contudo, apesar de aparentar ser a internet um território sem lei, esta impressão não prospera em nosso ordenamento jurídico, ao passo que a conduta delitiva, ainda que praticada de forma não presencial, também é alcançada pela norma quando caracterizada como uma conduta delitiva.

Crime é, por definição de André Estefam, um “fato típico e antijurídico” (ESTEFAM, 2018, p. 206), de modo que a sua tipificação na norma penal é o principal fator para se responsabilizar penalmente aquele que comete uma conduta criminosa. Essa exigência está prevista no artigo 1º do Código Penal e também no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal e consiste no princípio da legalidade, cujos efeitos são assim explicados por Estefam:

O efetivo respeito ao princípio da legalidade demanda não só a existência de uma lei definindo a conduta criminosa. Exige, também, que a lei seja anterior ao ato, que se trate de lei em sentido formal interpretada restritivamente e, por fim, que a lei tenha conteúdo determinado. Por tal motivo, se diz que o princípio da legalidade desdobra-se em quatro subprincípios: a) anterioridade da lei (*lege praevia*); b) lei escrita, lei no sentido formal ou reserva legal (*lege scripta*); c) proibição de analogia in malam partem (*lege stricta*); d) taxatividade da lei ou mandato de certeza (*lege certa*) ((ESTEFAM, 2018, p. 150).

Portanto, o primeiro passo para se punir a conduta ilícita praticada no meio virtual é a sua tipificação como crime pela norma brasileira, possibilitando a aplicação da lei penal tanto para os crimes que podem ser praticados de forma presencial ou não, como é o caso dos crimes previstos no Código Penal, quanto para aqueles tipificados em leis especiais voltadas para crimes praticados em condições específicas, como é o caso dos crimes virtuais.

Para atender ao princípio da legalidade e garantir a responsabilização dos delitos cometidos no *cyberword* e impedir sua impunidade, existem leis brasileiras que regulamentam e tipificam os crimes virtuais, isto é, aqueles praticados por meio de acesso a computadores.

## **5 OS CRIMES VIRTUAIS: DEFINIÇÃO E PRINCIPAIS LEIS DE REGULAMENTAÇÃO DO USO DA INTERNET NO BRASIL**



Conforme é sabido, os crimes podem ser praticados de várias formas, sendo a utilização do meio cibernético uma delas. Neste sentido, os crimes comuns podem ser praticados através do meio virtual, mas não dependem do acesso ao sistema de informática e internet para que ocorram; enquanto que, existem aqueles delitos cuja existência advém somente em razão da utilização da tecnologia de informação.

Via de regra, tratam-se de delitos de sujeitos ativos comuns, podendo ser praticados por qualquer pessoa com acesso à internet. Assim, apesar de ser rotineira a associação dos hackers aos crimes virtuais, não necessariamente serão eles os autores do fato; ao passo que, aqueles que usam seus conhecimentos exclusivamente para violar sistemas e praticar crimes são denominados crackers (BARBOSA, 2020).

Em que pese sejam comuns os sujeitos ativos, outras características no cometimento de crimes virtuais podem ser observadas, tanto que, os cybercrimes são subdivididos segundo as classificações apresentadas a seguir:

O crime virtual puro seria toda e qualquer conduta ilícita que tenha por objetivo exclusivo o sistema de computador, pelo atentado físico ou técnico ao equipamento e seus componentes, inclusive dados e sistemas. Em contrapartida, podem ser considerados crimes virtuais mistos aqueles em que o uso de meios computacionais é condição necessária para a efetivação da conduta, embora o bem jurídico visado seja diverso do informático. Por fim, o crime virtual comum seria aquele em que se utiliza da Internet apenas como instrumento para a realização do delito já tipificado pela lei penal. (FIORILLO, 2016, p. 167)

Segundo LAURENTIZ (2022), acrescentam-se ainda os crimes virtuais próprios e impróprios, sendo os primeiros àqueles praticados exclusivamente através de computadores; enquanto que os últimos referem-se às condutas que podem ser praticadas por outros meios, mas se dá mediante o acesso à internet, atingindo a um bem comum.

Deste modo, além dos tipos previstos no Código Penal e Legislações Especiais, todas as condutas mencionadas são compreendidas na definição de crimes virtuais, posto que "crimes cibernéticos são quaisquer atividades ilegais por meios eletrônicos digitais efetuados via internet, através de celulares, notebooks, computadores e outros meios eletrônicos" (REDIVO, 2022).

Dentre as espécies delitivas típicas de crime virtual, são exemplos as seguintes:

Roubo de dados financeiros ou credenciais bancárias de terceiros; Invasão de computadores, sejam eles de uso pessoal, empresarial ou mesmo uma rede de computadores; Extorsão cibernética e ransomware<sup>37</sup>; Crime tipo phishing, onde a vítima é enganada de modo a compartilhar suas senhas, números de cartão de crédito e outras informações sensíveis; Cryptojacking, situações onde hackers invadem e utilizam os computadores das vítimas para minerar criptomoedas; Violação de direitos autorais; Jogos virtuais de azar ou ilegais em território nacional; Venda de itens ilegais na internet; Incitação, produção ou posse de pornografia infantil; Divulgação de discursos de ódio — com teor homofóbico, xenófobo e racista — e fazer apologia ao nazismo (LAURENTIZ, 2022, p. 01).

Como se observa, são incontáveis as possibilidades criminosas. Tanto que, no Brasil, não existe uma lei específica que apresente a totalidade dos crimes cibernéticos de forma concentrada; no entanto, apesar disso, existem legislações especiais que tipificam vários atos criminosos e prevê suas penas em caso de prática virtual.

Dentre as leis em vigor, se destacam a Lei Carolina Dieckmann, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados como as mais relevantes no assunto.

Fruto da ocorrência da exposição da atriz brasileira Carolina Dieckmann, decorrente da invasão do computador e divulgação não autorizada da imagem da vítima, a Lei nº 12.737/2012 resultou da necessidade em haver uma proteção às vítimas de crimes dessa natureza. Essa Lei inseriu no Código Penal o artigo 154-A, tipificando o crime de Invasão de Dispositivo Informático.

A lei tipifica como crime invadir dispositivo alheio, conectado ou não a rede de computadores, mediante violação de segurança com o fim de obter informações sem autorização, e tem como pena a detenção de três meses a um ano e multa. Tem ainda como agravante roubo de informação em que causa prejuízo econômico, aumentando a pena de detenção de três meses a um ano e quatro meses, obtenção de conteúdo de comunicações privadas de formas não autorizadas, tendo como pena de seis meses a dois anos e multa e por último divulgação e comercialização de conteúdo roubado de dispositivo

---

<sup>37</sup>O *ransomware* é um tipo de *malware* que sequestra o computador da vítima e cobra um valor em dinheiro pelo resgate, geralmente usando a moeda virtual bitcoin, que torna quase impossível rastrear o criminoso que pode vir a receber o valor. Este tipo de "vírus sequestrador" age codificando os dados do sistema operacional de forma com que o usuário não tenha mais acesso (TECHTUDO, 2016).

informático, tendo como pena a reclusão de oito meses a três anos e quatro meses. (BARBOSA, 2020, p. 19-20)

Após a sanção da lei mencionada, apesar da sua relevância, ainda havia a necessidade de uma melhor regulamentação dos crimes virtuais. Assim, pouco tempo depois, a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014 que instituiu o Marco Civil da Internet apresentou um significativo avanço para a regulamentação do uso da internet no Brasil.

Dentre as suas várias disposições, destacam-se as garantias conferidas aos usuários da internet, apresentadas no artigo 7º da mencionada lei, dentre os quais se destacam a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, do sigilo do fluxo de suas comunicações, assegurada a proteção e indenização pelos danos morais e materiais decorrentes da violação, entre outros; e os artigos 10 e 11 que dispõem sobre os dados pessoais e conteúdo de comunicações privadas dos usuários (BRASIL, 2014).

Por último, destaca-se a Lei Geral de Proteção de Dados, sancionada sob o título Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018, que regulamenta o tratamento dos dados pessoais de pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, visando a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade, conforme o artigo 1º deixa evidente (BRASIL, 2018).

## **6 O AUMENTO DOS CRIMES VIRTUAIS DURANTE A PANDEMIA DA COVID19**

Assim como se deu em vários outros âmbitos da vida dos indivíduos, a pandemia também refletiu negativamente em relação ao uso indevido da internet e das plataformas digitais de relacionamento, tendo se tornado o meio virtual o principal instrumento para o cometimento de determinados crimes, principalmente daqueles em que se tem a fraude para a obtenção de vantagens ilícitas.

Com a redução do contato físico, houve a migração de muitas atividades, antes realizadas presencialmente, para o meio digital. Com isso, muitas pessoas, por desconhecimento das normas e sugestões de segurança, se tornaram vítimas de crimes cometidos através da utilização de redes sociais, aplicativos fraudulentos, entre outros.

Neste contexto, muitos crimes comuns obtiveram crescimento através do acesso à internet, e muitos outros, exclusivamente virtuais, surgiram no ordenamento jurídico, necessitando de uma resposta judicial diante dessas condutas.

Dentre os crimes cibernéticos mais praticados no país, dá-se destaque ao estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal. [...] Conjuntamente ao delito precedente, o denominado Phishing é

análogo ao estelionato, pois não possui legislação própria. O Phishing é uma espécie de roubo de identidade online, descrito por tentar obter dados pessoais ilegais de terceiros, sejam senhas, dados financeiros, dados bancários, número de cartão de crédito ou dados pessoais (CRUZ, 2022, p. 01).

Segundo estudos apontam, o *phishing* se destacou durante a pandemia em razão do número de ocorrências, tendo sido uma das fraudes eletrônicas mais praticadas desde o início da pandemia, através do acesso a links compartilhados via aplicativo de mensagem ou rede social, que levam o usuário a sites falsos criados por golpistas (LIMA, SAMPAIO E SILVA, 2023, p.01).

Outro mecanismo para realização de crimes virtuais consiste na utilização dos *malware*, assim denominada a infecção de um sistema ou rede de computadores através de um vírus ou outro *malware*, dentre os quais, tem ganhado notoriedade o *ransomware*, por promover o sequestro de dados, tornando-os indisponíveis, até que a vítima realize o pagamento de um valor pelo resgate de informações, mantendo como reféns as informações pessoais (CRUZ, 2022).

Há ainda os crimes contra a honra presentes no meio virtual, quais sejam: calúnia, difamação e injúria, tipificados nos artigos 138 a 145 do Código Penal, muito praticados com a divulgação de notícias falsas, mensagens maldosas, etc. Em que pese a alegação de liberdade de expressão, o excesso é passível de responsabilização criminal e também indenizatória (LIMA, SAMPAIO e SILVA, 2023).

Outro delito recorrente é a prática de pornografia infantil, cuja ocorrência em meio virtual diverge um pouco da prática tipificada no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas está compreendida no disposto nos artigos 240 e 241 da lei em comento.

Mas o que é a pornografia infantil virtual? Ao contrário pornografia real, em cuja produção são utilizados menores, na pornografia virtual não existe uma verdadeira utilização de crianças. O que pode ocorrer é uma de duas situações: "pornografia infantil que visualmente represente uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, tratando-se, contudo, de uma pessoa maior que aparenta ser uma criança" (pedopornografia aparente); "pornografia infantil que visualmente represente uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, tratando-se de representações geradas, simuladas, criadas e manipuladas, por exemplo, por computador" (pedopornografia virtual) (SILVA *apud* LIMA, SAMPAIO e SILVA, 2023, p. 01).

Em números, já não apenas suposições. Os efeitos criminosos da pandemia já são observados em vários estados brasileiros. No Distrito Federal, os números apontam o dito crescimento de crimes virtuais em relação ao período anterior à pandemia da Covid-19:

Em 2019, um ano antes da pandemia causada pelo novo coronavírus, o DF registrou 7.613 ocorrências por crimes praticados pela internet. Esse número ficou praticamente quatro vezes maior ao se comparar com os dois anos seguintes, em 2020 e 2021, período em que as pessoas ficaram mais em casa, chegando a um total de 30.273 notificações. [...] Os estelionatos aparecem em primeiro lugar no ranking dos crimes que apresentaram crescimento entre 2020 e 2021: das 7.484 ocorrências, o número passou para 9.621. As extorsões subiram em 26%, passando de 168 para 212. O stalking passou de 18 para 156; pedofilia, de cinco para 16 notificações; e os crimes de violência psicológica contra a mulher foram de duas para 19 ocorrências (DIOGO e MARTINS, 2022, p. 01).

Os dados nacionais são alarmantes:

Segundo o relatório do FortiGuard Labs (laboratório da Fortiguard), no decorrer do ano de 2020 o Brasil sofreu nada menos do que 8,5 bilhões de tentativas de ataques cibernéticos, sendo que, 5 bilhões ocorreram apenas nos últimos três meses do ano (outubro, novembro e dezembro). No ano de 2021 o Brasil sofreu mais de 88,5 bilhões de tentativas de ataques cibernéticos, tendo um aumento de mais de 950% com relação a 2020 (com 8,5 bi), o Brasil ocupou o segundo lugar em número de ataques na América Latina e Caribe, atrás apenas do México (com 156 bi). A alta nos números foi constante durante o ano e ocorreu em toda a região, que chegou a registrar 289 bilhões de ataques no total, um crescimento de mais de 600% com relação ao ano anterior (com 41 bi) (SILVA e MARINHO, 2022, p. 13).

No estado do Tocantins o aumento também foi observado. Segundo informações da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Tocantins, no primeiro semestre do ano passado "344 pessoas foram vítimas do crime de estelionato consumado. Se comparado ao mesmo período deste ano, o número cresceu 75,2%, confirmado pelo registro de 603 novos casos" (GOVERNO DO TOCANTINS, 2021).

Conforme os índices apresentados comprovam, os crimes cibernéticos não se limitam aos mencionados anteriormente, compreendendo ainda as práticas de maus tratos

contra animais, crimes raciais de intolerância; delitos de discriminação contra mulheres, entre outros. A seguir, uma comparação entre os anos de 2019, 2020 e 2021:

Segundo os dados obtidos pelos Indicadores da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos, apenas com relação as condutas abaixo: Maus Tratos Contra Animais, LGBTQFobia; Neo Nazismo; Pornografia Infantil; Intolerância Religiosa; Xenofobia; Racismo; Violência ou Discriminação contra; Mulheres; Tráfico de Pessoas e Apologia e Incitação a crimes contra a Vida Em 2019, foram recebidas e processadas 75.671 denúncias anônimas envolvendo 39.864 páginas (URLs) distintas (das quais 24.319 foram removidas) escritas em 9 idiomas e hospedadas em 8.015 domínios diferentes, de 161 diferentes TLDs e conectados à Internet através de 7.258 números IPs distintos, atribuídos para 65 países em 6 continentes. Em 2020, foram recebidas e processadas 156.692 denúncias anônimas de 74.011 páginas (URLs) distintas (43.316 delas foram removidas) escritas em 10 idiomas e hospedadas em 9.236 domínios diferentes, de 173 diferentes TLDs e conectados à Internet através de 8.524 números IPs distintos, atribuídos para 63 países em 6 continentes. Em 2021, foram recebidas e processadas 150.095 denúncias anônimas envolvendo 71.095 páginas (URLs) distintas (das quais 32.538 foram removidas) escritas em 10 idiomas e hospedadas em 8.926 domínios diferentes, de 170 diferentes TLDs e conectados à Internet através de 9.900 números IPs distintos, atribuídos para 68 países em 6 continentes (SILVA e MARINHO, 2022, p. 14).

Está evidente que a pandemia causou o aumento dos crimes virtuais, cabendo ao Poder Público aplicar a sanção devida aos responsáveis pela conduta. Mas, mais que isso, é urgente a implementação das medidas de segurança na rede mundial de computadores, salvaguardando todos os cidadãos, conforme a Constituição Federal determina.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Assim como se dá em vários outros ambientes, a evolução do meio digital, com a inclusão de novas possibilidades de comunicação, resolução de problemas, aquisição de produtos e celebração de contratos, apresenta não apenas fatores positivos, mas também possuem riscos aos usuários das redes e sistemas de computadores.

O aumento dos crimes virtuais em período de pandemia é o reflexo dessa afirmação, efeito evidente do crescimento exponencial dos usuários da internet, não se limitando ao acesso às redes sociais, mas também o uso crescente de aplicativos bancários, entre tantos outros dispositivos disponíveis.



Em que pese esteja marcada pela prática de fraudes, estelionatos, ataques à honra, crimes contra crianças e mulheres, a internet não é um local de impunidade. O ordenamento jurídico nacional compreende também o ambiente virtual e pode e será utilizado para punir aqueles que pratiquem as condutas tipificadas no Código Penal e nas leis especiais.

Além de já haver a previsão dos crimes, observa-se um desejo de aprimoramento da legislação para que nenhuma conduta fique isenta de punição, o que se comprova com a edição de leis especificamente destinadas ao uso do sistema mundial de computadores, aqui representada pela Lei Carolina Dieckmann, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados.

Contudo, apesar do exposto, não basta a punição posterior ao ocorrido, é preciso que a prevenção ocorra, a fim de impedir o dano às vítimas desses crimes. Com isso, a conscientização sobre o uso seguro da internet é necessária e deve ser feita através da implementação de políticas públicas de proteção, aliadas à imposição das leis penais.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Mateus Israel Alves Crivinel. Crimes virtuais: a evolução dos crimes cibernéticos e os desafios no combate. **Produção Acadêmica**. Repositório Acadêmico da Graduação (RAG). TCC Direito. 25 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/105>>. Acesso em 14 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Lei Carolina Dieckmann. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[https://planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](https://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm)>. Acesso em 15 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm](https://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm)>. Acesso em 15 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em 15 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em 17 mar. 2023.

CNS - CONSELHO NACIONAL DA SAUDE. **Recomendação nº 036, de 11 de maio de 2020.** Recomenda a implementação de medidas de distanciamento social mais restritivo (lockdown), nos municípios com ocorrência acelerada de novos casos de COVID-19 e com taxa de ocupação dos serviços atingido níveis críticos. Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1163-recomendac-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020>>. Acesso em: 09 mar. 2023.

CRUZ, Lara Melana Galice. Aumento de crimes cibernéticos durante a pandemia do covid-19 no Brasil. **Conteúdo Jurídico**, 25 de maio de 2022. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58466/aumento-de-crimes-cibernticos-durante-a-pandemia-do-covid-19-no-brasil>>. Acesso em 10 mar. 2023.

DIOGO, Darciane; MARTINS, Rafaela. Sem antivírus: crimes na internet crescem quatro vezes durante a pandemia. **Correio Braziliense**, 21 de fevereiro de 2022. Disponível em: <<https://www.correio braziliense.com.br/cidades-df/2022/02/4986608-sem-antivirus-crimes-na-internet-crescem-quatro-vezes-durante-a-pandemia.html>>. Acesso em 18 mar. 2023.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120).** – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Crimes no Meio Ambiente Digital.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOVERNO DO TOCANTINS. **Polícia Civil do Tocantins alerta para o aumento de crimes por estelionato em ambiente virtual.** TO.GOV, Jéssica Sá/Governo do Tocantins, publicado: 08 jul. 2021. Disponível em: <[LAURENTIZ, Sociedade de Advogados. \*\*Crime virtual: o que é e como se proteger.\*\* Publicado em 02 fev. 2022. Disponível em: <<https://laurentiz.com.br/crime-virtual/>>. Acesso em 14 mar. 2023.](https://www.to.gov.br/noticias/policia-civil-do-tocantins-alerta-para-o-aumento-de-crimes-por-estelionato-em-ambiente-virtual/1hj7v3y4f8g#:~:text=Se%20comparado%20ao%20mesmo%20per%C3%ADodo,n a%20tentativa%20de%20fazer%20v%C3%ADtimas.>. Acesso em: 25 abr. 2023.</p></div><div data-bbox=)

LIMA, Jairo de Souza; SAMPAIO, Francisco Antonio Gomes; SILVA, Renan Aleff Costa e. O avanço de ciber Crimes na pandemia e seus reflexos jurídicos. **Jus.com**, 24 de janeiro de 2023. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/102171/o-avanco-de-ciber-crimes-na-pandemia-e-seus-reflexos-juridicos>>. Acesso em 17 mar. 2023.

OPAS - Organização Pan-Americana da Saúde. Histórico da pandemia de COVID-19. **OPAS, 2023**. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>>. Acesso em: 09 mar. 2023.

O que é Ransomware? Techtudo notícias, 2016. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2016/06/o-que-e-ransomware.ghtml>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

REDIVO, Joslaine. Crimes cibernéticos: no mundo durante a pandemia covid-19 e seus impactos **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 01 jun 2022, 04:23. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/58541/crimes-cibernticos-no-mundo-durante-a-pandemia-covid-19-e-seus-impactos>. Acesso em: 21 mar. 2023.

SILVA, João Pedro Alves Tomaz; MARINHO, Luiz Eduardo Arruda. **O Aumento dos Crimes Virtuais na Pandemia e os Limites da Liberdade de Expressão**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação da universidade Potiguar. Natal-RN, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/25232/1/O%20AUMENTO%20DOS%20CRIMES%20VIRTUAIS%20NA%20PANDEMIA%20E%20OS%20LIMITES%20DA%20LIBERDADE%20DE%20EXPRESS%C3%83O.pdf>>. Acesso em 18 mar. 2023.

## A FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM PARA DECRETAR OU PRORROGAR A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

**LUÍSA CASTELO BRANCO DE ALMEIDA:**

Advogada e aluna do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial e Contratos do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

**RESUMO:** A fundamentação das decisões judiciais consiste em um dos pilares do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que é por meio das razões expostas pelo juízo que o poder estatal é justificado. Nesse contexto surgiu a discussão acerca da fundamentação *per relationem*. O trabalho tem por objetivo aprofundar o entendimento sobre como se dá a utilização dessa técnica na elaboração de decisões para decretar ou prorrogar interceptações telefônicas. Para tanto, no primeiro capítulo, é abordado o procedimento de interceptação telefônica, como foi concebido no ordenamento jurídico, e as balizas legais estabelecidas para proteger o cidadão de qualquer arbitrariedade no uso da medida. Já no segundo capítulo, trata-se com mais detalhes sobre a utilização da técnica *per relationem* como medida para fundamentar decisões de decretação e prorrogação da interceptação telefônica. Nesse ponto, decisões judiciais são analisadas para elucidar de que forma se dá a aplicação da técnica como recurso de fundamentação e como os tribunais decidiram implementá-la. Quanto à metodologia, será utilizada a referência literária e o exame de instrumentos normativos. A coleta de dados deu-se por meio de artigos científicos.

**Palavras-chave:** interceptação telefônica; fundamentação; *per relationem*

**ABSTRACT:** The foundation of judicial decisions consists of one of the pillars of the Democratic Rule of Law, considering that it is through the reasoning exposed by the judge that state power is justified. However, the Brazilian judiciary has been going through many changes, raising debates about the need for dynamism and effectiveness in state response. In this context, the discussion about *per relationem* foundation has emerged. The present work aims to deepen the understanding of how this technique is used in making decisions to decree or extend telephone interceptions and whether its adoption violates citizens' rights. In this regard, the work seeks to investigate how the technique is practically used. Therefore, in the first chapter, the telephone interception procedure is approached, how it was conceived in the legal system, and what legal boundaries are established to protect the citizen from any arbitrariness in the use of the measure. In the second chapter, the *per relationem* technique is discussed in more detail as a measure to support decree decisions and extension of telephone interception. At this point, judicial decisions are analyzed to clarify how the technique is applied as a foundation resource and how the courts decided to implement it.

**Keywords:** telephone interception; foundation; per relationem

## INTRODUÇÃO

O procedimento de interceptação telefônica é um meio de prova disposto na Lei 9.296/96 e consiste na possibilidade de a autoridade policial ter acesso a conversas telefônicas do investigado (s) sem o seu conhecimento.

Tal procedimento é tão invasivo que a lei requer o cumprimento de requisitos legais para a sua autorização, a fim de que direitos fundamentais do cidadão não sejam relativizados sem qualquer motivação que a justifique.

A Constituição Federal prevê como direitos e garantias fundamentais aspectos da privacidade do cidadão, com o objetivo de evitar a interferência do Estado em aspectos pessoais e íntimos do cidadão (art. 5º, X, XI, XII<sup>38</sup>).

Dessa forma, a única possibilidade de relativização desse direito seria a presença de conflito com outro direito, quando caberia ao magistrado sopesar, de forma motivada, a possibilidade de relativização da privacidade diante da necessidade do procedimento de interceptação telefônica.

Atualmente, entretanto, com o aumento das demandas judiciais, os magistrados estão adotando decisões cada vez mais simplificadas. O recurso da fundamentação *per relationem* vem se tornando mais comum como forma de motivar as decisões judiciais, muitas vezes se abstendo da determinação legal de fundamentação das decisões judiciais (93, IX, da Constituição Federal<sup>39</sup>).

O presente trabalho estuda como a técnica da decisão *per relationem* vem sendo utilizada pelos magistrados, e como os tribunais superiores entendem que deve ser feita sua utilização, especialmente quando trata da temática do procedimento de interceptação telefônica.

Quanto à metodologia, é utilizada a referência literária e o exame de instrumentos normativos. Para a elucidação da matéria, o estudo é dividido em dois capítulos. O primeiro abordando como se dá o procedimento de interceptação telefônica atualmente e o

38 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: 15 de abril de 2023.

39 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: 15 de abril de 2023.

segundo tratando sobre as recentes decisões *per relationem* utilizadas para autorizar a medida.

## 1.0 PROCEDIMENTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

O artigo 5º, da Constituição Federal, em rol exemplificativo, preconiza direitos e garantias fundamentais. Dentre eles, são especialmente resguardados aspectos da privacidade do indivíduo.<sup>40</sup>

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;

XI - 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; (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

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)

Segundo Pedro Lenza, os direitos fundamentais possuem a característica da limitabilidade,

que autoriza a relativização dos direitos fundamentais na presença de conflito de interesses. Assim, o juízo, diante do caso concreto, decide o direito a prevalecer. <sup>41</sup>

Dessa forma, é possível que o direito à intimidade e à privacidade decorrente das comunicações telefônicas (inciso XII) e a inviolabilidade de domicílio (inciso XI) sejam flexibilizados por ordem judicial. Com a ressalva de que o juízo se utilize da

40 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: 15 de abril de 2023.

41 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2019. Página 1.160.



proporcionalidade na interpretação do Direito, observando a mínima restrição e a máxima efetividade dos direitos fundamentais.<sup>42</sup>

Observa-se que em todas as hipóteses do artigo 5º, XII, da Constituição Federal, a quebra do sigilo exigirá autorização judicial fundamentada. Além do que, a Lei 9.296/96 também criminaliza a interceptação de comunicações ali especificadas sem autorização judicial.<sup>43</sup>

O artigo 1º da Lei 9.296/96 prevê que as interceptações deverão ser precedidas de ordem judicial do juiz competente e poderão ser decretadas na fase de inquisitorial ou no curso da ação penal. <sup>44</sup>

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

A Lei prevê a necessidade de indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal punida com pena de reclusão e a impossibilidade de materialização da prova do crime por outros meios. <sup>45</sup>

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

---

<sup>42</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Página 362.

<sup>43</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Página 366.

<sup>44</sup> BRASIL. **Lei N° 9.296, de 24 de julho de 1996**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em: 15 de abril de 2023.

<sup>45</sup> BRASIL. **Lei N° 9.296, de 24 de julho de 1996**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em: 15 de abril de 2023.

O procedimento poderá ser determinado de ofício ou por representação da autoridade policial ou do Parquet. Ainda, o prazo máximo da interceptação será de 15 dias, prorrogáveis por mais 15 (art.5º), com diligências registradas em autos apartados, mantendo o sigilo do procedimento (art. 8º). 46

Artigo 5º, Lei 9.296/96

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Cumprе ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 625.263/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, em 17.03.2022, passou a permitir a renovação sucessiva de interceptações telefônicas, desde que verificados os requisitos do art. 2º da Lei 9.296/1996. 47

Outrossim, o procedimento pode se estender para além do prazo legal, com sucessivas renovações, desde que demonstrada a necessidade a partir de elementos concretos e a complexidade da investigação, garantindo que a decisão judicial inicial e as prorrogações sejam devidamente motivadas, com justificativa legítima a embasar a continuidade das investigações.48

## 2.DA UTILIZAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM

O artigo 93, IX, da Constituição Federal prevê que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão, em regra, públicos e fundamentados, sob pena de nulidade. É por meio da fundamentação nas decisões judiciais que as partes possuem contato com a motivação utilizada pelo juízo para decidir em determinado sentido. 49

---

46 BRASIL. Lei N° 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm). Acesso em: 15 de abril de 2023.

47 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 625.263/PR, rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário, j. 17.3.2022.

48 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 625.263/PR, rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário, j. 17.3.2022.

49 LOPES Jr., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Você sabe o que é fundamentação 'per relationem'? **Consultor Jurídico**, 13 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-13/voce-sabe-fundamentacao-per-relationem>. Acesso em: 05 de abril de 2023.

A fundamentação demonstra se os fundamentos utilizados pelo julgador estão em observância com o ordenamento jurídico e se a imposição do peso estatal sobre o indivíduo se justifica. É também por meio da motivação do juízo que a parte decide recorrer da decisão, exercendo o contraditório. 50

A fundamentação *per relationem* se dá quando o juízo se utiliza apenas de remissão à fundamentação alheia para motivar sua decisão. De forma prática, no processo penal, costuma se dar pela menção ao pedido feito pelo Ministério Público, já que é raro o Juízo se utilizar dessa técnica com a tese defensiva.<sup>51</sup>

Há quem entenda que a prática é mais um subterfúgio para que os magistrados possam se “apropriar da fundamentação de decisões prévias e transpô-las ao caso que têm diante de si para julgamento. Em outros termos, trata-se de um “Ctrl+c Ctrl+v” jurídico”.<sup>52</sup>

Na edição 117 do informativo Jurisprudência em Teses, o Superior Tribunal de Justiça publicou a tese sobre a possibilidade do uso da fundamentação *per relationem*: “É admissível a utilização da técnica de fundamentação *per relationem* para a prorrogação de interceptação telefônica quando mantidos os pressupostos que autorizaram a decretação da medida originária”.<sup>53</sup>

Atualmente, existe consenso no Superior Tribunal de Justiça de que é admitida a fundamentação *per relationem*, como meio de reafirmar a fundamentação de decisões anteriores ou acrescentar à nova decisão os termos da manifestação ministerial anterior.<sup>54</sup>

---

50 LOPES Jr., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Você sabe o que é fundamentação 'per relationem'? **Consultor Jurídico**, 13 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-13/voce-sabe-fundamentacao-per-relationem>. Acesso em: 05 de abril de 2023.

51 LOPES Jr., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Você sabe o que é fundamentação 'per relationem'? **Consultor Jurídico**, 13 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-13/voce-sabe-fundamentacao-per-relationem>. Acesso em: 05 de abril de 2023.

52 STRECK, Lenio. “Fundamentação” *per relationem* — a “técnica” ilegal e inconstitucional. **Consultor Jurídico**, 16 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-16/observatorio-fundamentacao-per-relationem-tecnica-ilegal-inconstitucional>. Acesso em: 05 de abril de 2023.

53 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Jurisprudência em Teses. 25 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%20117:%20INTERCEPTA%C7%C3O%20TELEF%D4NICA%20-%20I>. Acesso em: 12 abril 2023.

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 1.790.666/SP**, rel. Ministro Felix Fischer. Quinta Turma, j. 20.4.2021.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTRAÇÃO ILEGAL. COMERCIALIZAÇÃO. EVASÃO DE DIVISAS. LAVAGEM DE DINHEIRO. USO DE DOCUMENTO FALSO. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INOC ORRÊNICA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º e 8º DA LEI Nº 9.296/96. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO EM QUE SE DELIBEROU PELA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CONTINUIDADE DA MEDIDA. NÃO INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA 7/STJ. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O apelo do Ministério Público observou o prazo de interposição de 15 dias contínuos, conforme art. 798 do Código de Processo Penal e art. 1.003, § 5º, do Código de Processo Civil, sendo, portanto, tempestivo.

II - Na hipótese, o eg. Tribunal de origem apontou que "havia, no âmbito das investigações que resultariam na "Operação Quilate", uma decisão cronologicamente anterior àquela de fl. 53, a qual consta do apenso autuado sob número 2007.61.02.014560-0", concluindo, ainda, que "com base nessa e em outras medidas investigatórias, inaugurou-se novo inquérito (que se tornaria a base principal da presente ação penal). Neste, houve a representação de fls. 33/42, por meio d qual foi destacado o ponto inicial das investigações, qual seja, o procedimento autuado sob número 2007.61.02.014560-0" (fl. 10.500), assim resta evidente a continuidade da medida - como pontuado pelo magistrado a quo - , dado explicitamente admitido e delineado no decisório recorrido, que não implica no vedado reexame do material de conhecimento.

III - Não se constatou, no caso dos autos, a apontada carência de fundamentação na decisão de deferimento da medida de interceptação telefônica, pois, embora sucinta, está lastreada na imprescindibilidade à continuidade das investigações e com referência expressa ao parecer ministerial, atendendo a necessidade e utilidade da medida, nos termos da Lei n. 9.296/1996.

IV - O entendimento jurisprudencial pacificado é no sentido de que a utilização da fundamentação per relationem, seja para fim de reafirmar a fundamentação de decisões anteriores, seja para

incorporar à nova decisão os termos de manifestação ministerial anterior, não implica vício de fundamentação. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.790.666/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 6/5/2021.)

No caso supracitado, o Juízo de origem não menciona a presença dos requisitos do art. 2º da Lei 9.296/96, mas apenas infere se tratar de “medida imprescindível para a continuidade das investigações”. O Egrégio Tribunal entendeu que a mera referência expressa ao parecer ministerial, que teria indicado a necessidade e utilidade da medida, bastaria para fundamentar a decisão. 55

Assim, a Quinta Turma entendeu que estava subentendido que o magistrado fazia remissão à manifestação ministerial e que estaria adotando, portanto, a fundamentação do Ministério Público, mesmo que sem análise própria do juízo.56

Em outra decisão, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça ainda julgou no sentido de que é permitida a motivação *per relacionem* para justificar a quebra do sigilo telefônico. No caso em concreto, o Ministério Público havia representado pela inclusão de novos terminais. Em breve decisão, o Juízo tomou por base unicamente os argumentos trazidos pelo Ministério Público.57

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA NA FORMA DO CPC E DO RISTJ. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE NÃO VIOLADO. PRORROGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ADMISSIBILIDADE DA MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM PARA QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. NULIDADE NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O relator no STJ está autorizado a proferir decisão monocrática, que fica sujeita à apreciação do respectivo órgão colegiado mediante

---

55 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 1.790.666/SP**, rel. Ministro Felix Fischer. Quinta Turma, j. 20.4.2021.

56 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 1.790.666/SP**, rel. Ministro Felix Fischer. Quinta Turma, j. 20.4.2021.

57 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC n. 136.245/MG**, rel. Ministro João Otávio de Noronha. Quinta Turma, j. 14.9.2021.

a interposição de agravo regimental, não havendo falar em violação do princípio da colegialidade (arts. 932, III, do CPC e 34, XVIII, a e b, do RISTJ).

2. É possível a prorrogação da interceptação telefônica, sem limite de vezes, mas sempre com autorização judicial, devendo ser demonstrada a indispensabilidade da escuta como meio de prova e a permanência dos pressupostos previstos na Lei n. 9.296/1996.

3. Admite-se o uso da motivação per relationem para justificar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Precedentes do STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC n. 136.245/MG, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021.)

Cabe ressaltar que a quebra do sigilo telefônico se distingue da interceptação das comunicações telefônicas. Ocorre que a quebra do sigilo telefônico apenas disponibiliza o registro das ligações efetuadas e recebidas. Enquanto a interceptação telefônica garante acesso ao teor da conversa.<sup>58</sup>

O Superior Tribunal de Justiça também traz diferenciação entre a primeira autorização de interceptação telefônica e as “posteriores decisões de prorrogação”. Assim, nas decisões de prorrogações não seria necessário constar os fundamentos da decisão inicial:<sup>59</sup>

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, LAVAGEM DE DINHEIRO, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO.

1. Ao autorizar a quebra do sigilo telefônico do recorrente, o Magistrado descreveu, de maneira clara, a situação objeto da investigação, com a indicação de que haveria um grupo criminoso estabelecido na cidade de Ribeirão Preto - SP, com ramificações em

58 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. A interceptação telefônica como meio de prova. 8 de outubro de 2017. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-10-08\\_08-00\\_A-interceptacao-telefonica-como-meio-de-prova.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-10-08_08-00_A-interceptacao-telefonica-como-meio-de-prova.aspx). Acesso em: 12 abril 2023.

59 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 105.840/SP**, rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma, j. 6.8.2019.



vários municípios do estado de São Paulo e em outros estados da federação, que estaria agindo em diversas frentes criminosas, especialmente na prática dos crimes de tráfico de drogas, organização criminosa e lavagem de capitais.

2. A decisão que autorizou a quebra do sigilo telefônico - amparada na representação da autoridade policial e em minucioso relatório elaborado pelo Grupo de Investigações Sensíveis da Polícia Federal em Ribeirão Preto - evidenciou não só a impossibilidade de a prova ser feita por outros meios disponíveis, como também a imprescindibilidade da medida, conforme exigência prevista no art. 5º da Lei n. 9.296/1996. De igual forma, houve a indicação e a qualificação dos indivíduos objeto da investigação, com menção também à forma de execução da diligência.

3. A lei permite a prorrogação das interceptações diante da demonstração da indispensabilidade da prova, sendo que as razões tanto podem manter-se idênticas às do pedido original quanto podem alterar-se, desde que a medida ainda seja considerada indispensável. Essas posteriores decisões não precisam reproduzir os fundamentos da decisão inicial, na qual já se demonstrou, de maneira pormenorizada e concretamente motivada, o preenchimento de todos os requisitos necessários à autorização da interceptação, à luz dos requisitos constantes da Lei n. 9.296/1996.

4. A referência, feita na decisão de prorrogação (como nas seguintes), à permanência das razões inicialmente legitimadoras da medida de interceptação e ao contexto fático delineado pela autoridade policial não representa, pois, falta de fundamentação legal, porquanto o que importa, para a renovação, é que o Juiz tenha conhecimento do que está sendo investigado, justificando a continuidade das interceptações mediante a demonstração de sua necessidade, tal como ocorreu na espécie.

5. A suspensão do monitoramento telefônico somente ocorreu porque, naquele momento, os investigados haviam deixado de usar os terminais interceptados; assim, após a realização de algumas diligências, com a descoberta de fatos novos, fez-se necessária a retomada da medida, o que, por si só, não conduz à ilegalidade das provas obtidas por meio das escutas telefônicas.

6. Recurso em habeas corpus não provido.

(RHC n. 105.840/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe de 23/8/2019.)

O Egrégio Tribunal entende que a prorrogação das interceptações telefônicas depende da demonstração da indispensabilidade da prova. Assim, o conhecimento do juiz sobre os fatos investigados que justificariam a continuidade das interceptações, acompanhado da demonstração da imprescindibilidade de prorrogação da escuta, bastariam para a renovação.<sup>60</sup>

No âmbito da Sexta Turma, o entendimento é no sentido da possibilidade do uso da técnica *per relationem* para fundamentar a decisão. Entretanto, impõe-se que o julgador acrescente suas próprias razões.

Em caso concreto julgado pela Sexta Turma, o Juízo de origem teria utilizado a técnica *per relationem*, fazendo referência à decisão de quebra de sigilo bancário para fundamentar a decisão de autorização e prorrogação de interceptação telefônica.<sup>61</sup>

HABEAS CORPUS. NULIDADE. OPERAÇÃO DRENAGEM. CRIME CONTRA O PROCESSO LICITATÓRIO, CORRUPÇÃO ATIVA, CORRUPÇÃO PASSIVA E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA QUE OS FUNDAMENTOS DA REPRESENTAÇÃO DERAM SUPORTE À DECISÃO. PRECEDENTE. SEM PEDIDO LIMINAR. PARECER MINISTERIAL PELO NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O writ foi impetrado contra decisão monocrática de Desembargador relator, na Corte local, da medida cautelar que deferiu o pedido de interceptação telefônica em fase do paciente. Em tais casos, esta Corte, seguindo por analogia a inteligência do Enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, entende não ser cabível a impetração de habeas corpus contra decisão

60 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 105.840/SP**, rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma, j. 6.8.2019.

61 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 654.131/RS**, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma, j. 16.11.2021.

monocrática do relator, salvo a hipótese de inquestionável teratologia ou ilegalidade manifesta.

2. A interceptação de comunicações telefônicas depende de decisão judicial fundamentada, a qual não excederá quinze dias, renovável por igual período, apontando a indispensabilidade do meio de prova, indícios razoáveis de autoria e fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão, que poderá ser determinada de ofício ou por representação da autoridade policial ou do Parquet, devendo, nesses casos, o pedido demonstrar a necessidade da medida, com indicação dos meios a serem empregados (arts. 1º a 5º da Lei n. 9.296/1996).

3. Ademais, o entendimento jurisprudencial pacificado é no sentido de que a utilização da fundamentação per relationem, seja para fim de reafirmar a fundamentação de decisões anteriores, seja para incorporar à nova decisão os termos de manifestação ministerial anterior, não implica vício de fundamentação (AgRg no AREsp n. 1.7906.66/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 6/5/2021). E mais, admite-se o uso da motivação per relationem para justificar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas (AgRg no RHC n. 136.245/MG, Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe 20/9/2021). Precedentes.

4. No caso, as decisões hostilizadas da Corte estadual que deferiram interceptação telefônica e respectiva prorrogação não previram, expressamente, que os fundamentos da representação deram suporte à decisão - o que constituiria meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação reportada como razão de decidir - carecendo, assim, de fundamento idôneo para deferir a medida cautelar.

5. Outrossim, a referência à representação do Parquet local somente supre a ausência de fundamentação em relação à participação dos investigados nas infrações penais, carecendo, pois, de fundamentação, quanto aos indícios razoáveis de autoria (art. 2º, I, primeira parte, da Lei n. 9.296/1996), à impossibilidade de realização de provas por outros meios disponíveis (art. 2º, II, da Lei n. 9.296/1996) e à demonstração de que a sua realização é necessária à

apuração de infração penal (art. 4º da Lei n. 9.296/1996) - (EDcl no HC n. 421.914/RS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 15/10/2019).

6. Ordem concedida para declarar nulas as decisões que determinaram a interceptação telefônica e a prorrogação - decisões de fls. 300/301 (fls. 168/168-v do Autos originários) e 602/603 (fls. 327/327-v do Autos originários) - deferidas em desfavor do paciente no Procedimento Investigatório do Ministério Público n. 70070747308 (CNJ n. 0284924-91.2016.8.21.7000), do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, devendo o Juiz natural identificar as provas delas derivadas, que deverão ser invalidadas.

(HC n. 654.131/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 19/11/2021.)

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a decisão careceu de fundamento idôneo para deferir a medida cautelar: 62

Outrossim, a referência à representação do Parquet local somente supre a ausência de fundamentação em relação à participação dos investigados nas infrações penais, carecendo, pois, de fundamentação, quanto aos indícios razoáveis de autoria (art. 2º, I, primeira parte, da Lei n. 9.296/1996), à impossibilidade de realização de provas por outros meios disponíveis (art. 2º, II, da Lei n. 9.296/1996) e à demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal (art. 4º da Lei n. 9.296/1996) – (EDcl no HC n. 421.914/RS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 15/10/2019).

No presente caso, o Egrégio Tribunal deixou claro que a mera referência ao pedido do órgão ministerial não está apta a fundamentar a decisão para conceder a medida de interceptação telefônica, pois o juízo não apresentou as razões do seu convencimento.<sup>63</sup>

Em caso semelhante, também julgado recentemente pela Sexta Turma, o juízo natural da causa apenas consignou o deferimento da representação ministerial, sem

---

62 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 654.131/RS**, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma, j. 16.11.2021.

63 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 654.131/RS**, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma, j. 16.11.2021.

fundamentos concretos da necessidade da diligência e a impossibilidade de obtenção da prova por outros meios. Não constando sequer o nome dos investigados na decisão.<sup>64</sup>

RECURSO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO SEVANDIJA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO INICIAL E DAS PRORROGAÇÕES DA MEDIDA. INIDONEIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Consoante imposição do art. 93, IX, primeira parte, da Constituição da República de 1988, "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade", exigência que funciona como garantia da atuação imparcial e secundum legis (sentido lato) do órgão julgador. Presta-se a motivação das decisões jurisdicionais a servir de controle, da sociedade e das partes, sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas pelas partes e se bem aplicou o direito ao caso concreto.

2. A decisão que autorizou a interceptação telefônica carece de motivação idônea, porquanto não fez referência concreta aos argumentos mencionados na representação ministerial, tampouco demonstrou, ainda que sucintamente, o porquê da imprescindibilidade da medida invasiva da intimidade.

3. Também as decisões que autorizaram a prorrogação da medida não foram concretamente motivadas, haja vista que, mais uma vez, o Juiz de primeiro grau se limitou a autorizar a inclusão de outros terminais a prorrogação das diligências já em vigor e a exclusão de outras linhas telefônicas, nos moldes requeridos pelo Parquet, sem registrar, sequer, os nomes dos representados adicionados e daqueles em relação aos quais haveria continuidade das diligências, nem sequer dizer as razões pelas quais autorizava as medidas.

4. Na clássica lição de Vittorio Grevi (*Libertà personale dell'imputato e costituzione*. Giuffrè: Milano, 1976, p. 149), cumpre evitar que a garantia da motivação possa ser substancialmente afastada "mediante o emprego de motivações tautológicas, apodíticas ou

---

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 119.342/SP**, rel. Ministro Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma, j. 20.09.2022.

aparentes, ou mesmo por meio da preguiçosa repetição de determinadas fórmulas reiterativas dos textos normativos, em ocasiões reproduzidas mecanicamente em termos tão genéricos que poderiam adaptar-se a qualquer situação."

5. Esta Corte Superior admite o emprego da técnica da fundamentação per relationem. Sem embargo, tem-se exigido, na jurisprudência desta Turma, que o juiz, ao reportar-se a fundamentação e a argumentos alheios, ao menos os reproduza e os ratifique, eventualmente, com acréscimo de seus próprios motivos. Precedentes.

6. Na estreita via deste writ, não há como aferir se a declaração de nulidade das interceptações macula por completo o processo penal, ou se há provas autônomas que possam configurar justa causa para sustentar o feito apesar da ilicitude reconhecida.

7. Recurso provido para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio das interceptações telefônicas, bem como de todas as que delas decorreram, de modo que deve o Juiz de Direito desentranhar as provas que tenham sido contaminadas pela nulidade. Extensão de efeitos aos coacusados, nos termos do voto.

(RHC n. 119.342/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 6/10/2022.)

No caso concreto supracitado, as decisões que deferiram as prorrogações também não restaram concretamente motivadas:

Também as decisões que autorizaram a prorrogação da medida não foram concretamente motivadas, haja vista que, mais uma vez, o Juiz de primeiro grau se limitou a autorizar a inclusão de outros terminais a prorrogação das diligências já em vigor e a exclusão de outras linhas telefônicas, nos moldes requeridos pelo Parquet, sem registrar, sequer, os nomes dos representados adicionados e daqueles em relação aos quais haveria continuidade das diligências, nem sequer dizer a razão pela qual autorizava as medidas. 65

Dessa forma, observa-se que a Sexta Turma passou a exigir que o Juízo corroborasse os fundamentos trazidos não só a partir de julgados anteriores ou

---

65 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 119.342/SP**, rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma, j. 20.09.2022.



manifestações das partes, mas também com suas próprias razões. Tal posição parece ser a mais razoável, já que permite às partes o pleno conhecimento do entendimento do Juízo e os fundamentos da decisão.

A relativização de um direito fundamental na presença de necessidade de uma investigação, quando demonstrada a necessidade do caso concreto, só é autorizada quando baseada em fundamentação concreta, justificada pelo juízo.

Há que se levar em conta, ainda, que o contraditório no procedimento da interceptação telefônica é diferido ou postergado, justamente para garantir a eficácia desse meio de prova, cuja natureza conta com o desconhecimento do investigado. Assim, o juízo, ao proferir a decisão pelo procedimento, possui ainda maior responsabilidade em garantir sua extrema necessidade.

O perigo em permitir que as decisões sejam cada vez mais mecânicas, com meras citações a decisões anteriores ou manifestações ministeriais, é de que não só os requisitos da Lei 9.296/96 sejam desobedecidos, mas que o padrão para permitir interceptações seja cada vez menor, violando o direito fundamental do indivíduo à privacidade.

A decisão da Sexta Turma em autorizar o uso do instrumento de fundamentação *per relationem* desde que acompanhado de fundamentação do próprio juízo, apesar de ser um passo rumo a direção certa, somente explicita o que o ordenamento jurídico já deixou claro: o juízo tem o dever de fundamentar todas as decisões, sem exceções. E a mera menção não constitui motivação apta a legitimar a decisão judicial.

## **CONCLUSÃO**

A celeridade exigida nos atos processuais brasileiros é uma temática discutida há um bom tempo, em razão de inúmeros casos que demonstram a ineficácia na resposta estatal. Recursos como a fundamentação *per relationem* são vistos como medidas que procuram diminuir o encargo do judiciário em fundamentar de maneira completa todas as decisões judiciais.

Entretanto, a Constituição Federal prevê que todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas. Nesse contexto, o texto legal deixa claro que a fundamentação é requisito básico das decisões judiciais, e não pode ser interpretado como a mera presença de uma justificativa retirada de pronunciamento alheio ou decisões proferidas em contexto fático diverso.

É importante ressaltar que é a fundamentação do julgador que legitima ou não a força estatal sobre o indivíduo. Não fosse a presença de uma fundamentação que permita

às partes entenderem a razão do juízo e recorrerem quando acharem ter seus direitos violados, o Estado estaria simplesmente impondo sua força.

As recentes decisões da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça esclarecem que a mera menção a decisões anteriores ou pronunciamentos ministeriais não tem, por si só, o caráter de fundamentar uma decisão, pois a fundamentação se trata da motivação do juízo competente no presente contexto fático.

Dessa forma, a fundamentação *per relationem* pode ser vista como reforço argumentativo, mas não como o teor completo de uma decisão judicial. Aceitar esse instrumento como argumento suficiente a embasar uma decisão judicial é especialmente perigoso quando se tratam de decisões que relativizam direitos fundamentais do cidadão, como é o caso da interceptação telefônica.

## REFERÊNCIAS

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: 15 de abril de 2023.

BRASIL. **Lei N° 9.296**, de 24 de julho de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em: 15 de abril de 2023

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. A interceptação telefônica como meio de prova. 8 de outubro de 2017. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-10-08\\_08-00\\_A-interceptacao-telefonica-como-meio-de-prova.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-10-08_08-00_A-interceptacao-telefonica-como-meio-de-prova.aspx). Acesso em: 12 abril 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 1.790.666/SP**, rel. Ministro Felix Fischer. Quinta Turma, j. 20.4.2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC n. 136.245/MG**, rel. Ministro João Otávio de Noronha. Quinta Turma, j. 14.9.2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Jurisprudência em Teses. 25 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2017:%20INTE RCEPTA%C7%C3O%20TELEF%D4NICA%20-%20I>. Acesso em: 12 abril 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE 625.263/PR**, rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário, j. 17.3.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 105.840/SP**, rel. Ministro Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma, j. 6.8.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 119.342/SP**, rel. Ministro Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma, j. 20.09.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 654.131/RS**, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma, j. 16.11.2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2019.

LOPES Jr., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Você sabe o que é fundamentação 'per relationem'? **Consultor Jurídico**, 13 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-13/voce-sabe-fundamentacao-per-relationem>. Acesso em: 05 de abril de 2023.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

STRECK, Lenio. "Fundamentação" per relationem — a "técnica" ilegal e inconstitucional. **Consultor Jurídico**, 16 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-16/observatorio-fundamentacao-per-relationem-tecnica-ilegal-inconstitucional>. Acesso em: 05 de abril de 2023.

## O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO E O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA

**MARILLIA BOTELHO NUNES.**

Bacharelanda em Direito pela  
Universidade de Gurupi – UnirG<sup>66</sup>.

FLÁVIA GONÇALVES BARROS DANTAS<sup>67</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O crime de lavagem de dinheiro é entendido como a conduta do criminoso de ocultar ou dissimular o produto do crime. Nos dias atuais é um crime bastante cometido, principalmente por políticos, por grandes empresários e quadrilhas. Tal crime tem como base normativa a Lei nº 9.613/98 sendo parcialmente alterada pela atual Lei nº 12.683/12. Nos últimos anos tem-se debatido diversas formas de combater a prática desse crime, dentre os quais se destaca a delação premiada. Diante disso, o presente estudo teve como objetivo discorrer a respeito da efetividade da delação premiada no combate ao crime de lavagem de dinheiro. Buscou-se com esse tema, estabelecer o impacto que a delação premiada pode ocasionar na identificação e desenvolvimento do presente crime. Na metodologia, tratou-se de uma revisão da literatura. A coleta de dados se deu na busca em banco de dados, tais como Google Acadêmico, Scielo, dentre outros; entre os meses de março e abril de 2023. Nos critérios de inclusão buscou-se encontrar trabalhos científicos que discorressem sobre o respectivo tema. Nos resultados, ficou entendido que após a edição da Lei nº 12.683/2012, observou-se uma reformulação da delação premiada no delito de lavagem de dinheiro, pois notadamente a premiação passou a ser estipulada como uma possibilidade a ser determinada segundo a discricionariedade do juiz, e não com a certeza da aplicabilidade de algum benefício ao colaborador. Notadamente, tal modificação dá maior força ao acordo com o delator, de tal maneira que acaba sendo exigida melhor eficiência da delação.

**Palavras-chave:** Delação premiada. Delito. Dinheiro. Delação.

### THE CRIME OF MONEY LAUNDERING AND THE AWARD-WINNING INSTITUTE

**ABSTRACT:** The crime of money laundering is understood as the conduct of the criminal to hide or conceal the product of the crime. Nowadays it is a crime widely committed, especially by politicians, by great entrepreneurs and gangs. This crime is based on Law No. 9,613/98 being partially amended by the current Law No. 12,683/12. In recent years, various ways of combating the practice of this crime has been discussed, among which the award-

66 E-mail: [marilliabnunes@unirg.edu.br](mailto:marilliabnunes@unirg.edu.br)

67 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: [flaviabarros@unirg.edu.br](mailto:flaviabarros@unirg.edu.br).

winning denunciation stands out. Given this, the present study aimed to discuss the effectiveness of the award-winning denunciation in combating the crime of money laundering. This theme was sought to establish the impact that the award-winning denunciation can lead to the identification and development of this crime. In the methodology, it was a literature review. Data collection took place in the search for database, such as Google Academic, Scielo, among others; between March and April 2023. In the inclusion criteria, we sought to find scientific works that would discuss the respective theme. In the results, it was understood that after the edition of Law nº. 12.683/2012, there was a reformulation of the awarded denunciation in the crime of money laundering, since notably the award was stipulated as a possibility to be determined according to the discretion of the judge, and not with the certainty of the applicability of some benefit to the employee. Notably, such a modification gives greater strength to the agreement with the whistleblower, in such a way that it ends up being required better efficiency of the denunciation.

**Keywords:** Award-winning denunciation. Crime. Money. Denunciation.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O crime de lavagem de dinheiro: síntese geral. 2.1 Da legislação brasileira 3. A delação premiada: aspectos gerais. 4. A delação premiada aplicada ao crime de lavagem de dinheiro. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O crime de lavagem de dinheiro sempre foi um tema bastante debatido no Brasil, principalmente nos últimos anos, em que várias situações demandaram a atenção especial do Estado e da sociedade nesse assunto. No entanto, há poucos dados probabilísticos que mostrem o real quadro sobre a quantificação dessa prática (FARIAS, 2018).

Esse tipo de crime pode ser entendido de modo geral como o processo de mutação do “dinheiro sujo” (produto criminoso) em “dinheiro limpo” (aparentemente regular). Trata-se, em verdade, da manobra delitativa de introdução no sistema econômico e financeiro oficial dos produtos auferidos através de práticas criminosas (BADARÓ; BOTTINI, 2016).

Como forma de combater esse crime, tem surgido na doutrina, na jurisprudência e na própria legislação, o instituto da delação premiada. Como bem defende Silva; Silva; Braga (2019) a delação premiada representa um importante recurso para combater tal problemática, que apesar de ser detentora de críticas, possibilita um processo de colaboração entre o infrator e o Estado capaz de facilitar o desenvolvimento de medidas

investigativas aptas a promover a compreensão do processo de lavagem de dinheiro e, bem como, sua repressão.

Dessa forma, é claro e objetivo neste trabalho, os grandes prejuízos causados pela lavagem de dinheiro. De acordo com as doutrinas e também várias Jurisprudências, resta provado que a lei em questão não tem tido tanta eficácia como se espera no Brasil, deixa assim muitos criminosos impunes e traz uma revolta por se tratar de um crime tão expressivo principalmente no que tange o tráfico de drogas e também o tráfico de armas (FARIAS, 2018).

Diante disso, tenciona nesse estudo responder a seguinte questão norteadora: de que forma o instituto da delação premiada pode auxiliar na investigação e prevenção do crime de lavagem de dinheiro? Com isso, esta pesquisa tem o objetivo de discorrer sobre a possibilidade de aplicação da delação premiada nos crimes de lavagem de dinheiro.

## **2. O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: SÍNTESE GERAL**

A alta criminalidade tem assustado os brasileiros diuturnamente, os quais sentem-se inseguros de saírem nas ruas e serem vitimados pela violência e até mesmo de confiarem em pessoas acusadas de cometerem o delito de lavagem de dinheiro, quase que diariamente mencionado nos noticiários nacionais.

Normalmente, a lavagem de dinheiro é constatada juntamente com delitos de corrupção, cometidos por organizações criminosas que necessitam justificar a origem de sua arrecadação financeira, sendo quase que uma consequência daquele.

Historicamente, o termo "lavagem de dinheiro" surgiu nos Estados Unidos, na década de 1920, em referência à aquisição de lavanderias por mafiosos para ocultar o produto de seus crimes (MORO, 2010). A respeito desse período inicial, cabe mencionar:

“Lavagem de dinheiro” é um crime cuja expressão nos leva de volta à década de 1920, nos Estados Unidos, quando as organizações mafiosas aplicavam o capital resultado de dinheiro do crime em lavanderias. A expressão tornou-se, portanto, uma forma genérica de se referir a processos ou operações de ocultação de origem do dinheiro ou de bens resultantes de atividades criminosas, integrando esses valores ao sistema econômico e financeiro em operações que convertiam o dinheiro sujo em dinheiro limpo (PEREIRA, 2016, p. 01).

Num conceito mais específico, Veiga (2017, p. 03) explica que o crime de lavagem de dinheiro é exercido com a finalidade de “criar obstáculo para que uma específica quantia



conseguida de forma ilegal seja rastreada, identificada. Ao contrário, a lavagem do dinheiro propicia dar uma “aparência” legal ao mesmo, associando-o a atividades lícitas”.

A atual legislação pertinente ao crime em análise - Lei nº 12.683/12 traz o seu conceito, entendida como a ocultação ou dissimulação a “natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal” (BRASIL, 2012).

Uma das grandes questões relacionadas a esse crime está no fato de que ele é desde sempre acompanhado de outros crimes maiores, no sentido de encobri-los. É exercido na sua maioria por grupos de criminalidade organizada.

Ao discorrer sobre essa questão, Silva (2017) explica que a criminalidade organizada possui um enorme poder de corrupção, sendo extremamente organizada, possuindo uma estrutura piramidal formada por cadeias específicas de comando e a própria necessidade de “legalizar” os lucros obtidos com o crime (lavagem de dinheiro).

Vários são os crimes que se adequam à criminalidade organizada, dentre os quais se destacam o tráfico de entorpecentes, armas, órgãos, seres humanos, material nuclear, pedras preciosas e antiguidades; fraudes bancárias e em negócios públicos; homicídios; roubos e extorsões, dentre outros.

Mendroni (2018) afirma que no geral, esses grupos criminosos possuem como característica principal a ligação familiar (como as famílias mafiosas), étnico ou instrumental (hierárquico, por exemplo); na frequência de contatos e em determinadas áreas geográficas.

O fato é que a lavagem de dinheiro é um meio que esses grupos encontraram de encobrir crimes ainda maiores, como os destacados anteriormente. É uma prática bastante usual, uma vez que pouco chama a atenção inicialmente e de difícil identificação. Na atualidade, esses grupos tem se valido dos avanços tecnológicos e digitais (como as redes sociais, por exemplo) para praticarem esse crime.

No Brasil, a responsabilidade de identificar e monitorar possíveis operações suspeitas de lavagem de dinheiro é do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, órgão ligado ao Ministério da Fazenda (BRASIL, 1998).

Tal crime possui três fases: colocação, camadas e integração. A primeira é a mudança dos fundos do crime para o local do investimento, a segunda são várias operações para disfarçar a trilha e impedir o crescimento da investigação e a última é a que torna o dinheiro disponível para o criminoso (VIRDI, 2013). Na classificação de Serra (2021) ela é

apresentada da seguinte forma:

**QUADRO 1 - Fases do crime de lavagem de dinheiro**

FASE	DESCRIÇÃO
1 - Colocação ou ocultação	O objetivo é ocultar os valores obtidos de forma ilícita.
2 - Estratificação ou escurecimento	Com os valores já colocados no mercado, surge a necessidade de apagar qualquer rastro de ilegalidade. É preciso que haja uma aparência de licitude do capital, sendo a fase de dissimulação. A origem ilícita é disfarçada, a fim de destruir qualquer marca que leve à reconstrução da trilha criminosa
3 - Integração ou reinversão	Momento onde os valores já estão inseridos e não demonstram mais quaisquer ligações com as condutas criminosas anteriores. Com a formalidade do dinheiro, é possível a realização de saques para investimentos legítimos. Qualquer movimentação financeira que justifique o capital de forma lícita é feita, com o objetivo de dar total aspecto legal aos valores.

Fonte: Serra (2021)

A par dessas fases, o crime de lavagem de dinheiro traz uma série de efeitos danosos para o Estado e também para a sociedade. A respeito desse fato, Menezes (2020) informa que só no ano de 2017 no Brasil, quadrilhas que praticaram delitos financeiros causaram R\$ 69,5 bilhões em danos. Em escala global, os danos causados pela lavagem de dinheiro chegaram ao patamar de prejuízo na casa dos US\$ 2,6 trilhões, equivalente a 5% do Produto Interno Bruto do mundo inteiro.

Mas os prejuízos não são encontrados apenas na esfera econômica. Segundo

lembra Ortega (2018) o crime de lavagem de dinheiro causa para a sociedade uma série de danos, como por exemplo, o aumento do desemprego, exorbitantes prejuízos financeiros para empresários e investidores, queda dos índices de desenvolvimento humano, aumento da corrupção, insegurança pública e principalmente a diminuição da arrecadação de impostos e de investimentos em educação e saúde.

No intuito de coibir a sua prática, o direito brasileiro tem disposto de leis específicas que criminalizam essa conduta, conforme exposto no tópico seguinte.

## 2.1 DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A primeira norma brasileira que tratou especificamente sobre o crime de lavagem de dinheiro foi a Lei nº 9.613, de 1998, que fora promulgada em consequência dos compromissos internacionais assumidos a partir da assinatura da Convenção de Viena de 1988 pelo Brasil.

Na presente norma, vários pontos foram debatidos, uma vez que esta lei não foi unânime no sentido de melhor eficácia ao combate ao crime. Em que pese a sua importância histórica em trazer um maior nível de combate a esse crime, o seu texto foi vítima de algumas críticas. No entendimento de Masschietto (2009 *apud* ORTEGA, 2018, p. 01) a respeito desse texto, houve uma falha ao apontar o terrorismo e as práticas patrocinadas por organização criminosa, pois a alusão a esses dois crimes é equivocada, uma vez que eles na época à edição da Lei não eram definidos de forma regular pelo ordenamento jurídico, dependendo de regulamentação complementar.

Cabe mencionar ainda que na presente norma, o crime de lavagem de dinheiro era dependente de outro delito antecedente para que seja configurado. Ou seja, para ser aplicado, era preciso que a lavagem de dinheiro seja resultado de outros crimes, como por exemplo, o de terrorismo, acima citado (ORTEGA, 2018).

Além dessas críticas da doutrina brasileira, em 2011, o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) organismo internacional que tem como foco buscar medidas de prevenção à prática da lavagem de dinheiro no mundo, trouxe uma série de críticas ao sistema brasileiro, tais como as ínfimas condenações finais por lavagem de dinheiro, ausência de responsabilização civil ou administrativa às pessoas jurídicas, não inclusão de advogados, tabeliães, contadores, dentre outras, como obrigados a comunicar operações suspeitas, etc. (FARIAS, 2018).

Diante desses apontamentos críticos sobre a norma, foi promulgada em 2012 a Lei nº 12.683. Desse modo, o crime de lavagem de dinheiro é atualmente regulamentado pela Lei nº 12.683 de 2012 que ampliou a abrangência desse crime em território brasileiro.

Conforme expõe essa norma supracitada, atribui-se às pessoas físicas e jurídicas de diversos setores econômico-financeiros maior responsabilidade na identificação de clientes e manutenção de registros de todas as operações e na comunicação de operações suspeitas, sujeitando-as ainda às penalidades administrativas pelo descumprimento das obrigações. Isso se deu devido ao aumento da prática de crime de lavagem de dinheiro.

Taveira (2015) justifica a atualização legislativa sob o argumento de que a persecução penal com o texto anterior não estava atendendo aos anseios da sociedade, uma vez que era ineficiente no combate ao crime organizado e a lavagem do dinheiro adquirido ilicitamente.

Para Lima (2018) essa atual norma jurídica trouxe alguns benefícios, como por exemplo, a retirada do rol taxativo de crimes antecedentes, fortaleceu o controle administrativo sobre setores sensíveis à reciclagem de capitais e ampliou as medidas cautelares patrimoniais incidentes sobre o crime em espécie.

Soma-se a isso, o posicionamento dos tribunais federais brasileiros em buscar medidas que afastam qualquer possibilidade de continuidade do crime analisado ou a sua reincidência pelo criminoso. A título de exemplo, no julgado abaixo a julgadora permitiu que os réus, que dentre outros crimes, cometeram o de lavagem de dinheiro, pudessem ter a liberdade concedida. A justificativa da magistrada era a de que a limitação da liberdade destes, evitariam a continuidade da prática delituosa. Nesse sentido, cita-se o respectivo julgado:

PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. PRISÃO. REVISÃO PERIÓDICA. ART.316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. MAGISTRADOS. COMPETÊNCIA DA CORTE ESPECIAL. ART. 33, II, DA LOMAN. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. ALTERAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. CAUTELARES PESSOAIS. MANUTENÇÃO. 1. Cuida-se de revisão periódica da necessidade da manutenção da prisão domiciliar monitorada cumulada com medidas alternativas do art. 319 do CPP imposta aos custodiados. 2. (...) 7. Quanto ao *periculum libertatis*, na hipótese dos autos, um dos crimes imputados aos custodiados é o da **lavagem de dinheiro, crime permanente** em relação ao qual apenas **a total segregação social dos investigados é capaz de estancar a dinâmica criminosa**, que se pratica muitas vezes a distância, através do uso das modernas ferramentas digitais de comunicação. Precedente. 9. Não o suficiente, ainda que as medidas cautelares reais de sequestro de bens dos arts. 125 e 132 do CPP pudessem impedir a continuidade do **crime de lavagem de dinheiro**, não há notícias de que a acusação tenha logrado identificar e localizar os proveitos das infrações penais imputadas aos custodiados, de forma

que o patrimônio oculto só poderá ser revelado com a continuidade da persecução penal e o início da instrução processual. 10. [...]. (QO no PePrPr 4/DF QUESTÃO DE ORDEM NO PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA 2020/0320402-3. Relator (a) Ministra NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador: CE - Corte Especial. Data do Julgamento: 16/06/2021. Data da Publicação: DJe 22/06/2021).

Apesar dos avanços trazidos pela norma atual, há ainda uma discussão sobre a alteração do texto da lei, no sentido de retirar a autonomia do crime de lavagem de dinheiro, ou seja, caso a lavagem volte a depender de um crime antecedente. Esse tema foi motivo de debate ocorrido em 2020 por integrantes de associações de juízes e de membros do Ministério Público.

Ambos atores se manifestaram no sentido de que caso haja essa mudança na lei, poderia haver retrocessos. O representante da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), Vitor Cunha, destacou a dificuldade de punição caso seja retirada a autonomia do crime de lavagem de dinheiro, ou seja, caso a lavagem volte a depender de um crime antecedente (CUNHA, 2020). Para o diretor de Assuntos Legislativos da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Daniel Bomfim, a atual legislação tem se mostrado eficaz no combate ao crime organizado. Para ele seria um retrocesso retirar o caráter de crime autônomo que a lavagem possui, uma vez que, “essa restrição do rol de crimes antecedentes é prejudicial, seria a vinculação do crime principal à do crime parasitário e redução do espectro do crime de lavagem” (BOMFIM, 2020 *apud* CUNHA, 2020, p. 01).

O desembargador Nino Oliveira Toldo, da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), entende que as penas por lavagem de dinheiro não devem ser atreladas ao crime antecedente. Em seu discurso afirma:

A ideia de proporcionalidade de penas entre crimes antecedentes e crime de lavagem: isso não pode ser acolhido, sob pena de se esvaziar a proteção ao bem jurídico tutelado por meio da lavagem de capitais. Afinal, há inúmeros crimes antecedentes que, pelo nosso confuso sistema de leis penais, têm penas muito baixas, como, por exemplo, o descaminho (TOLDO, 2020 *apud* CUNHA, 2020, p. 01).

Por outro lado, o representante do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), Márcio Barandier entende que é impossível pensar no crime de lavagem de dinheiro sem o crime que o antecedeu. Na sua visão, o crime de lavagem de dinheiro “pressupõe um ilícito penal anterior. Há uma dependência intrínseca. É inconcebível, a nosso ver, a caracterização de um delito sem uma de suas elementares” (BARANDIER, 2020 *apud* CUNHA, 2020, p. 01).

O Superior Tribunal de Justiça se posicionou sobre essa questão promulgado em sua Jurisprudência em Tese (Edição 166/2021) que é desnecessário que o autor do crime de lavagem de dinheiro tenha sido autor ou partícipe da infração penal antecedente, basta que tenha ciência da origem ilícita dos bens, direitos e valores e concorra para sua ocultação ou dissimulação (CUNHA, 2020).

Em que pese essas discussões, o fato é que o crime de lavagem de dinheiro, conforme já aludido nesse estudo traz prejuízos significativos aos cofres públicos e à sociedade, ao qual o Poder Público não pode se ausentar. Para isso, é preciso implementar medidas que sejam capazes de sanar a sua prática, ou pelo menos evitar que elas ocorram. Dentre as existentes, encontra-se a delação premiada, que será analisada a seguir.

### **3. A DELAÇÃO PREMIADA: ASPECTOS GERAIS**

Com o aumento da criminalidade, em meados da década de 90 surgiu no Brasil a denominada justiça negociada, que tem como finalidade trazer maior celeridade do procedimento penal como justificativa da política criminal. Como bem explica Filho (2019, p. 02) é um instituto que a “partir de uma celeridade que perpassa pela expressa exigência de renúncia a garantias processuais penais por parte do imputado, visam resolver o caso penal ao menor tempo, tendo o menor custo para o Estado”.

Atualmente com a alcinha de delação premiada, esta iniciou a sua entrada em solo legislativo pátrio por meio da Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos). A sua criação se deu devido ao fato de que o Estado buscava uma resposta à sociedade de maneira mais eficiente, além dos inúmeros apelos sociais ocorridos no decorrer da década de 90, onde o país presenciava cada vez mais crimes graves. Nesse sentido, a delação premiada surgiu como forma de trazer maior rapidez aos processos criminais.

Brito (2016) ao conceituar esse instituto afirma que é o mecanismo pelo qual o investigado ou réu em um processo penal recebe um benefício em troca de sua colaboração com o Estado para evitar a prática de novos crimes, produzir provas sobre crimes já ocorridos ou identificar coautores desses crimes.

Inicialmente, a delação premiada era destinada ao crime de extorsão mediante sequestro, onde haveria diminuição da sanção de um a dois terços, quando, na presença de concurso de agentes, o coautor do crime concedesse informações que ajudassem a liberação do sequestrado. Também na Lei de Crimes Hediondos no seu art. 8º a delação premiada começou a ser permitida nos crimes hediondos exercidos por quadrilha, contudo, só seria aplicado quando a quadrilha fosse desmantelada (FILHO, 2019).

Uma vez instalada na legislação brasileira, a delação premiada ao longo dos anos foi sendo incluída em outras normas, tais como a Lei nº 9.034/95 (que versa sobre o crime



organizado), a Lei nº 9.080/95 (que trata sobre crimes contra o sistema financeiro) e Lei nº 8.137/90 (sobre crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

Apesar de já ter previsão legal, existiam muitas críticas a respeito da proteção ao delator. Nesse sentido, a legislação brasileira resolveu a questão ao criar a Lei nº 9.807/99, ao qual permitiu a aplicação irrestrita da delação premiada a qualquer delito e previu ainda a possibilidade de perdão judicial e consequente extinção da punibilidade do réu delator (BRITO, 2016).

No entanto, a lei que melhor enquadra o instituto aqui analisado é a Lei nº 12.850/13 que trata principalmente da organização criminosa. No quesito de meios de prova, encontra-se a delação premiada. Cabe mencionar que nesta lei, utilizou-se o termo colaboração premiada. Por ser mais utilizado entre os profissionais do Direito, nesse estudo utiliza-se o termo delação premiada, uma vez que ambas nomenclaturas possuem o mesmo significado.

Teixeira (2016) explica, contudo, que delação premiada e colaboração à Justiça não são sinônimos. Segundo essa autora, no momento em que o delator confessa a sua participação na prática delituosa ele está exercendo a delação premiada. Em caso, onde o acusado assuma a culpa pelo delito, mas não incrimina ninguém, ele é mero colaborador.

Continuando, a supracitada norma é a que melhor apresenta os aspectos da delação premiada ao trazer os seus procedimentos e limitações, além das inovações. Como exemplo, é possível ao Ministério Público deixar de oferecer a denúncia se o delator não fosse o líder da organização criminosa e fosse o primeiro a colaborar efetivamente (art.4º, §4º da lei 12.850/13).

Para Távora; Alencar (2013) ao falar de delação premiada nos crimes atrelados à organização criminosa a Lei nº 12.850/13 é a que melhor se enquadra no que se refere à delação premiada por possibilitar melhores prêmios aos réus.

Insta salientar que a delação premiada não é prova, mas sim, um meio de prova, como bem expressa a presente norma no seu art. 3º, inciso I.

Também é preciso destacar os prêmios destinados ao delator. *In casu*, para que esses prêmios sejam aplicados é preciso que o delator atinja as pretensões solicitadas. Ou seja, é preciso que identifique os demais coautores e partícipes da organização criminosa e os crimes por eles praticados. Também é preciso que o delator tenha sido de fato pertencente ao grupo criminoso (BRASIL, 2013).

Outro ponto a destacar é que independentemente dos resultados alcançados com a delação premiada, que deve ser efetiva, o juiz deverá analisar alguns fatores quando da concessão dos benefícios, tais como a personalidade do delator, a natureza, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (Art. 4º, §1º da Lei nº 12.850/13).

No que concerne aos documentos e seus sigilos, a lei exige que o termo do acordo seja feito por escrito. No mais, o pedido de homologação da delação será distribuído sigilosamente, contendo tão somente informações que não identifiquem nem o delator e nem o seu objeto (BRITO, 2016).

A delação premiada deixa de ser sigilosa assim que for recebida a denúncia penal. A voluntariedade da delação é exigida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que exista esta imposição legal, há a possibilidade de ela ser realizada enquanto o colaborador esteja preso preventivamente (FILHO, 2019).

Ademais, existe a possibilidade de o réu realizar a retratação do acordo que fez. A partir da lei 12.850/13, percebe-se que ambas as partes podem retratar, não se exigindo nenhuma finalidade específica para isso, nem análise por parte do magistrado. Este ato poderá advir tão somente da vontade ou do Ministério Público ou do imputado (FILHO, 2019).

#### **4. A DELAÇÃO PREMIADA APLICADA AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO**

Conforme mostrado anteriormente o crime de lavagem de dinheiro traz prejuízos de toda ordem para o Estado, para as empresas públicas e privadas e para a sociedade. É uma cadeia de danos que afetam a todos, vide o fato que se está se falando de dinheiro, objeto mais valioso no mundo. Desta feita, a delação premiada tem sido discutida como melhor forma de auxiliar aos investigadores e magistrados à melhor encontrarem o caminho percorrido pelo dinheiro lavado.

Crimes de origem econômica, assim como de outras naturezas, são complexos e demandam provas que nem sempre o Ministério Público dispõe. Para isso, a delação premiada se torna um importante instrumento para entender, por exemplo, a dinâmica de uma organização criminosa. Nesse sentido, a delação premiada é um valioso meio de prova que auxilia de sobremaneira os investigadores. Importante mencionar, que a delação por si só não é capaz de respaldar uma condenação (BRASIL, 2013).

Nos crimes de lavagem de dinheiro é muito comum a destruição de provas, ameaças a testemunhas, uma vez que o objetivo do crime em análise é justamente ocultar outros delitos, como os de corrupção. Por conta disso, a delação premiada é um importante meio de prova, porque o delator, no objetivo de ganhar os prêmios disponíveis pela norma, irá

colaborar efetivamente nos detalhes que não poderiam ser conseguidos de outro modo (TEIXEIRA, 2019).

Corroborando com o exposto, cabe destacar:

A delação premiada é um instrumento de efetividade. A delação permite desvendamento de crimes, sobretudo do colarinho branco, que são praticados em portas fechadas, de modo dissimulado, de forma não violenta, mas igualmente insidiosa. A prova é muito difícil, é muito difícil encontrar vestígios dos crimes de colarinho branco, vestígios de corrupção (DODGE, 2018 apud PERALTA, 2018, p. 12).

A delação premiada ligada ao crime de lavagem de dinheiro é plenamente possível. Isso se dá pelo texto do art. 1º, § 5 da Lei nº 12.683/12 que prevê:

Art. 1º (...)

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.(BRASIL, 2012)

Sobre essa possibilidade jurídica, o jurista Taveira (2015, p. 01) assevera que esse novo texto, o momento de formação da convicção do magistrado foi “ampliado, podendo prolatar o benefício a qualquer tempo, inclusive após o julgamento. [...] foi inserida mais uma possibilidade de se colaborar espontaneamente, identificando-se os autores, coautores e partícipes do delito”.

Com base nisso, o delator terá como benefícios, os encontrados no § 5º do art. 1º da Lei nº 9.613/1998 e a norma atual da organização criminosa, a redução da pena de um a dois terços (podendo ser cumprida em regime aberto ou semiaberto), substituição por restritiva de direitos, e ainda faculta ao magistrado deixar de aplicar qualquer sanção (perdão judicial).

Fonseca et al. (2015) esclarece que a legislação específica da lavagem de dinheiro não faz menção à exigência a respeito da revelação da estrutura hierárquica e a divisão de tarefas entre os envolvidos com a prática do delito, muito menos se além a requerer

informações que possa levar à prevenção de outros delitos dessa natureza. Ademais, essa lei não faz referência a qualquer forma de avaliação sobre a personalidade do colaborador, como também das circunstâncias, da eficácia ou da repercussão social do fato criminoso; logo, constata-se que o instituto da colaboração premiada é tratado de forma bem mais madura pela Lei nº 12.850/2013.

O mestre Luiz Flávio Gomes, contudo, menciona a necessidade de se analisar a delação em casos de lavagem de dinheiro de forma cautelosa:

Há uma série de cuidados e providências que devem cercar a delação, porque ela pode dar ensejo a abusos ou incriminações gratuitas ou infundadas. Urgentemente necessitamos de uma regulamentação que cuide da veracidade das informações prestadas, da exigência de checagem minuciosa dessa veracidade, da eficácia prática da delação, segurança e proteção para o delator e, eventualmente, sua família, possibilidade da delação inclusive após a sentença de primeiro grau, aliás, até mesmo após o trânsito em julgado, prêmios proporcionais, envolvimento do Ministério Público e da Magistratura, transformação do instituto da delação em espécie de acordo criminal (*plea bargaining*) etc. (GOMES, 2014, p. 01).

Importante mencionar que a delação premiada nesses casos, embora não seja suficiente, por si só, para ensejar o início da persecução penal do fato nela narrado, não impede que a autoridade policial ou o Ministério Público realizem as diligências complementares ou encontrem no conjunto dos outros fatos já em apuração elementos capazes de confirmar a plausibilidade e verossimilhança das informações nela constantes. É o que afirma na seguinte jurisprudência:

PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. MEMBRO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. PRELIMINAR. **DELAÇÃO ANÔNIMA**. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. TEMA 990 DE REPERCUSSÃO GERAL. CONTROVÉRSIA JURÍDICA. DISTINÇÃO. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. INDEFERIMENTO. DENÚNCIA. REQUISITOS. ART. 41 DO CPP. **LAVAGEM DE DINHEIRO**. ART. 1º DA LEI 9.613/98. CRIME ANTECEDENTE. PECULATO. ART. 312 DO CP. APTIDÃO. JUSTA CAUSA. ART. 395, III, DO CPP. LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO. PRESENÇA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. ART. 397 DO CPP. INVIABILIDADE. RECEBIMENTO. [...] 2. **A delação anônima, embora não seja suficiente, por si só, para ensejar o início da persecução penal do fato nela narrado, não impede que a autoridade policial ou o Ministério Público realizem a) diligências complementares ou b) encontrem no conjunto dos outros fatos já em apuração**

**elementos capazes de confirmar a plausibilidade e verossimilhança das informações nela constantes.** Precedentes. 3. [...] (APn 923/DF AÇÃO PENAL 2015/0212716-4. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. CE - CORTE ESPECIAL. Data do Julgamento: 23/09/2019. Data da publicação: DJe 26/09/2019).

Apesar de prevista na legislação brasileira e de trazer benefícios ao delator e celeridade processual, a delação premiada nos casos de lavagem de dinheiro também sofre resistências doutrinárias. Parte desse grupo, entende que esse instituto fere os preceitos éticos e jurídicos. Na visão do campo ético, Yarochevsky (2012) argumenta que ao dispor dessa medida, o Estado estaria incentivando as práticas de traição e deslealdade. Com isso, acaba por promover um sentimento egoístico onde o delator é estimulado a delatar os demais envolvidos para conseguir algum benefício processual.

No viés jurídico, a delação premiada, na visão de alguns, é o atestado nítido da incompetência estatal para levar a frente as investigações sobre o delito referido. Além disso, alegam que há uma flexibilização das garantias processuais, como a ampla defesa e o contraditório (YAROCHEWSKY, 2012).

A respeito desse último ponto, a própria jurisprudência brasileira tem entendido que os princípios da ampla defesa e do contraditório só podem ser desrespeitados quando há algum prejuízo ao réu devido à delação premiada. Caso contrário, não há de se falar em prejuízo ou desrespeito a esses princípios.

O que se tem percebido é que a delação premiada é mais do que um simples procedimento, ela é um auxílio significativo do Estado no período de investigação. Como bem acentua Gomes (2014) quanto mais a criminalidade cresce, ao mesmo tempo, também gera uma redução da capacidade investigativa e reativa do Estado. Por conta disso, este tenta premiar a colaboração do indiciado ou acusado, para melhorar (um pouco) sua efetividade.

O supracitado autor afirma ainda que “o efficientíssimo persecutório do Estado, como se vê, já não se fundamenta em suas próprias forças. Cada vez mais ele se torna dependente da colaboração do agente do fato” (GOMES, 2014, p. 03).

De todo modo, entende-se nesse estudo ser essencial a presença da delação premiada nos casos de crime de lavagem de dinheiro. Isso se dá porque a delação representa o início do caminho para a produção de outras formas de prova que atestem as informações colhidas pelo delator. Essa medida é importante, visto que os crimes de lavagem de dinheiro possuem uma enorme cadeia de processos e sofisticadas ações delitivas, que de outro modo poderia ser mais difícil ou até mesmo impossível de serem

descobertas ou provadas.

Dessa forma, a delação premiada nos crimes de lavagem de dinheiro se torna medida necessária, porque certamente irá trazer caminhos mais rápidos e práticos para o desmantelamento de grupos e/ou quadrilhas de criminosos. Ao conceder essa possibilidade o Estado abre brecha para que esse tipo de crime seja cada vez mais solucionado e eventualmente evitado.

A delação premiada nesse sentido atua no sentido de expor não apenas os autores mas toda a sistemática que se usa para realizar a lavagem de dinheiro, o que é essencial para com as informações colhidas, criar medidas de prevenção e combate.

Diante do exposto, fica claro aferir que a celebração do acordo para a delação premiada demonstra ser mais uma opção para combate a tal delito, sobretudo por nortear o aparelho investigativo estatal.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo tinha como finalidade discorrer sobre a possibilidade de aplicação do instituto da delação premiada nos crimes de lavagem de dinheiro. Inicialmente ficou estabelecido que a lavagem de dinheiro é um crime caracterizado por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita. Por ser um crime de cunho econômico, afeta diretamente a todos os entes da sociedade, motivo pelo qual ainda deve ser amplamente discutido.

Dentre as medidas de prevenção e combate a esse crime, encontrou-se a delação premiada. Esse instituto é o mecanismo pelo qual o investigado ou réu em um processo penal recebe um benefício em troca de sua colaboração com o Estado para evitar a prática de novos crimes, produzir provas sobre crimes já ocorridos ou identificar coautores desses crimes.

O que ficou evidenciado no decorrer desta pesquisa é que a delação premiada em sede dos crimes de lavagem de dinheiro é plenamente possível, uma vez que ajudará os investigadores a melhor trabalharem no colhimento de provas. Tendo um melhor tratamento jurídico na Lei nº 12.850/2013 ao qual apresenta os principais aspectos desse instituto, a delação premiada é a chance que o delator ou o réu possui de ter por exemplo, diminuída a sua pena ou até ser substituída por privativa de direitos, entre outras vantagens processuais.

Como mostrado no estudo, para que haja os benefícios ao delator é preciso que sua delação seja efetiva, ou seja, que mostre o caminho real e eficaz dos reais criminosos e as táticas utilizadas para a lavagem do dinheiro.



Ainda que pese críticas a sua aplicação, entende-se que a delação premiada é um caminho viável e útil para os crimes de lavagem de dinheiro. Cabe lembrar que esses crimes são complexos e envolve, muitas vezes, o uso de técnicas sofisticadas e tecnologia de ponta. Isto exige um trabalho metuculoso de investigação que precisa passar por um processo de modernização, até porque o trabalho do poder judiciário é inerte e precisa ser precedido de um levantamento preciso de dados antes que uma denúncia seja formalmente apresentada.

Nesse cenário, a delação premiada é plenamente utilizável, porque ajudará o Ministério Público e demais membros de investigação a chegar mais rapidamente aos criminosos e ao desmembramento do grupo. Além disso, a delação premiada pode ser utilizada como um meio não apenas de prova, mas de informação à polícia que terá conhecimento da funcionalidade dos grupos que realizam lavagens de dinheiro.

Cabe ainda destacar que a delação premiada também auxilia nos programas de prevenção, como um compliance de bancos e empresas. Ao saber dos detalhes de como é realizado a lavagem de dinheiro, os gerenciadores e empresários terão mais possibilidades de criar mecanismos de defesa contra essas ações, principalmente quando realizadas de modo online, o que pôde ser conferido no período de pandemia.

Pelas razões acima apresentadas, defende-se nesse trabalho o entendimento de que o instituto da delação premiada deva ser utilizado nos processos judiciais cujos crimes estejam ligados à lavagem de dinheiro.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com as alterações da Lei 12.683/2012**. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BORGES, Alex Lelis. **Crimes financeiros e a pandemia de Covid-19**. 2020. Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/Deloitte-Brasil-Artigo-Crime-Financeiro-2020.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2023.

RASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de

1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2023.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CALLEGARI, A.L.; WEBER, A.B. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: Jus Podivm, 2018.

CUNHA, Vítor. **Para juízes e procuradores, reforma na Lei de Lavagem de Dinheiro poderá dificultar combate ao crime**. 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/707627-para-juizes-e-procuradores-reforma-na-lei-de-lavagem-de-dinheiro-podera-dificultar-combate-ao-crime/>>. Acesso em: 22 mar. 2023.

FARIAS, Marcelo Santana. **Combate à lavagem de dinheiro é única maneira de enfrentar o crime organizado**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-21/farias-historico-importancia-combate-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

FILHO, Eduardo Correia Gouveia. **Delação premiada e Pela Bargaining: uma análise microcomparativa à luz das normas jurídicas brasileiras e ianques**. Revista Húmus. vol. 9, num. 26, 2019.

FONSECA, C. B. G. et. al. **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181).

GOMES, Luiz Flávio. **Lavagem de dinheiro sujo e delação premiada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3305, 19 jul.2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENEZES, Karina. **Conheça as três etapas da lavagem de dinheiro**. 2020. Disponível em: <<https://blog.idwall.co/etapas-da-lavagem-de-dinheiro/>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Crime de lavagem de dinheiro - principais aspectos**. 2018. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/328074797/crime-de-lavagem-de-dinheiro-principais-aspectos>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

PERALTA, Talita Junqueira. **Prisão em segunda instância e efeito Backlash**. Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2018/pdf/TalitaJunqueiraPeralta.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/TalitaJunqueiraPeralta.pdf)>. Acesso em: 07 abr. 2023.

SÁNCHEZ, Adrián. **Combate à lavagem de dinheiro na era de COVID-19**. 2021. Disponível em: <<https://www.decisionreport.com.br/financas/combate-a-lavagem-de-dinheiro-na-era-de-covid-19/#.Ybnspr3MK1s>>. Acesso em: 15 abr. 2023.

SERRA, Gabriel da Silva. **Lavagem de Dinheiro: conceitos e fases do crime**. 2021. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/lavagem-de-dinheiro-conceitos-e-fases-do-crime/>>. Acesso em: 28 mar. 2023.

SIDNEY, Isaac. **Suspeitas de lavagem de dinheiro cresceram 40% em 2020, diz Febraban**. 2020. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2020/10/4884892-suspeitas-de-lavagem-de-dinheiro-cresceram-40--em-2020-diz-febraban.html>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

SILVA, Eduardo Araújo de. **Crime Organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2017.

TAVEIRA, Daniel P. **O crime de lavagem de dinheiro no Brasil**: Considerações acerca das mudanças provenientes da Lei 12.683/12. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://bsbdan.jusbrasil.com.br/artigos/229160546/o-crime-de-lavagem-de-dinheiro-no-brasil>>. Acesso em: 27 mar. 2023.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito processual penal**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2013.

TEIXEIRA, Isabella Gontijo. **A “lavagem” de capitais e a delação premiada**. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/250857/a--lavagem--de-capitais-e-a-delacao-premiada>>. Acesso em: 01 abr. 2023.

VEIGA, Iolanda. **Os offshores e a evasão fiscal das grandes empresas e grupos econômicos**. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2017.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Delação premiada no projeto de reforma do Código Penal: nova roupagem, antigos problemas**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, p. 126-142, out./dez. 2012.

## **DESIGUALDADE SOCIAL NA ERA DA AUTOMAÇÃO: RENDA BÁSICA UNIVERSAL COMO UMA ALIADA NA MANUTENÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA**

**CINARA SALVI DE OLIVEIRA:**

Pós-Graduada (PUC-RS - EAD);  
Servidora Pública. Formação em  
Direito, na Fundação  
Universidade Federal de  
Rondônia (UNIR).

**RESUMO:** Com o aumento dos índices de pobreza e a crise econômica agravada pela evolução tecnológica, o debate relacionado aos programas de renda básica ganhou novo fôlego. Nesse cenário, o presente trabalho propõe uma análise sobre o programa e sobre o panorama nacional. Expõe-se os níveis de desigualdade social no Brasil, conceituando o fenômeno. Após, faz-se uma reflexão sobre os efeitos dessa desigualdade e o potencial que a evolução tecnológica tem de agravá-la. Reflete-se sobre o potencial de programas de renda básica universal para auxiliar a redução dos níveis de pobreza e garantir à população um mínimo existencial. Por fim, é explicado que, a despeito da existência de legislação brasileira a respeito do tema, bem como decisão do STF determinando a implantação da norma, até a data do presente artigo não houve a implementação do programa a nível nacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** renda básica universal; revolução tecnológica; desigualdade social; mínimo existencial; dignidade humana.

**ABSTRACT:** With the increase in poverty rates and the economic crisis worsened by technological advancements, the debate on basic income programs has gained new momentum. In this scenario, this paper proposes an analysis of the program and the national landscape. The levels of social inequality in Brazil are exposed, conceptualizing the phenomenon. Then, a reflection is made on the effects of this inequality and the potential that technological evolution has to aggravate it. The potential of universal basic income programs to assist in reducing poverty levels and guaranteeing the population a minimum standard of living is also discussed. Finally, it is explained that, despite the existence of Brazilian legislation on the subject, as well as a decision by the Supreme Court ordering the implementation of the norm, the program has not been implemented at the national level as of the date of this article.

**KEYWORDS:** Universal basic income; technological revolution; social inequality; minimum subsistence; human dignity.

## **1 INTRODUÇÃO**

A humanidade, ao longo de sua história, tem passado por saltos ou ondas de inovação tecnológica, que alteraram, significativamente, os meios de produção e trabalho. Ocorre que referidas descobertas têm se acentuado nos últimos anos e acontecido com maior velocidade, haja vista o aparecimento e desenvolvimento do computador, da internet e das inteligências artificiais.

Essas mudanças estão ocorrendo em diversos setores, desde a indústria até a administração e serviços.

No ponto, embora muito do que se debate em relação ao futuro do mercado de trabalho e à implicação das revoluções tecnológicas em sua dinâmica sejam especulações filosóficas, clarividente a necessidade de se iluminar tal conjectura a fim de explorar alternativas para minimizar a suas implicações.

Em meio a este cenário ressurgiram discussões antigas acerca de medidas que possam atenuar as referidas consequências, sendo a renda básica universal uma possibilidade apontada como importante aliada nesta batalha e na redução das desigualdades sociais.

Todavia, a ideia tem sido alvo de ataques por membros da população que rejeitam essa espécie de programa, sob o argumento de que seria uma forma de sustentar indivíduos que não estariam contribuindo para a geração de riqueza nacional.

O presente trabalho, portanto, propõe uma análise acerca do referido cenário e do programa da renda básica, a fim de debater sua capacidade de minimizar os impactos negativos de tais mudanças.

## **2 O AVANÇO TECNOLÓGICO E A DESIGUALDADE SOCIAL**

### **2.1. Mudanças tecnológicas seus impactos no mercado de trabalho**

Nos últimos anos, a sociedade tem sido confrontada com o surgimento crescente de novas tecnologias. Analisando os intervalos que marcaram as revoluções industriais da história, é evidente que a mudança ocorre agora com uma velocidade cada vez maior.

O avanço da inteligência artificial, das biotecnologias e da robótica de modo geral importou em uma significativa alteração nos meios de produção.

Yuval Noah Harari, autor do livro "21 Lições para o Século 21"<sup>68</sup>, alerta em sua obra sobre a possibilidade de que, em um futuro próximo, as inteligências artificiais superem os seres humanos, não apenas em atividades motoras e intelectuais, mas também em características que eram tidas como exclusivas da humanidade.

A curto prazo, as mudanças tecnológicas deverão atingir apenas parte das atividades desempenhadas pelos seres humanos, todavia a perspectiva a longo prazo é a extinção da maior parte dos empregos da forma como conhecemos.

Isso não quer dizer que novas profissões não serão criadas, a experiência tida pela sociedade com as revoluções tecnológicas anteriores indica que, da mesma forma em que certos tipos de trabalhos se tornam obsoletos, outros surgem e criam novas oportunidades para a população.

A predição realizada pelo autor para o século XXI já está em curso, e ganha principal relevância na sociedade capitalista com a busca por uma produção cada vez mais economicamente rentável e comercialmente viável.

De fato, o relatório "The Future of Jobs 2020"<sup>69</sup> cita que nos últimos anos houve aumento significativo no número de empresas que intencionam adotar robôs não-humanoides e inteligência artificial em seu ambiente de trabalho, o que, gradualmente, tem se tornado uma presença constante em diversas indústrias dos mais variados setores.

Este fator pode ser relacionado à contínua pressão da concorrência da indústria no contexto da globalização. Nesse cenário, as empresas estão sendo cada vez mais estimuladas a atingirem níveis altamente elevados de produtividade a um menor custo. Estimula-se a busca por novas tecnologias de produção com o objetivo de aumentar a competitividade industrial.

A perspectiva é que, ao longo dos anos, ocorra uma verdadeira alteração da natureza dos postos de trabalho, a perda de cargos tradicionais e surgimento de novos que irão exigir um alto nível de especialização das pessoas.

---

68 HARARI, 2018, pág. 48

69 The Future of Jobs Report 2020, pág. 27, disponível em:  
[https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Future\\_of\\_Jobs\\_2020.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2020.pdf)



Além disso, à medida em que novas tecnologias surgirem, novas habilidades técnicas serão exigidas dos trabalhadores, demandando-lhes uma constante busca por especialização e atualização.

Para Yuval Noah Harari<sup>70</sup>:

Conseqüentemente, a criação de novos empregos e o retraining de pessoas para ocupá-los serão um processo recorrente. A revolução da IA não será um único divisor de águas após o qual o mercado de trabalho vai se acomodar num novo equilíbrio. Será, sim, uma torrente de rupturas cada vez maiores.

Por fim, há ainda que se mencionar que o cenário de pandemia mundial pela COVID-19 impactou os processos de automação no ambiente de trabalho, acelerando processos de informatização

A propósito, o relatório “The Future of Jobs 2020”<sup>71</sup> indica que para o Brasil, as estratégias para lidar com esta pandemia aceleraram em 92% o processo de “digitalização” do trabalho.

## **2.2 Desigualdade social: Como as inovações tecnológicas podem reforçar a disparidade econômica?**

Quando se fala em desigualdade social, via de regra, imagina-se estar tratando da desigualdade econômica gerada pela distribuição díspar de renda, mas esta é apenas uma das formas de desigualdade que se insere neste conceito.

A desigualdade social, em si, possui um significado muito mais amplo e tem estrita relação com a sociedade onde inserida, interferindo diretamente na qualidade de vida dos indivíduos relacionados.

Tais diferenciações originam-se na ocupação de diferentes posições na escala social através das quais se condiciona, limita ou prejudica o acesso a bens de consumo, saúde, habitação, saneamento básico, educação, cultura, dentre outros.

---

70 HARARI, 2018, pág. 56

71 The Future of Jobs Report 2020, pág. 71, disponível em:  
[https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Future\\_of\\_Jobs\\_2020.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2020.pdf)

Embora não sejam sinônimos, a desigualdade social tem estreita relação com discriminação, baseada em aspectos identitários, como, em rol exemplificativo, raça, origem, cor e sexo, podendo, portanto, originar-se a partir desta, haja vista que a dispensa de tratamento diferenciado, torna por excluir e inferiorizar as parcelas populacionais afetadas.

A propósito, acerca do assunto, esclarecedor é o que ensina Daniel Sarmiento<sup>72</sup>, quando diz:

Trata-se de uma desigualdade multidimensional, que não diz respeito apenas à elevada concentração de renda. Ela também se manifesta em outros planos, como na falta de acesso universal às liberdades básicas e aos serviços públicos, no tratamento dispensado às pessoas por agentes estatais e por particulares, na plutocratização da política e no desrespeito às diferenças identitárias. Essa desigualdade tem um forte componente econômico, mas também se deixa permeiar por outros critérios de diferenciação para a eleição das suas vítimas. Além dos pobres, ela também estigmatiza outros grupos vulneráveis, como os negros, os indígenas, as mulheres, os homossexuais, os presos e as pessoas com deficiência, cada um do seu modo.

As desigualdades econômicas estão intimamente ligadas às demais desigualdades sociais e se relacionam com um conceito de verticalização de riqueza e renda.

Nesse contexto, ao considerarmos as revoluções tecnológicas e as diferenças de acesso à tecnologia já existentes, é inevitável a reflexão acerca do potencial que essas transformações têm para agravar a disparidade social.

A propósito, durante a pandemia da Covid-19, a questão da exclusão digital ganhou nova relevância, sendo amplamente debatida, notadamente porque a digitalização dos serviços foi imposta devido à necessidade de isolamento social. Isso acabou privando muitas pessoas de seus direitos, pois, não tinham acesso à internet ou dispositivos eletrônicos adequados.

---

72 SARMENTO, 2016, pág. 59.

Um exemplo a ser mencionado foi o impacto observado pela disparidade de acesso à educação neste período, diante da transferência do ensino presencial para o remoto, em razão da desigualdade digital<sup>73</sup>.

Ocorre que, nesse cenário de constantes mudanças tecnológicas, a capacidade de exacerbação das desigualdades já existentes vem, não apenas da dificuldade de acesso aos recursos ofertados, mas também da perspectiva de alteração do mercado de trabalho.

Vale dizer, se é verdade que no século XXI as inovações tecnológicas serão tão constantes a ponto de tornar a ideia de “mesmo emprego para vida toda”<sup>74</sup> inconcebível, apenas a parcela da população capaz de se especializar e manter-se constantemente atualizada, será capaz de lidar com esta volatilidade do mercado de trabalho.

Assim, além da falta de acesso às tecnologias que prometem ditar o futuro da vida humana, a desigualdade de acesso à educação/informação, quando analisada em conjunto com as possíveis mudanças abrasivas no mercado de trabalho, poderá condenar uma parcela da população à obsolescência.

Ademais, a um curto prazo, estima-se uma tendência de maior automação nos postos de trabalho que envolvem a execução de tarefas simples e padronizadas, geralmente exercidas por profissionais pouco qualificados, o que reforça a ideia de repercussão desigual dessas inovações no mercado de trabalho.

É cediço que a posição de um indivíduo na estrutura de trabalho costuma definir seu acesso a direitos, bens e serviços, bem como o seu “valor” perante a sociedade, de modo que a qualidade do emprego influi diretamente nos níveis de proteção e segurança do indivíduo em seu grupo social.

Dessa forma, se a conjectura futura indica a obsolescência de tarefas simples e de baixa especialização, desempenhadas, em regra, por pessoas de classe social mais baixas, o cenário previsto é de redução do “valor” dessas

---

<sup>73</sup> Exclusão digital: pandemia impôs mais uma lacuna aos estudantes de baixa renda.

<https://jornal.usp.br/atualidades/exclusao-digital-pandemia-impos-mais-uma-lacuna-aos-estudantes-de-baixa-renda/>

<sup>74</sup> HARARI, 2018, pág. 56

peças perante a sociedade, conseqüentemente, de seu acesso a direitos, agravando as disparidades sociais já existentes.

### **2.3 A desigualdade social na sociedade brasileira**

O alto índice de disparidade entre as classes sociais do Brasil foi publicizado nas análises realizados pelo projeto World Inequality Database<sup>75</sup>, também conhecido como “WID.world”, que desenvolve um complexo estudo acerca dos níveis de desigualdade social no Mundo.

Segundo o relatório, elaborado com dados de 2021, no Brasil os 10% mais ricos capturam 59% da renda nacional total, enquanto a metade da população, com renda inferior, leva cerca de 10% dessa riqueza apenas<sup>76</sup>.

A desigualdade constatada no país é maior do que a observada nos Estados Unidos da América, em que os 10% mais ricos capturam 45% da renda nacional total, e na China, onde esta captura é no percentual de 42%.

Essa disparidade entre as rendas da população não é nenhuma novidade, segundo o citado estudo tais percentuais permanecem quase que inalterados desde o final da década de 1990. Ainda que programas sociais tenham melhorado a situação da parcela mais pobre da população no início dos anos 2000, não houve reflexo significativo nos percentuais de desigualdade<sup>77</sup>.

Conforme elucida Daniel Sarmento, “tais padrões desigualitários não são o produto contingente de alguma crise social ou econômica passageira. Eles não se devem aos insucessos desse ou daquele governo. O problema é crônico e está profundamente enraizado em nossa história e cultura” <sup>78</sup>.

Em 2020, com o agravamento da crise sanitária e econômica gerada pela epidemia de COVID-19, essa realidade ficou ainda mais aparente, notadamente

---

<sup>75</sup> World Inequality Report 2022, pág. 185. Disponível em: [https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2022/03/0098-21\\_WIL\\_RIM\\_RAPPORT\\_A4.pdf](https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2022/03/0098-21_WIL_RIM_RAPPORT_A4.pdf). Acessado em 15/09/2022

<sup>76</sup> World Inequality Report 2022, pág. 185. Disponível em: [https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2022/03/0098-21\\_WIL\\_RIM\\_RAPPORT\\_A4.pdf](https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2022/03/0098-21_WIL_RIM_RAPPORT_A4.pdf). Acessado em 15/09/2022

<sup>77</sup> Fontes: [wir2022.wid.world/methodology](https://wir2022.wid.world/methodology). Chancel e Piketty (2021) e Morgan (2017). World Inequality Report 2022, pág. 185. Disponível em: [https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2022/03/0098-21\\_WIL\\_RIM\\_RAPPORT\\_A4.pdf](https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2022/03/0098-21_WIL_RIM_RAPPORT_A4.pdf). Acessado em 15/09/2022

<sup>78</sup> SARMENTO, 2016, pág. 60

na contabilização dos números de casos e óbitos no país<sup>79</sup> e na exposição dos elevados índices de desigualdade digital<sup>80</sup>.

Nesse contexto, ascendeu-se a discussão acerca de projetos de renda básica como uma forma de redistribuição de renda para minimizar os efeitos da pandemia e desigualdade social<sup>81</sup>, discussão esta que vinha sendo realizada, inclusive, no âmbito das organizações internacionais<sup>82</sup>.

Essa política pública, todavia, pode ser vista também como uma alternativa de proteção ao cenário mais pessimista relacionado aos desafios apresentados pelas emergentes mudanças no mercado de trabalho, oriundas das revoluções tecnológicas, haja vista que possui uma potencial capacidade de reduzir as diferenças sociais de uma sociedade, garantindo direitos mínimos aos seus cidadãos.

### **2.3 Renda básica: um caminho para garantir direitos humanos.**

O art. I da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”.

A palavra dignidade pode possuir múltiplos sentidos, mas quando inserida no mundo jurídico, geralmente está intimamente associada a uma qualidade intrínseca que todos os indivíduos possuem por sua própria natureza, apontados como um fim em si mesmo.

---

79 Bairros pobres de SP têm 3 vezes mais mortes por covid. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/03/18/bairros-pobres-de-sp-tem-3-vezes-mais-mortes-por-covid.ghtml>. Acessado em 20/09/2022

80 Desigualdade dificulta a inclusão de estudantes na pandemia. Disponível em <https://www.nic.br/noticia/na-midia/desigualdade-dificulta-a-inclusao-digital-de-estudantes-na-pandemia/>

81 Pandemia força Brasil a discutir adoção da renda básica de cidadania. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/pandemia-forca-brasil-a-discutiradocao-da-renda-basica-de-cidadania>. Acessado em 20/09/2022

82 COVID-19: ONU defende renda básica universal para combater desigualdade crescente. 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/85716-covid-19-onu-defende-renda-basica-universal-para-combater-desigualdade-crescente#:~:text=COVID%2D19%3A%20ONU%20defende%20renda%20b%C3%A1sica%20universal%20para%20combater%20desigualdade%20crescente,-06%20maio%202020&text=A%20pandemia%20da%20COVID%2D19,pe%C3%A7as%20em%20todo%20o%20mundo>. Acesso em 09/10/2022.

Prevista na Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da sociedade brasileira, um fundamento da República, do Estado Democrático de Direito e um dos valores centrais do ordenamento jurídico.

Consoante detalha Daniel Sarmento<sup>83</sup>:

**(...) todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas. Não se admitem restrições relativas a fatores como gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou qualquer outro.** E ninguém se despe da dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos, que pratique os atos mais abomináveis. O homicida e o torturador têm o mesmo valor intrínseco que o herói e que o santo. A dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular. **É essa dignidade que impõe a não instrumentalização da pessoa humana. Dela resulta o imperativo de que cada indivíduo seja concebido sempre como um sujeito, e nunca como um objeto. Ela se concretiza na ideia kantiana de que as pessoas devem ser tratadas como fins em si, e nunca como simples meios para a realização de fins alheios ou de metas da coletividade.**

Nesse viés, o princípio da dignidade da pessoa humana é o alicerce para todos os direitos fundamentais do indivíduo, posto que se opõe à concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento).

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças<sup>84</sup>.

Não por acaso, a Constituição Federal de 1988 previu em seu 170º artigo *que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem*

---

83 SARMENTO, 2016, pág. 104

84 SARLET, 2011. pág. 28



*por fim assegurar a todos existência digna, garantindo-se a todos o direito ao "mínimo existencial".*

Esse direito não se limita ao dito "mínimo vital", abarcando também o mínimo sociocultural, com o fito de garantir condições materiais básicas para o livre desenvolvimento da personalidade, garantindo-se acesso à educação, saúde, moradia digna, cultura, possibilidade de participação crítica na formação da vontade política, dentre outros<sup>85</sup>.

A desigualdade social e a incapacidade do Estado de garantir condições materiais mínimas a toda a população, muitas vezes, submetem os indivíduos a situações em que são completamente despidos de seus direitos.

As perspectivas relacionadas à modificação do mercado de trabalho ante às inovações tecnológicas, bem como a atual crise econômica gerada pelas sequelas vivenciadas em razão da pandemia de COVID- 19, apontam um cenário de possível avanço da desigualdade social em nosso país.

Nesse contexto, o programa de renda básica universal, uma vez que tem o potencial de garantir condições existenciais mínimas para a vida dos cidadãos, pode ser visto como um verdadeiro aliado na garantia da dignidade da população, minimizando os impactos majorados pela evolução tecnológica.

O conceito de renda básica é definido por Philippe Van Parijs e Yannick Vanderborght<sup>86</sup> como um valor pago por uma comunidade política a todos os seus membros, de forma individual e incondicional, sem necessidade de comprovação de renda ou exigência de contrapartida.

Assim, esse programa, entendido como um verdadeiro direito social do cidadão, é direcionado ao indivíduo e não ao seu núcleo familiar e serve para subsidiar uma condição de vida digna a todos.

A lógica parece simples, ao se garantir uma renda de forma incondicional ao indivíduo, possibilita-se que este tome, com maior autonomia, as decisões que irão pautar sua existência sem se ater a preocupações com seus direitos mínimos, como saúde,

---

<sup>85</sup>ROCHA, Thiago Santos, SARLET, Ingo. Algumas considerações sobre o direito fundamental à "renda básica familiar. Revista Consultor Jurídico; 11/06/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-11/direitos-fundamentais-consideracoes-direito-fundamental-renda-basica-familiar> .Acessado em 27/09/2022

<sup>86</sup> VANDERBORGHT, 2006. p. 35

alimentação e educação, tendo a certeza de que, independentemente de suas condições sociais e de sua inserção no mercado de trabalho, terá garantido por mês o mínimo existencial.

Referida autonomia estimula a manutenção de relações saudáveis de trabalho, haja visto que permite ao trabalhador, parte vulnerável da relação empregatícia, a liberdade de, em sendo o caso, galgar novos caminhos sem ver ameaçada a garantia de suas necessidades básicas.

Nessa perspectiva, a renda básica universal poderia ser uma via a possibilitar a especialização do trabalhador, a fim de permitir eventual migração dos funcionários, ocupantes dos cargos de trabalho obsoletos, aos novos postos criados em um cenário de evolução tecnológica.

Quando se refere a programas de distribuição de renda, costuma-se identificar na população um temor de que, ao se estimular esse tipo de projeto, os seus beneficiários parariam de trabalhar e passariam a viver apenas da renda subsidiada pelo governo, como parasitas sem perspectivas de mudança social. Todavia, várias experiências registradas com a implementação da renda básica ao longo dos anos reflete o exato oposto.

A título de exemplo, os dados colhidos pela pesquisadora Evelyn Forget acerca do Programa Mincome, experimento de renda básica realizado em Dauphin (13 mil habitantes) no Canadá, iniciado em 1974 e finalizado em 1979, comprovam que a proposta tem forte potencial para estimular a autonomia e o desenvolvimento da população.

Com efeito, consoante relatado por Rutger Bregman no livro *Utopia para Realistas*<sup>87</sup>, estes foram os dados colhidos por Forget:

Jovens começaram a se casar mais tarde e as taxas de natalidade caíram. **O desempenho escolar apresentou uma melhora substancial: os alunos do Mincome passaram a estudar mais e se formar mais rápido.** No fim, **o número de horas trabalhadas caiu apenas 1% para os homens, 3% para as mulheres casadas e 5% para as mulheres solteiras. Homens que sustentavam suas famílias continuaram trabalhando praticamente as mesmas horas, enquanto mães recentes usavam a assistência financeira para tirar uma licença-maternidade mais longa e estudantes conseguiam permanecer na escola mais tempo do que antes. Mas a descoberta mais notável de Forget foi que o número de hospitalizações caiu 8,5%.** Se considerarmos o tamanho dos gastos

---

87 BREGMAN, 2018. Pag. 45

públicos em saúde no mundo desenvolvido, as implicações financeiras desse fato são imensas. Anos após a implantação do programa, a violência doméstica também diminuiu, assim como as queixas sobre saúde mental. O Mincome tornou a cidade inteira mais saudável. Forget conseguiu até mesmo detectar os impactos da renda básica para a geração seguinte, tanto em termos financeiros quanto de saúde.

Além de Dauphin, outros experimentos do gênero foram apresentados por Bregman em seu livro, e as conclusões de tais iniciativas confirmam que a garantia de uma renda mínima ao cidadão longe de possuir o efeito de desestimular o crescimento pessoal/incentivar a preguiça, tendem a fomentar o desenvolvimento individual de seus destinatários.

Da mesma forma foram as impressões registradas da implantação do programa de renda básica universal no Quênia, que participou de um experimento envolvendo 26 mil beneficiários<sup>88</sup>, nos condados de Kisumu, Siaya e Bonnet, realizado pela GiveDirectly<sup>89</sup>.

O resultado desse experimento, conforme relatado por Eduardo Suplicy e Monica Dallari, semelhante às experiências relatadas por Bregman, também foi positivo<sup>90</sup>:

A partir das visitas aos beneficiários da experiência queniana de RBU, podemos afirmar que a melhoria no grau de bem-estar das pessoas é muito significativa. **Foi o que pudemos testemunhar em todas as residências visitadas e no diálogo com beneficiários da RBU. Mães e pais falaram da preocupação em priorizar a educação das crianças e adolescentes, garantindo a frequência e permanência na escola**, que passou a ser possível graças à RBU, que ajudou inclusive na contratação de professores auxiliares. **De forma geral,**

---

**88 12 anos e 26.000 pessoas: o maior experimento de renda básica até agora.** Ex-diretor da GiveDirectly sobre a importância global de seu julgamento no Quênia. Disponível em: <https://apolitical.co/solution-articles/pt/12-anos-26.000-pessoas-maior-experiencia-de-renda-basica-ate-agora>. Acessado em 15/09/2022

<sup>89</sup> Organização sem fins lucrativos fundada na crença de que “a doação direta é uma maneira eficiente, comprovada e capacitadora de ajudar”. Fonte: <https://www.givedirectly.org/>

<sup>90</sup> Anotações sobre um caso de renda mínima a experiência do Quênia. Disponível em: <https://inteligencia.insightnet.com.br/anotacoes-sobre-um-caso-de-renda-minima-a-experiencia-do-quenia/> Acessado em 30/09/2022

**nossos entrevistados afirmaram estar se alimentando melhor e com maior variedade de alimentos.**

**O benefício da RBU resultou em estímulo para que as pessoas também pudessem trabalhar mais e melhor**, sobretudo por que **tiveram condição de adquirir melhores instrumentos de trabalho**, como ferramentas, motocicletas para transportar pessoas ou fazer entregas, animais de criação (cabra e gado) para fornecimento de carne e leite, meios de pescar mais peixes no lago para vendê-los, compra de terreno para plantio de hortas, árvores frutíferas e aumentar sua renda. **Algumas famílias investiram em sistemas para melhor captação da água de chuva ou captador de energia solar para assim ter a energia elétrica. Moradias ganharam móveis básicos**, como colchões, sofás, mesas, cadeiras e pequenos aparelhos elétricos, como aparelho de som ou rádio. Telhados de palha foram substituídos por aço com calhas.

Ainda que a experiência da visita possa ter coibido tal comportamento, **é importante registrar que não percebemos qualquer utilização de álcool ou de outras drogas. Um estudo feito pela Innovations Poverty Action.<sup>1</sup> IPA, corrobora nossa observação, uma vez que não registrou aumento nas despesas com tabaco, álcool ou jogos de azar.** A impressão que tivemos, na verdade, vai no sentido contrário, ou seja, de que se reforçaram os comportamentos baseados na solidariedade e na cooperação entre elas.

**Notável foi a redefinição dos papéis de gênero.** Como as mulheres também recebem o benefício, ouvimos delas como se sentiam com maior liberdade para decidir onde gastar o seu dinheiro e registramos relatos de como os casais passaram a se reunir à mesa no dia de pagamento da RBU para conversar sobre o orçamento doméstico. Muito relevante e frequente também a organização de grupos para se cotizar para uma compra maior ou assumir uma despesa de maior valor (...).

Assim, é inegável que o programa de renda básica tem forte potencial modificador dos altos índices de desigualdade social, por proporcionar direitos básicos como alimentação, saúde, educação e, por consequência, dignidade e desenvolvimento aos seus beneficiários, podendo ser utilizado como uma ferramenta para preparar o indivíduo para o futuro do mercado de trabalho.

## 2.4 Renda Básica de Cidadania: uma proposta para o Governo Federal.

No Brasil um programa de renda básica foi idealizado pelo economista e ex-senador Eduardo Suplicy, autor do projeto que se converteu na Lei n. 10.835/2004, criador da chamada “Renda Básica de Cidadania”. Referido programa prevê destinação de uma renda para todas as pessoas residentes no país, não importando a sua condição socioeconômica.

Eis o teor:

Art. 1º É instituída, a partir de 2005, **a renda básica de cidadania, que se constituirá no direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica**, receberem, anualmente, um benefício monetário.

§ 1º **A abrangência mencionada no caput deste artigo deverá ser alcançada em etapas, a critério do Poder Executivo, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população.**

§ 2º **O pagamento do benefício deverá ser de igual valor para todos**, e **suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde**, considerando para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades orçamentárias.

§ 3º O pagamento deste benefício poderá ser feito em parcelas iguais e mensais.

§ 4º O benefício monetário previsto no caput deste artigo será considerado como renda não-tributável para fins de incidência do Imposto sobre a Renda de Pessoas Físicas.

Art. **2º Caberá ao Poder Executivo definir o valor do benefício**, em estrita observância ao disposto nos arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal.

Art. 3º O Poder Executivo consignará, no Orçamento-Geral da União para o exercício financeiro de 2005, dotação orçamentária suficiente para implementar a primeira etapa do projeto, observado o disposto no art. 2º desta Lei.

Art. 4º A partir do exercício financeiro de 2005, os projetos de lei relativos aos planos plurianuais e às diretrizes orçamentárias deverão especificar os cancelamentos e as transferências de despesas, bem como outras medidas julgadas necessárias à execução do Programa.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, **8 de janeiro de 2004**; 183º da Independência e 116º da República. *Grifo nosso*

Nesse viés, desde 2004 há previsão legal para aplicação de renda básica universal no ordenamento jurídico brasileiro, com valor igual para todos, sendo que, a despeito de já terem transcorrido quase dezenove anos desde a aprovação e início de sua vigência, o programa ainda não foi implementado pelo Poder Executivo, o qual sequer fixou o seu valor, conforme determina o art. 2º da Lei n. 10.835/2004.

Insta salientar, por oportuno, que após a publicação da Lei 10.835, de 8 de janeiro de 2004, foi estatuída a Lei 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que estabeleceu o Programa do Bolsa Família (PBF), atualmente regulado pela Lei 14.284/2021, destinado à população em situação de extrema pobreza no país. A despeito disso, as verbas não se confundem, haja vista que, consoante exposto alhures, o programa de renda básica possui como característica a sua universalidade e incondicionalidade, o que diverge, portanto, dos princípios básicos do Programa do Bolsa Família (PBF).

Vale dizer, ainda que a lei preveja em seu art. 1º, §1º que o programa poderá ser implementado em etapas, não é possível identificar o PBF como uma etapa para implantação da Renda Básica Cidadã, haja vista as inúmeras regras condicionantes criadas para concessão do referido benefício<sup>91</sup>.

---

91 Lei 14284/2021. Art. 4º Constituem benefícios financeiros do Programa Auxílio Brasil, destinados a ações de **transferência de renda com condicionalidades**, nos termos do regulamento e observadas as metas de que trata o art. 42. (...) § 1º São elegíveis ao Programa Auxílio Brasil as famílias:

I - em situação de pobreza, cuja renda familiar per capita mensal se situe entre R\$ 105,01 (cento e cinco reais e um centavo) e R\$ 210,00 (duzentos e dez reais); e

II - em situação de extrema pobreza, com renda familiar per capita mensal igual ou inferior a R\$ 105,00 (cento e cinco reais).

§ 2º **As famílias que se enquadrarem na situação de pobreza apenas serão elegíveis ao Programa Auxílio Brasil se possuírem em sua composição gestantes, nutrízes ou pessoas com idade até 21 (vinte e um) anos incompletos.**

§ 3º Os benefícios financeiros previstos nos incisos I, II e III do caput deste artigo constituem direito das famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza a eles elegíveis nos termos desta Lei, sendo-lhes



Ainda que divergentes, a impressão que resta é que houve a substituição de um programa pelo outro, haja vista que a verba idealizada pelo então Senador Eduardo Suplicy nunca foi implementada.

Assim, é indiscutível a omissão do Poder Executivo, que impossibilita a aplicação prática da norma.

Para tentar remediar a ausência do Executivo, a Defensoria Pública da União interpôs mandado de injunção em face do Presidente da República, buscando a regulamentação do programa.

Todavia, ao julgar o *writ* o Supremo Tribunal Federal – STF entendeu que o mandado de injunção apenas deveria ser conhecido para garantir o benefício às pessoas em situação de vulnerabilidade econômica. Vejamos:

Mandado de injunção. Renda básica de cidadania. Lei 10.835/2004. Art. 2º. Omissão do Poder Executivo Federal em fixar o valor do benefício. 2. Colmatação da inconstitucionalidade omissiva. **Equilíbrio entre o indeclinável dever de tutela dos direitos e liberdades constitucionais (CF, art. 5º, XXXV) e o princípio da divisão funcional dos poderes (CF, art. 2º)**, além da observância às regras fiscal-orçamentárias. Precedentes. 3. **A falta de norma disciplinadora enseja o conhecimento do writ apenas quanto à implementação de renda básica para pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica (pobreza e extrema pobreza), na linha dos arts. 3º, III; 6º; e 23, X, da Constituição Federal.** 4. O Fundo Federal de Combate à Pobreza possui receitas próprias e prioriza o atendimento de famílias situadas abaixo da linha da pobreza. Art. 81, caput e §1º, do ADCT c/c arts. 1º e 3º, I, da Lei

---

assegurado o acesso às transferências de renda tão logo se verifique que elas preenchem os requisitos para isso, na forma dos procedimentos fixados no regulamento, observando-se o previsto no § 1º do art. 21.

§ 4º Os benefícios financeiros previstos nos incisos I, II e III do caput deste artigo poderão ser pagos cumulativamente às famílias beneficiárias.

§ 5º A família beneficiária apenas receberá o benefício previsto no inciso II do caput deste artigo relativo aos seus integrantes com idade entre **18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos incompletos quando estes já tiverem concluído a educação básica, ou nela estiverem devidamente matriculados**, nos termos do regulamento.

§ 6º Os valores dos benefícios de que tratam os incisos I, II e III do caput deste artigo e os valores referenciais para caracterização de situação de pobreza ou de extrema pobreza previstos nos incisos I e II do § 1º deste artigo poderão ser ampliados por ato do Poder Executivo.

Complementar 111/2001. 5. Bolsa Família. Lei 10.836/2004. De 2014 a 2017, milhões de concidadãos retornaram à extrema pobreza. Inexistência de atualização adequada do valor limite para fins de enquadramento e também da quantia desembolsada pelo Poder Público. Política pública que necessita de atualização ou repaginação de valores. Proteção insuficiente de combate à pobreza. 6. Lei 10.835/2004 e suas variáveis sociais, econômicas e jurídicas. Risco de grave despesa anual. Realidade fiscal, econômica e social, na quadra atualmente vivenciada e agravada pelas consequências da pandemia em curso. 7. **Determinação para que o Poder Executivo Federal implemente, no exercício fiscal seguinte ao da conclusão do julgamento do mérito (2022), a fixação do valor disposto no art. 2º da Lei 10.835/2004 para o estrato da população brasileira em situação de vulnerabilidade socioeconômica.** Art. 8º, I, da Lei 13.300/2016. 8. Apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem as medidas administrativas e/ou legislativas necessárias à atualização dos valores dos benefícios básicos e variáveis do programa Bolsa Família (Lei 10.836/2004), isolada ou conjuntamente, e, ainda, para que aprimorem os programas sociais de transferência de renda atualmente em vigor, mormente a Lei 10.835/2004, unificando-os, se possível. 9. Concessão parcial da ordem injuncional.

(MI 7300, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 20-08-2021 PUBLIC 23-08-2021) *grifo nosso*.

Consoante se extrai do voto do Ilustre Ministro Gilmar Mendes, *"caso viesse a assegurar judicialmente a renda básica a todos os cidadãos brasileiros, sem qualquer gradualidade ou planejamento financeiro, o Tribunal, a um só tempo, excederia os limites que, ao longo de mais de 20 anos, foram desenvolvidos por sua jurisprudência no âmbito de mandados de injunção, mas também infringiria a progressividade aventada pelo Legislativo para a implementação do benefício monetário (art. 1º, § 2º)*.

Nesse diapasão, a decisão da Suprema Corte voltou-se ao que entendeu ser uma "primeira etapa" do programa, consistente na destinação prioritária da renda básica cidadã aos mais necessitados (art. 1, §1º da Lei 10.835/2004).

Ainda assim, até a data de publicação do presente artigo, repisa-se, sequer essa parcela populacional foi beneficiada com a renda básica de cidadania.

Portanto, há que se tecer críticas ao aspecto discricionário da Lei em questão, haja vista que, ao atribuir ao Poder Executivo a responsabilidade por implantação do aludido programa, acabou por selar sua ineficiência.

A uma porque, ao disponibilizar ao executivo federal a possibilidade de regulamentar o recebimento da renda, a norma acaba por permitir ao governante que direcione o programa que deveria ser universal e incondicionado. A duas, porque permitiu a omissão estatal, que impossibilitou a instituição de benefício há muito previsto em lei.

Ao que parece, certo seria que a implementação da medida fosse instituída como política pública, independentemente da vontade do Governo em vigência, para que não pudesse ficar à sua mercê.

Assim, a despeito do atual cenário de desigualdade social do país, que, em uma perspectiva de mudanças tecnológicas do mercado de trabalho pode vir a se agravar, bem como da já comprovada eficácia do programa de renda básica universal como um importante aliado na garantia dos direitos mínimos à população, e da existência de legislação e jurisprudência favoráveis à implantação de modelo do programa no país, a iniciativa continua a ser postergada pelos poderes públicos.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No trabalho proposto, buscou-se realizar uma reflexão acerca das perspectivas de mudanças no mercado de trabalho em razão da revolução tecnológica, de sua capacidade agravadora da desigualdade social no presente país, seus efeitos deletérios em relação à dignidade da pessoa humana. Analisou-se, ainda, o programa de renda básica como uma ferramenta capaz de contribuir para equalização social, debatendo seu conceito e sua capacidade modificadora.

Com o desenvolvimento do estudo, foi possível compreender que o programa de renda básica tem se mostrado como uma promissora alternativa para minimizar os efeitos do abismo social que existe na sociedade brasileira. Além disso, ele pode ser utilizado como um meio de incentivar o desenvolvimento dos cidadãos, em uma perspectiva de constantes inovações tecnológicas. Isso pode ser particularmente útil em um cenário de voláteis alterações no mercado de trabalho, beneficiando, assim, as parcelas mais vulneráveis da população que, sem um auxílio ativo, poderiam restar excluídas do mercado de trabalho.

As experiências positivas vivenciadas em outros países foram citadas como exemplo para combater falácias negativas em relação ao referido programa, que muitas vezes contribuem para ausência de sua implantação.

Por fim, analisou-se a legislação brasileira existente, tecendo-se críticas ao excesso de discricionariedade concedida ao poder público com relação à implementação da verba, o que acabou culminando com a ausência de efetivação do programa, mesmo após quase vinte anos de sua publicação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BREGMAN, Rutger **Utopia para realistas**; tradução de Leila Couceiro. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

DUQUE, Daniel. **Auxílio emergencial para de crescer em agosto, e pobreza cai de novo; com redução do benefício a partir de setembro, porém, pobreza e desigualdade devem aumentar**. Blog do IBRE, 24 set. 2020. Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/auxilio-emergencial-para-de-crescer-em-agosto-e-pobreza-cai-de-novo-com-reducao-do-beneficio>

FIGUEIREDO, Fábio Fonseca. **Conjecturas sobre o desemprego a partir do desenvolvimento tecnológico na sociedade contemporânea**. Biblio 3W. Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales, Universidad de Barcelona, Vol. XV, nº 878, 30 de junio de 2010.

GOMES FREITAS, FERNANDO JOSÉ. **Renda Básica de Cidadania: Análise Comparada da literatura do Brasil, Estados Unidos e Holanda**. Rio de Janeiro, 2019.

HARARI, YUVAL NOAH. 21 Lições para o século 21. Yuval Noah Harari; tradução Paulo Geiger – 1ª ed. – São PAULO: Comanhia das Letras, 2018.

LAZZARIN, Sonilde Kugel. **A (in)segurança social em tempos de pandemia: a renda básica universal como possível solução ao precariado e à crescente desigualdade social no Brasil**. Porto Alegre: HS Editora, 2020.

MAGALHÃES, Regina, VENDRAMINI, Annelise. **Os impactos da quarta revolução industrial**. Revista GVEXECUTIVO – V17. N1. Jan/Fev 2018.

OIT. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites (2018). Disponível em [https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS\\_626908/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_626908/lang--pt/index.htm)

OLIVEIRA, H. Caique. O Avanço Tecnológico, o Aumento do Desemprego e Mudanças no Direito Durante a Pandemia do COVID-19. Londrina, 2022. Disponível em: <https://repositorio.fass.edu.br/jspui/bitstream/123456789/4530/1/CAIQUE%20HANDA%20ODE%20OLIVEIRA.pdf>

ROCHA, Thiago Santos, SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à "renda básica familiar**. Revista Consultor Jurídico; 11/06/2022. Acessado em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-11/direitos-fundamentais-consideracoes-direito-fundamental-renda-basica-familiar>

SANTOS, André Luiz Passos. Renda básica universal: notas para discussão. Brasil Debate, 12 maio 2021. Disponível em: <https://brasildebate.com.br/renda-basica-universal-notas-para-discussao/>

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte, Fórum, 2016.

SILVA, Jônatas Rodrigues da. **Renda básica como instrumento de liberdade**. Araraquara, 2022, 193 p. Tese (doutorado) – Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências e Letras, Araraquara.

SILVA, Roberta Soares da. **Dignidade humana**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/507/edicao-1/dignidade-humana>

SUPLICY, Eduardo M. **Renda básica de cidadania como forma de garantir o direito à dignidade e à liberdade real para todos**. Jornal da Universidade, UFRGS, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/coronavirus/base/renda-basica-de-cidadania-como-forma-de-garantir-odireito-a-dignidade-e-a-liberdade-real-para-todos/>

SUPLICY, Eduardo Matarazzo; DALLARI, Monica. **Anotações sobre um caso de renda mínima – A experiência do Quênia**. Acessado em: <https://inteligencia.insightnet.com.br/anotacoes-sobre-um-caso-de-renda-minima-a-experiencia-do-kenia/>

The Future of Jobs Report 2020, disponível em: [https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Future\\_of\\_Jobs\\_2020.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2020.pdf)

VAN PARIJS, Philippe; VANDERBORGHT, Yannick. **Renda básica de cidadania: fundamentos éticos e econômicos** tradução Maria Beatriz de Medina. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

WESTIN, Ricardo. **Pandemia força Brasil a discutir adoção da renda básica de cidadania.**

Agência Senado, 17 jul. 2020. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/pandemia-forca-brasil-a-discutiradocao-da-renda-basica-de-cidadania>

World Inequality Report 2022, acessado em: [https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2022/03/0098-21\\_WIL\\_RIM\\_RAPPORT\\_A4.pdf](https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2022/03/0098-21_WIL_RIM_RAPPORT_A4.pdf)



## **A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE POSSE E PORTE DE MUNIÇÕES DE ARMA DE FOGO**

**CLEIDIANE SMITHE SILVA:**  
Bacharelanda em Direito pela  
Universidade de Gurupi – UnirG<sup>92</sup>.

JOSÉ CARLOS RIBEIRO DA SILVA<sup>93</sup>  
(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo traz uma discussão sobre o princípio da insignificância, com o objetivo de verificar a possibilidade sua de aplicação no crime de posse e porte de munições de arma de fogo. Para tanto, utilizou-se pesquisas bibliográficas e revisões literárias de doutrinas, artigos, jurisprudência e periódicos, com publicações entre os períodos de 2018 a 2023, fundamentando os argumentos teóricos e jurídicos apresentados no referido estudo. Assim, ante os dados coletados, analisados e discutidos, constata-se que os Tribunais Superiores têm aplicado o princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei nº 10.826/2003, afastando a tipicidade material, quando evidenciado flagrante de desproporcionalidade da resposta penal, como, por exemplo, a apreensão de quantidade ínfima de munição desacompanhada de arma de fogo. Dessa forma, conquanto formalmente típica, a apreensão de uma única munição não é capaz de lesionar ou mesmo de ameaçar o bem jurídico tutelado, especialmente quando ausente qualquer tipo de armamento capaz de deflagrar os projéteis em seu poder. Para aferição da atipicidade das condutas de posse ou porte de munições, em razão do princípio da insignificância, devem ser considerados não somente a quantidade de munições, mas também as outras circunstâncias do caso.

**Palavras-chave:** Insignificância. Munição. Arma de Fogo. Possibilidade.

### **THE POSSIBILITY OF APPLYING THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE IN THE CRIMES OF POSSESSION AND POSSESSION OF FIREARM AMMUNITION**

**ABSTRACT:** The present study brings a discussion about the principle of insignificance, with the objective of verifying its possibility of application in the crime of possession and possession of firearm ammunition. To this end, bibliographical research and literary reviews of doctrines, articles, jurisprudence and periodicals were used, with publications between the periods of 2018 to 2023, substantiating the theoretical and legal arguments presented

---

92 E-mail: [cleidiansmithe@gmail.com](mailto:cleidiansmithe@gmail.com).

93 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: [josecarlosrs@unirg.edu.br](mailto:josecarlosrs@unirg.edu.br).

in that study. Thus, in view of the data collected, analyzed and discussed, it appears that the Superior Courts have applied the principle of insignificance to the crimes provided for in Law No. for example, the apprehension of a tiny amount of ammunition unaccompanied by a firearm. Thus, although formally typical, the seizure of a single ammunition is not capable of injuring or even threatening the protected legal interest, especially when there is no type of weapon capable of detonating the projectiles in its possession. In order to assess the atypical conduct of possession or possession of ammunition, due to the principle of insignificance, not only the amount of ammunition must be considered, but also the other circumstances of the case.

**Keywords:** Insignificance. Ammunition. Fire gun. Possibility.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Do crime de posse e porte de arma de fogo: Aspectos gerais. 3. Do princípio da insignificância. 4. Aplicação do princípio da insignificância aos crimes de posse e porte de munição de arma de fogo. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Todo crime gera, de alguma forma, uma consequência; seja para a vítima, para os familiares, para os operadores do Direito ou para a sociedade. No entanto, existem alguns crimes que não causam um efeito danoso para nenhum desses agentes, sendo considerados irrelevantes ou insignificantes aos olhos do Direito e até da própria sociedade.

Sabe-se que uma das metas da norma penal é proteger os bens jurídicos que têm grande valor entre os membros da sociedade. Apesar disso, existem casos onde verifica-se que a aplicação literal da lei pode gerar casos de inexistência de razoabilidade, equiparando condutas que causam lesões de distintos graus, tipificando-as conjuntamente, não existindo proporcionalidade entre o dano causado e a pena cominada. Tal fato configura uma afronta a um dos mais importantes fundamentos constitucionais - a dignidade da pessoa humana - obrigando um indivíduo a cumprir penas mais severas do que o mal causado.

Diante desse contexto, o presente estudo tem como finalidade analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância, que é justamente o princípio que aduz que a penalidade de um ato delituoso deve estar conjunada à sua consequência nas esferas jurídicas, individuais e sociais.

Em outras palavras, tal princípio está diretamente ligado aos crimes que não afetam de maneira ofensiva à sociedade e ao Estado. O que se busca é afastar a tipicidade material,

possibilitando a não punição da conduta, defendendo o fato de que o bem jurídico tutelado não seja lesionado de forma que justifique a sua penalização.

Para melhor limitar essa temática, discutiu-se como pode-se ser aplicar tal princípio no crime de porte de munição de arma de fogo, tipificado nos artigos 12, 14 e 16, todos da Lei 10.826/2003, ao qual é crime possuir, portar, deter, ceder, ainda que gratuitamente, transportar, (...) munição de arma de fogo (BRASIL, 2003).

No decorrer da análise do tema proposto, procurou-se responder à seguinte indagação: é possível aplicar o princípio da Insignificância no crime de porte de munição de arma de fogo no Brasil? Ademais, buscou-se encontrar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre essa situação.

Empregou-se a metodologia de revisão da literatura, tendo como fonte de pesquisa as bases de dados digitais: Scientific Electronic Library Online (SciELO) e Lilacs, juntamente com a leitura de livros, periódicos e apoiando-se na legislação e jurisprudência brasileira.

## **2. CRIME DE PORTE E POSSE DE ARMA DE FOGO: ASPECTOS GERAIS**

O crime de posse e porte de arma de fogo é amplamente discutido na área de Segurança Pública. Diante do aumento da criminalidade e da pouca efetivação do combate a esse agravo social, muitos cidadãos têm buscado a aquisição de armas de fogo com o intuito de se protegerem de eventual perigo.

O uso da arma de fogo não é uma unanimidade, nem na sociedade, nem no meio jurídico. Vale ressaltar que de acordo com a legislação, tal uso é recomendado somente em última instância. Nesse caso, citam-se os Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (PBUFAF, 1990) “adotados no 8º Congresso das Nações Unidas sobre a ‘Prevenção do Crime e o Tratamento dos Infratores’, realizado em Havana, Cuba, em 1990” (UFP, SENASP, 2012, p. 7).

Este regramento possui 26 artigos que dispõem basicamente de orientações e prescrições sobre o uso da arma de fogo por parte dos encarregados de aplicação da lei, bem como o dever do Estado em proporcionar segurança de qualidade aos cidadãos, com respeito à dignidade da pessoa humana, no intuito de garantir os direitos fundamentais, e dentre eles, o direito à vida. (BRASIL, 1990).

De acordo com estes dispositivos, delibera-se que os representantes dos governos forneçam a seus policiais, como meios alternativos ao uso letal da força, a utilização de armas incapacitantes não letais, juntamente a treinamentos para a administração destes,

diminuindo-se o uso de arma de fogo e disciplinando que o emprego de ações letais seja efetivado somente em casos extremos (PINTO; VALÉRIO, 2018).

Segundo Pinto e Valério (2018, p. 51), devem-se fazer todos os esforços no sentido de excluir a utilização de armas de fogo. Em geral, só se deveria utilizá-las quando o suspeito oferecer resistência armada ou quando pôr em risco as vidas alheias, não sendo suficientes as medidas menos extremas para dominar ou deter o delinquente suspeito. Vale mencionar a Lei nº. 13.060/14 que disciplina o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública no Brasil.

“Art. 2º Os órgãos de segurança pública deverão priorizar a utilização dos instrumentos de menor potencial ofensivo, desde que o seu uso não coloque em risco a integridade física ou psíquica dos policiais, e deverão obedecer aos seguintes princípios:

I - legalidade;

II - necessidade;

III - razoabilidade e proporcionalidade.

Parágrafo único. Não é legítimo o uso de arma de fogo:

I - contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que não represente risco imediato de morte ou de lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros; e

II - contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, exceto quando o ato represente risco de morte ou lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros.

(...)

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, consideram-se instrumentos de menor potencial ofensivo aqueles projetados especificamente para, com baixa probabilidade de causar mortes ou lesões permanentes, conter, debilitar ou incapacitar temporariamente pessoas.”

(BRASIL, 2014)

Com base no exposto, mostra-se que a lei é taxativa em relação à proibição do uso de arma letal em determinados casos. Sendo assim, não é legítimo o uso de arma de fogo contra indivíduo em evasão que esteja desarmado ou que não coloque em risco de morte e lesão os agentes de segurança pública ou outras pessoas.

O que se entende é que a seguinte norma defende os valores da vida, servindo também como mecanismo para evitar abusos cometidos por agentes públicos de má índole que se utilizam de suas funções para cometer crimes. Isso impediria que abordagens simples que não resultariam em risco à vida humana terminassem tragicamente por despreparo ou desequilíbrio emocional do agente que deveria ser responsável por preservar a vida (LOPES, 2019).

Uma vez entendido que os agentes de segurança pública devem a todo modo evitar o uso indiscriminado de arma de fogo, destaca-se que a posse e o porte dessas armas pelo cidadão comum também possuem limitações. Nesse sentido, a regulamentação sobre o porte e posse de armas de fogo está à luz da Lei nº 10.826/2003 de alcinha de Estatuto do Desarmamento, que traz algumas regulamentações para se obter a posse ou porte de arma de fogo.

“Art. 4º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:

I - Comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos;

II – Apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;

III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.

§ 1º O Sinarm expedirá autorização de compra de arma de fogo após atendidos os requisitos anteriormente estabelecidos, em nome do requerente e para a arma indicada, sendo intransferível esta autorização

§ 2º A aquisição de munição somente poderá ser feita no calibre correspondente à arma registrada e na quantidade estabelecida no regulamento desta Lei.

(...)

§ 5º A comercialização de armas de fogo, acessórios e munições entre pessoas físicas somente será efetivada mediante autorização do Sinarm.

§ 6º A expedição da autorização a que se refere o § 1º será concedida, ou recusada com a devida fundamentação, no prazo de 30 (trinta) dias úteis, a contar da data do requerimento do interessado.

§ 7º O registro precário a que se refere o § 4º prescinde do cumprimento dos requisitos dos incisos I, II e III deste artigo.

§ 8º Estará dispensado das exigências constantes do inciso III do caput deste artigo, na forma do regulamento, o interessado em adquirir arma de fogo de uso permitido que comprove estar autorizado a portar arma com as mesmas características daquela a ser adquirida.”

(BRASIL, 2003)

A supracitada norma define que a posse se limita ao interior da residência ou local de trabalho, desde que o proprietário cumpra alguns requisitos, justificando-se o porquê da aquisição e a real necessidade para seu uso. O porte definido pela Lei 10.826/2003 infere que a arma de fogo pode ser transportada em local diverso da sua residência ou local de trabalho. Vale a pena ressaltar que no Brasil é proibido o porte de arma pelo cidadão comum, ressalvados os casos excepcionais, como o dos agentes de segurança pública citados anteriormente.

### **3. DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

O conceito histórico do princípio da insignificância não é recente, e de acordo com Cintra (2019), tal princípio tem seu nascedouro na Roma Antiga, oriundo do brocardo *mínima non curat pretor*, fazendo-se presente desde os primórdios da área jurídica. A primeira norma que retoma a natureza desse princípio (ainda que não expresso de forma direta) é a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, por meio do seu art. 5º ao qual afirmava que a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade, ou seja, somente aquelas ações que de fato atingem negativamente a sociedade pode ser punida (ALMEIDA, 2020).

Silva (2018) explica que o princípio da insignificância desde sempre esteve interligado ao da Legalidade, e como explica Di Pietro (2017), este é o princípio pelo qual ninguém pode ser afetado em sua liberdade senão em virtude de lei. Após a Primeira e Segunda Guerra mundial, houve um significativo crescimento de furtos de objetos e valores irrelevantes, em razão do aumento da miséria, desemprego e falta de insumos alimentícios.



Esses ilícitos foram chamados de Criminalidade de Bagatela, em razão dos valores baixos encontrados (NOHARA, 2019).

Frente a esse cenário, em 1964, Claus Roxin criou de forma contundente o princípio da insignificância, dando sentido e legalidade ao termo e ao seu significado. Nas palavras de Prado (2019), Claus Roxin trouxe a formulação com base de validade geral para se determinar o que é “injusto penal”, através da introdução do princípio da insignificância como regra auxiliar de interpretação, excluindo, da maioria dos tipos, os danos de menor importância.

O princípio da insignificância, cabe frisar, não se limita apenas a um caráter econômico de cunho patrimonial. Ele vai além, se direcionando também a conteúdos de diversas normas penais, devendo ser projetado em todas as condutas definidas como crime, garantindo que somente às ações com um caráter substantivamente penal recaiam a incidência das normas penais. (PADRO, 2019).

Sob essa ótica, defende-se pelo princípio da insignificância a não punição de crimes cujo efeito social é mínimo (NOHARA, 2019). Nos dizeres de Estefam (2018), o princípio é caracterizado por possuir escassa reprovabilidade, baixa ofensa à bem jurídico irrelevante e pouca habitualidade, tendo maior incidência em crimes contra o patrimônio, crimes de trânsito e por conveniência político-criminal.

Segundo informa Greco (2016), o grau de lesão do bem jurídico protegido é o principal ponto de preocupação no que se refere ao princípio da insignificância, posto que não se deve ocupar o Direito Penal com assuntos de somenos importância que em nada prejudicam o bem jurídico tutelado. Assim, deve-se existir análise específica sobre até que ponto a lesão ou o perigo de lesão configura o injusto penal dentro da tipicidade. Nas palavras de Masson (2018, p. 133), o princípio da insignificância é o “instrumento para a exclusão da imputação objetiva de resultados”.

O renomado doutrinador Luiz Flávio Gomes (2013) ao discorrer sobre o conceito do princípio em destaque afirma que ele expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja, insignificante). É uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso.

Bitencourt (2019) por sua vez, pontua que a tipicidade penal somente vai ocorrer e trazer efeitos para o mundo jurídico quando houver uma ofensa que traga uma gravidade considerável aos bens jurídicos tutelados, já que nem toda ofensa aos bens ou interesses tutelados pelo Estado são suficientes para caracterizar o injusto penal. Por conta disso, Guadanhim (2018) esclarece que o princípio da insignificância deve estar diretamente ligado a uma proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a necessidade da

intervenção estatal, isto é, condutas que equivalem a um determinado tipo penal, porém, formalmente não possuem relevância material para requererem o afastamento da tipicidade penal, posto que o bem jurídico não foi relevantemente lesado.

Cabe destacar que o bem jurídico de menor relevância é o que não possui importância suficiente, tida como grau mínimo para intervenção concreta do Estado no tocante à esfera penal. Não se pode confundir-las com as infrações de menor potencial ofensivo previstas pela Carta Magna, posto que não há relação direta entre a ofensividade e a irrelevância do bem jurídico. A potencialidade ofensiva relaciona-se à faculdade de ação lesiva ao bem jurídico que não possua juízo de valor, relevante ou não (PRADO, 2019)

Panis, Scherner e Wendramin (2019) esclarecem que o princípio da insignificância interpreta de forma restritiva o tipo penal, classificando-o de forma qualitativa e quantitativa, em conformidade com o grau de lesividade da conduta, excluindo da incidência penal apenas os fatos que, apesar de atingirem bens tutelados, são insignificantes.

Em outra observação, Silva (2018) salienta que o princípio da insignificância atua no sentido de impedir que se processem condutas socialmente irrelevantes, visando que a Justiça não fique atolada de processos e permitindo que fatos irrisórios, irrelevantes, não estigmatizem seus autores. No Brasil, esse princípio foi pela primeira vez mencionado em um julgamento (e não na lei) feito pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 66.869-1 PR, em 06/12/1988, em um caso de lesão corporal relativo a acidente de trânsito, em que se verificou que a lesão era irrelevante e, por isso, entendeu-se que não havia sido configurado o crime, impedindo-se a instauração da ação penal (FLORENZANO, 2018).

Apesar disso, não há no Brasil ainda uma lei específica que regule o princípio da insignificância. Não existe ainda uma norma que traga a previsão legal deste princípio, ficando a cargo da jurisprudência pátria a sua análise de aplicação. É por meio de decisões judiciais que o princípio da insignificância pode ser encontrado (NOHARA, 2019).

Uma vez estabelecido os principais aspectos, para que o princípio da insignificância seja de fato aplicado, é preciso observar determinados requisitos, que são: mínima ofensividade da conduta do agente; ausência de periculosidade social da ação; grau de reprovabilidade do comportamento muito reduzido e inexpressividade da lesão ao bem jurídico protegido. A respeito disso, trata o seguinte julgado:

“APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA PROFERIDA UNICAMENTE EM MEIO AUDIOVISUAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. [...] 2. A incidência do princípio da insignificância é condicionada ao preenchimento dos **seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii)**

**ausência de periculosidade social da ação; (iii) grau de reprovabilidade do comportamento muito reduzido; (iv) inexpressividade da lesão ao bem jurídico protegido** (Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça). 3. O parâmetro para reconhecer a inexpressividade da lesão ao bem jurídico tutelado é de 10% do salário mínimo à época do fato (percentual adotado pelo Superior Tribunal de Justiça). A res furtiva foi avaliada em R\$ 250,00, valor superior a 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos - julho de 2019, não havendo que se falar em inexpressividade ao bem jurídico a atrair a aplicação do princípio da insignificância. 4. **O conjunto de provas existente no caderno processual é frágil** quanto à autoria do delito atribuída ao réu, mostrando-se, por conseguinte, insuficiente para o julgamento de procedência do pedido condenatório deduzido na denúncia. Os elementos indiciários produzidos na fase pré-processual não foram confirmados com suficiência na fase de instrução da ação penal. 5. Recurso parcialmente provido, **apenas para afastar a aplicação do princípio da insignificância**, mantendo a absolvição por ausência de prova jurisdicionalizada." (TJTO, Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO), 0004060-18.2021.8.27.2729, Rel. HELVÉCIO DE BRITO MAIA NETO, 2ª TURMA DA 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 02/08/2022, DJe 04/08/2022 14:09:49). (grifo meu)

No exposto, o magistrado afastou a aplicação do princípio da insignificância em razão da falta de provas contundentes que demonstrassem a pouca lesividade do ato ilícito. ficando claro que na ausência dos requisitos do princípio, não há como ele ser aplicado. Em outro julgado, de mesmo entendimento, cita-se:

"APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE. RECURSO DA DEFESA. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**. VÍTIMA IDOSA (90 ANOS). ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. MAUS ANTECEDENTES. RESPONDE A AÇÕES PENAIIS POR FURTO. PERICULOSIDADE. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1- Para **a aplicação do princípio da insignificância é necessário que haja a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada**. 2- **Apesar do valor furtado ser baixo,**

**ausentes dois dos requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, pois o apelante responde a outras ações penais por crime de furto**, e o delito foi praticado mediante fraude, contra idosa de 90 anos, o que eleva o grau de reprovabilidade da conduta. 3- É interesse do Estado punir infratores contumazes, para desestimular a criminalidade, ainda que o valor furtado seja baixo, porque o fato de se admitir a incidência do princípio da insignificância, em casos como tais, o infrator poderá fazer destes delitos o seu meio de vida. 4- Apelação conhecida e não provida.” (TJTO, Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO), 0000194-04.2022.8.27.2717, Rel. ANGELA ISSA HAONAT, 5ª TURMA DA 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 01/11/2022, DJe 04/11/2022 14:46:04). (grifo meu)

Conforme a jurisprudência supracitada, o magistrado deixa claro que o princípio da insignificância não fora aplicado em razão da reincidência do réu em cometer delitos. Como bem frisado na ementa, o fato de o valor furtado seja baixo, não o torna passível de se aplicar tal princípio, em razão do fato de que o apelante responde a outras ações penais pelo mesmo crime, o que afasta de imediato o requisito do mínimo grau de reprovabilidade do comportamento.

Ademais, verifica-se que o princípio da insignificância pode ser aplicado no Direito brasileiro, desde que observado os seus requisitos. Para melhor discussão sobre esse princípio, é viável ligá-lo ao crime de posse e porte de arma de fogo que será analisado posteriormente.

#### **4. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES DE POSSE E PORTE DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO**

Como já citado anteriormente, esse princípio ainda não encontrou normatividade no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, tal temática se baseia exclusivamente na jurisprudência e na doutrina jurídica.

Devido a esse fato, há anos a doutrina e os próprios Tribunais têm debatido sobre a aplicação desse princípio no caso presente. Sempre discutiu-se a conduta do agente que possui ou porta arma de fogo desmuniçada, ou o contrário, possui ou porta munições desacompanhadas de arma de fogo, podendo ser passível a aplicação do princípio da insignificância.

Capez (2022), ao discorrer sobre a hipótese de posse ou porte de arma de fogo ineficaz, mas municiada, entende que de nada serviriam projéteis de uma arma que não funciona, os quais teriam, assim, a mesma lesividade de qualquer objeto contundente e

não resultariam em nenhum perigo para a incolumidade pública. Conclui o autor que, para haver lesividade e, por consequência, ocorrer a incriminação da conduta, devem as munições se encontrarem próximas a armas de fogo aptas à detonação.

Carvalho (2020) lembra ainda que a criminalização da conduta de quem mantém consigo, porta ou transporta, dentre outras condutas, uma única munição de uso restrito, por exemplo, representa a imposição de uma pena de ao menos 3 (três) e de no máximo 06 (seis) anos de reclusão, com uma pena mínima maior do que a de crimes contra a vida, como o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio (penas de 02 (dois) a 06 (seis) anos, se o suicídio se consuma), o aborto praticado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante (penas de 03 (três) a 10 (dez) anos) e de outros crimes de dano, como a lesão corporal de natureza grave que resulta na incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização de um membro, sentido ou função; deformidade permanente ou aborto (penas de 02 (dois) a 08 (oito) anos).

Segundo o supracitado autor, a desproporção da aplicação penal nesses casos salta aos olhos, pois pune com maior rigor o porte ou posse de munições que representa pouco ou nenhum perigo potencial à incolumidade pública do que ações que provocam graves lesões a bens jurídicos da mais alta importância, como a vida. (CARVALHO, 2020).

Tem-se entendido que o tipo penal é misto-alternativo e que a simples posse de munição de uso permitido, ainda que desacompanhada da arma de fogo respectiva, caracteriza o crime do art. 12, caput, da Lei 108256/03. Além disso, o crime é de mera conduta e de perigo abstrato (CAPEZ, 2022). No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm decidido pela atipicidade material do porte ou posse de munição, de uso permitido e restrito, em pequena quantidade e desacompanhada da apreensão de arma de fogo, por força do princípio da insignificância.

Nesse sentido, no campo jurisprudencial, ao longo dos últimos anos, tem se posicionado de várias formas para aplicar o princípio da insignificância. O Supremo Tribunal de Justiça, pacificou suas jurisprudências no sentido de, em regra, ser típica a conduta de portar munições desacompanhadas de arma de fogo, ao argumento, fundamentalmente, de serem delitos classificados como de perigo abstrato ou presumido, bastando o simples porte de arma de fogo para a sua consumação, independentemente de qualquer resultado posterior (HABIB, 2019).

Desse modo, a *priori*, não se encontra base para aplicação do presente princípio no caso em questão, conforme expõe a seguinte decisão:

**“PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 14 DA LEI N. 10.826 /2003. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO**



**PERMITIDO DESACOMPANHADA DE ARMA DE FOGO.** TIPICIDADE DA CONDUTA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. INEXIBILIDADE DE RESULTADO NATURALÍSTICO. QUANTIDADE APREENHIDA. IRRELEVÂNCIA. REINCIDÊNCIA GENÉRICA DO ACUSADO. DEMONSTRAÇÃO DO DESPREZO SISTEMÁTICO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AFASTAMENTO.** PECULIARIDADES DO CASO. DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO DE OUTRO INDIVÍDUO NA PRIMEIRA FASE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça aponta que os crimes previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o **objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social**, colocadas em risco com o porte de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo. **Por esses motivos, via de regra, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição** (STJ. AgRg no HC n. 763.871/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 21/9/2022). Nesses termos, **a condição de reincidente do réu impede a aplicação do princípio da insignificância que deve ser reservada para casos excepcionais.** 2. [...] (TJTO, Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO), 0005970-51.2019.8.27.2729, Rel. PEDRO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, 4ª TURMA DA 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 25/10/2022, DJe 26/10/2022 16:46:27). **(grifo meu)**

Embora a regra seja a caracterização da natureza criminosa da conduta, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal passou a admitir a incidência do princípio da insignificância na hipótese da posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento hábil a deflagrá-la, como se percebe na ementa a seguir:

“HABEAS CORPUS. DELITO DO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. **PACIENTE PORTANDO MUNIÇÃO.** ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. **INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.** ORDEM CONCEDIDA. 1. A análise dos documentos pelos quais se instrui pedido e dos demais argumentos articulados na **inicial demonstra a presença dos requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância** e a excepcionalidade do caso a justificar a flexibilização da jurisprudência deste Supremo Tribunal segundo a qual o delito de porte de munição



de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, é crime de mera conduta. 2. **A conduta do Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade**, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. Não se há subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 3. **Ordem concedida.**” (Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 133.984/MG. Relator: Min. Carmen Lúcia. Data do Julgamento: 17/05/2016). (grifo meu)

A Suprema Corte não deixou de destacar que estes crimes são de mera conduta e de perigo abstrato. Todavia, passou-se a reconhecer que, em determinados casos, estavam presentes requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância, a justificar a flexibilização excepcional da firme jurisprudência no sentido da sua inaplicabilidade aos crimes de porte e posse de armas de fogo (HABIB, 2019). Nesses casos, em que apreendida apenas a ínfima quantidade de munições, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não estava caracterizado perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade, ressaltando a necessidade de observância dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal (GIONGO, 2022).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, manteve sua firme posição de que, em regra, não é possível aplicar o princípio da insignificância à posse e porte de arma de munições desacompanhadas de arma de fogo. Isso porque estas condutas incidem nas figuras delitivas previstas nos artigos 12, 14 e 16 da Lei 10.826/2003, que são de perigo abstrato e tutelam a segurança pública e a paz social, logo, colocam em risco o bem jurídico protegido (GIONGO, 2022).

Entretanto, esta Corte passou a acompanhar a nova diretriz jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo ser admissível o princípio da insignificância na hipótese excepcional de posse ou porte de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento hábil a deflagrá-la, como se percebe, a título de exemplo, na ementa do seguinte *decisum*:

“PROCESSO PENAL. PORTE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.** CONDENAÇÃO CONCOMITANTE POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência deste

Superior Tribunal de Justiça aponta que os crimes previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com o porte de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo. Por esses motivos, via de regra, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição. 2. **Esta Corte acompanhou a nova diretriz jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que passou a admitir a incidência do princípio da insignificância na hipótese da posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento hábil a deflagrá-la.** 3. No caso, descabe falar em mínima ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora e, por consectário, em aplicação da bagatela, uma vez que as cinco munições de calibre .40 encontradas no veículo do acusado, embora desacompanhadas de arma de fogo, foram apreendidas no contexto de prisão em flagrante do réu pelo crime de tráfico ilícito de drogas, com a apreensão de significativa e variada quantidade de entorpecentes - 320 gramas de maconha, 378,3 gramas de cocaína e 602 gramas de crack. 4. Agravo regimental desprovido". (AgRg no HC n. 763.871/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 21/9/2022). (grifo meu)

Percebe-se, portanto, que para a caracterização desta hipótese excepcional da incidência do princípio bagatelar, deve ser apreendida a pequena quantidade de munições, o que levanta a questão acerca do que seria considerada pequena quantidade. A respeito dessa questão, tem-se que a quantidade de artefatos a serem enquadrados como insignificantes podem variar de acordo com o contexto em que a apreensão ocorreu.

Vanzolini e Junqueira (2018) citam que em determinados casos, onde houve a aplicação do princípio da insignificância, notou-se que foram apreendidas 03 (três), 08 (oito) munições, em outros, 17 (dezessete), 25 (vinte e cinco) cartuchos, sendo alguns de uso permitido e outros de uso restrito. Os tribunais estaduais também têm aplicado o princípio em destaque. Como exemplo, cita-se inicialmente o julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins:

"APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA ACUSAÇÃO. ARTIGO 14, DA LEI DE ARMAS. PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE PORTE DE MUNIÇÃO. APREENSÃO DE UM ÚNICO PROJÉTIL DE ARMA DE FOGO .22. AUSÊNCIA DE ARTEFATO BÉLICO. **PRINCÍPIO DA**

**INSIGNIFICÂNCIA.** SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. PRECEDENTES DO STF E STJ. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. No caso, **a conduta não apresenta lesividade suficiente**, sendo possível à luz da jurisprudência das Cortes Superiores, o reconhecimento da incidência do princípio da insignificância, com o afastamento da tipicidade material. Na situação ora em análise **fora encontrado um único projétil de arma de fogo calibre .22, desacompanhada do armamento. Não ficou evidenciado perigo a incolumidade.** 2. A reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto. Precedentes do STF e STJ. 3. Recurso conhecido e não provido.” (TJTO, Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO), 0013724-45.2021.8.27.2706, Rel. JOCY GOMES DE ALMEIDA, 3ª TURMA DA 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 05/04/2022, DJe 12/04/2022 15:21:47). **(grifo meu)**

No caso mencionado, feitas as devidas considerações, *in casu*, muito embora com o autor tenha sido apreendida uma única munição de arma de fogo desacompanhada de artefato bélico, as circunstâncias do caso concreto indicam a gravidade concreta da conduta do apelado. O Tribunal do presente Estado, inclusive já se manifestou favoravelmente aos entendimentos das cortes superiores, conforme frisado no julgado abaixo:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. POSSE DE 2 MUNIÇÕES DESACOMPANHADAS DA ARMA DE FOGO. **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE.** 1. Conquanto a doutrina classifique o crime de posse de munição como sendo crime de mera conduta e de perigo abstrato, **esta Corte estadual, seguindo o entendimento do c. STF e do e. STJ, têm admitido a incidência do princípio da insignificância nos crimes de posse de munição de uso permitido ou restrito, quando a quantidade apreendida é pequena e desacompanhada de arma de fogo, dada a inocorrência de perigo à incolumidade pública**”. 2. Recurso conhecido e improvido. (TJTO, Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO), 0013032-32.2020.8.27.2722, Rel. HELVÉCIO DE BRITO MAIA NETO, 3ª TURMA DA 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 20/04/2021, DJe 29/04/2021 16:41:43). **(grifo meu)**

De qualquer modo, em concluso, verifica-se que a jurisprudência costuma afirmar que a aplicação do princípio da bagatela não depende de um exame de critério meramente matemático. Não basta, pois, o simples fato da pouca quantidade de cartuchos apreendidos estar desacompanhada da respectiva arma de fogo para que fique configurada a atipicidade da conduta. A incidência do princípio da insignificância está diretamente relacionada com a análise das peculiaridades do caso concreto, a fim de aferir a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, como já citado anteriormente, enfatizado também pela jurisprudência abaixo:

“PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. **POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO**. ARTIGO 12, LEI 10.826/03. APTIDÃO PARA PRODUIR DISPAROS COMPROVADA POR PERÍCIA. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF E STJ. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.** CONDENAÇÃO MANTIDA.RECURSO IMPROVIDO. 1. [...]. 2. **Consoante o Laudo de Exame Técnico Pericial de Eficiência em Arma de Fogo, a arma de que tinha a posse o recorrente estava perfeitamente apto a efetuar disparos, o que comprova a capacidade lesiva do artefato.** 3. [...] Todavia, como se vê, essa não é a hipótese dos autos, que se tratou da posse do armamento e da munição, ambos aptos a produzirem disparos. De outra forma, **o reconhecimento do princípio da insignificância é excepcional, e, inclusive, não se limita apenas à quantidade de munição apreendida, mas às peculiaridades que envolvem os fatos.** E, no caso, o réu foi preso em flagrante após diligência para apuração do crime de furto, sendo que durante a busca no interior da residência do acusado, além dos objetos furtados, foram encontradas a arma e a munição apreendidas, não havendo que se falar, portanto, em reduzido grau de reprovabilidade do comportamento ou de inexpressividade da lesão jurídica provocada, sendo típica a conduta. 4. Recurso improvido”. (TJTO, Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO), 0000690-50.2019.8.27.2713, Rel. EURÍPEDES DO CARMO LAMOUNIER, 5ª TURMA DA 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgado em 11/05/2021, DJe 19/05/2021 14:08:36). **(grifo meu)**

Diante dos julgados apresentados, verifica-se que ao fim que no caso presente, a aplicação do princípio da insignificância é plenamente possível, desde que ele não transgrida os requisitos impostos para a sua aplicação. Conforme exposto no decorrer

desse estudo, para ser aplicado, o ato lesivo deve ser mínimo, além da conduta do agente não ser nociva e a não ter a periculosidade social da ação.

Com base nisso, caminha-se em concordância ao exposto nos Tribunais, o entendimento de que o porte e a posse de munição de arma de fogo, que de fato representa perigo real à uma sociedade ainda pouco familiarizada com essa instrumentária, nos casos onde os requisitos do princípio seja observado e comprovado, deve-se aplicar o princípio da insignificância.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme explanado no respectivo estudo, o Princípio da Insignificância busca primordialmente não punir aqueles delitos cujas consequências sociais e até mesmo jurídicas não sejam impactantes e não causem um dano maior. É o princípio que busca dar uma maior celeridade aos processos penais, não atolando o Judiciário com litígios aos quais a causa e a consequência sejam ínfimas.

No decorrer deste trabalho, ficou consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que o referido tipo penal é delito de perigo abstrato e de mera conduta, e por colocar em risco a incolumidade pública, basta a prática do núcleo verbal para a caracterização, sendo irrelevante a demonstração do efetivo caráter ofensivo, sendo desnecessária, inclusive, que ela esteja municiada.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, firmou entendimento no sentido de que o crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 é de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porque o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse da arma de fogo, ainda que desprovida de munição, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial.

Outrossim, não se olvida que o Superior Tribunal de Justiça, em casos excepcionais, já reconheceu a atipicidade material pela aplicação do princípio da insignificância, mas apenas da conduta de posse de munição desacompanhada de arma de fogo. A Corte Superior se alinhou ao entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal que passou a reconhecer a atipicidade material da conduta, em situações específicas, de ínfima quantidade de munição, aliada à ausência do artefato capaz de disparar o projétil.

Em síntese, o reconhecimento do princípio da insignificância é excepcional, e, inclusive, não se limita apenas à quantidade de munição apreendida, mas às peculiaridades

que envolvem os fatos. Para aferição da atipicidade das condutas de posse ou porte de munições, em razão do princípio da insignificância, devem ser considerados não somente a quantidade de munições, mas também as outras circunstâncias do caso. Deste modo, o simples porte ou posse de munição, ainda que sem a arma de fogo compatível, é conduta típica à luz da Lei 10.826/03, uma vez que se trata de delito de perigo abstrato.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Pedro Luiz Ferreira de. **O princípio da insignificância e a improbidade administrativa**. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 5: crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Decreto – Lei nº. 2.848 de 1940. **Código Penal Brasileiro**. 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: 28 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.826.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm)>. Acesso em: 05 fev. 2023.

CARVALHO, Yuri Soares. **O princípio da insignificância, na posse ou porte de munição**. Trabalho entregue à Pontifícia Universidade Católica de Goiás - PUC Goiás, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Princípio da legalidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120). 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O princípio da insignificância no direito penal brasileiro**. Direito em Movimento, [S.l.], v. 16, n. 1, p. 110-142, maio 2018.



GIONGO, Natália das Neves. **Aplicação do princípio da insignificância aos crimes de posse e porte de munições: uma análise empírica da atual posição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.** Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. Porto Alegre, 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade.** 3<sup>o</sup> ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito penal.** 9. ed. Niterói: Editora Impetus, 2016.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **Princípio da insignificância: uma análise dogmática e sua aplicação nos delitos contra a administração pública.** Curitiba: Juruá, 2018.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais: volume único.** Salvador: JusPodivm, 11 a ed., 2019.

LOPES, Raquel. **A cada dia, 4 pessoas são flagradas por porte ou posse de arma de fogo.** 2019. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/gv/a-cada-dia-4-pessoas-sao-flagradas-por-porte-ou-posse-de-arma-de-fogo-0919>. Acesso em: 05 fev. 2023.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral.** Vol. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo.** 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PANIS, Gabriele; SCHERNER, Paula Vitória Zanette; WENDRAMIN, Cassiane. **Aplicação do princípio da insignificância pela jurisprudência brasileira.** Anuário Pesquisa E Extensão Unoesc São Miguel Do Oeste, 4(1), 12-25; 2019.

PINTO, Jorge Alberto Alvorcem; VALÉRIO, Sander Moreira. **Defesa Pessoal: Para Policiais e Profissionais de Segurança.** Porto Alegre. Ed. Evangraf, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral.** Vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal.** Curitiba: Juruá, 2018.

VANZOLINI, Patrícia; JUNQUEIRA, Gustavo. **Manual de direito penal: parte geral.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

## **VISUAL LAW E LEGAL DESIGN: APLICABILIDADE E EFEITOS NO DIREITO BRASILEIRO**

**NATÁLIA SILVA MACIEL:**  
Bacharelanda em Direito pela  
Universidade de Gurupi – UnirG<sup>94</sup>.

VANUZA PIRES DA COSTA<sup>95</sup>.

(orientadora)

**RESUMO:** Um dos temas mais discutidos nas últimas décadas na área jurídica é em relação a modernização dos processos e procedimentos judiciais. Isso se deve em grande parte pelo crescimento tecnológico que influencia todas as áreas, incluindo a jurídica. Nesse sentido, encontra-se como forma de aperfeiçoamento dos serviços judiciais os institutos do Legal Design e Visual Law. No primeiro, entende-se que seja uma utilização do design como forma de inserção do indivíduo ao Direito; enquanto que o Visual Law é considerado uma 'espécie' do primeiro, apresentando aspectos visuais de fácil entendimento ao usuário. Nesse sentido, a presente pesquisa teve o objetivo de discutir a possibilidade de aplicação dessas ferramentas no campo do Direito Brasileiro. Os materiais utilizados na elaboração foram unicamente bibliográficos e teóricos retirados de livros, periódicos e decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros. Nos resultados, ficou claro que os presentes institutos são essenciais para que o Direito se torne cada vez mais acessível não apenas para os seus operadores, mas, sobretudo, para a sociedade. Por essa razão, diversos tribunais já vêm elaborando decisões, em projetos preliminares, com a utilização de recursos do Visual Law, na tentativa de facilitar a compreensão dos cidadãos acerca dos seus direitos e das discussões jurídicas travadas em seus processos.

**Palavras-chave:** Visual Law. Legal Design. Aspectos Jurídicos.

## **VISUAL LAW AND LEGAL DESIGN: APPLICABILITY AND EFFECTS ON BRAZILIAN LAW**

**ABSTRACT:** One of the most discussed topics in recent decades in the legal area is in relation to the modernization of judicial processes and procedures. This is largely due to the technological growth that influences all areas, including the legal. In this sense, the Institutes of Legal Design and Visual Law are found as a way of improvement of judicial services. In the first, it is understood that it is a use of design as a form of insertion of the individual to law; While Visual Law is considered a 'species' of the first, presenting visual aspects of easy understanding to the user. In this sense, this research aimed to discuss the possibility of applying these tools in the field of Brazilian law. The materials used in the

---

94 E-mail: [natalismaciel@unirg.edu.br](mailto:natalismaciel@unirg.edu.br).

95 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: [@unirg.edu.br](mailto:@unirg.edu.br).

elaboration were only bibliographic and theoretical taken from books, periodicals and jurisprudential decisions of the Brazilian courts. In the results, it was clear that present institutes are essential for the law to become increasingly accessible not only to their operators, but, above all, for society. For this reason, several courts have already been elaborating decisions, in preliminary projects, with the use of visual law resources, in an attempt to facilitate the understanding of citizens about their rights and legal discussions waged in their processes.

**Keywords:** Visual Law. Cool design. Legal aspects.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Legal Design: aspectos gerais. 2.1 Visual Law. 3. Legal Design e Visual Law no Direito brasileiro. 4. Os direitos humanos aplicado aos adolescentes infratores: medidas de ressocialização. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O avanço das tecnologias de informação no século XXI tem fomentado a busca constante por uma maior eficiência e eficácia na prestação de serviços jurisdicionais. No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 347/2020, além de projetos e cursos desenvolvidos por tribunais estaduais e federais, têm incentivado a utilização de recursos do Visual Law, cujo objetivo é tornar a comunicação jurídica mais acessível para o usuário mediante a adoção de ferramentas de linguagem visual (ORISNI; COSTA, 2021).

Cabe lembrar que a transferência de processos judiciais físicos para o digital, mesmo que se reconheça a sua importância, não é o bastante para sanear todas as problemáticas e necessidades encontradas nesse cenário. Portanto, é preciso que os mecanismos realizados nessa área sejam cada vez mais ágeis e eficientes, o que tem se destacado o Legal Design e o Visual Law.

Nos dizeres de Paulo (2022) o legal design se utiliza de ferramentas digitais e dados do seu próprio sistema para auxiliar a comunicação entre os atores jurídicos, fazendo com que o fazer e entender Direito seja pleno; além de trazer agilidade e organização para as atividades jurídicas.

Madela (2022) por sua vez explica que o Visual Law é visto como uma 'espécie' do Legal Design. Aqui, o foco é trazer a efetividade do design de forma mais fácil e que tenha um visual mais apropriado para todos os públicos a que se quer atingir. No caso, é um recurso que facilita os produtos da área jurídica.

Diante dessas informações, o presente estudo teve como escopo discorrer a respeito dos efeitos jurídicos e sociais da aplicação dos institutos do Legal Design e do Visual Law. Buscou-se com esse tema encontrar se há necessidade de aplicação deles e quais os eventuais benefícios (ou prejuízos) trazidos por eles.

## **2. LEGAL DESIGN: ASPECTOS GERAIS**

Antes de se adentrar na discussão central desse estudo, é preciso primeiramente estabelecer os conceitos dos institutos chave desta pesquisa. Primeiramente, encontra-se o Legal Design. Tal termo é oriundo da obra *Law by Design*, da autora americana Margaret Hagan (2013). Nesta obra ela traz o presente conceito:

Legal Design é a utilização do design focado exclusivamente no cidadão para o cenário jurídico. Para isso, os sistemas e serviços jurídicos se tornam mais centrados no ser humano, de forma mais satisfatória. É um aspecto que busca melhorar os serviços e produtos jurídicos (HAGAR, 2013 apud AGUIAR, 2020, p. 13).

Para Margaret Hagan (2017) legal design pretende entregar um produto ou serviço focado no usuário que seja: (1) utilizável, (2) útil e (3) envolvente, incrementando ou revolucionando a experiência do usuário, os fluxos e as dinâmicas do sistema jurídico; bem como estimulando mudanças.

Explicam Nybo, Maia e Cunha (2020, p. 05) que a expressão “legal design” se refere à “utilização de técnicas e a aplicação de elementos próprios do Design sobre a prática jurídica, isto é, em seus serviços, documentos, rotinas e solenidades, visando melhorar a experiência do usuário, agregando valor, criando novas formas ou otimizando determinada funcionalidade”. Há, neste sentido, franca comunicação entre Direito, Design e tecnologia, sendo, o legal design o ponto de encontro da tríade.

Em complemento, Mik (2020, p. 102) defende que a transição mais significativa é a mudança de foco: “antes apenas nos juristas e nas necessidades do sistema legal e, agora, em um contexto mais amplo, incluindo o cidadão, o consumidor, o contratante, o leigo em geral, e mirando as necessidades do público”.

Num conceito mais amplo, cabe citar:

Legal Design é uma abordagem interdisciplinar para aplicar o design centrado no ser humano para prevenir ou resolver problemas jurídicos. Ele prioriza o ponto de vista dos 'usuários' do Direito - não apenas advogados e juízes, mas também cidadãos, consumidores, empresas, etc. As pessoas que usam informações jurídicas, documentos, serviços e políticas pública não estão sendo bem

atendidas por seus Design atuais. Como designers jurídicos, acreditamos que o sistema jurídico pode ser mais objetivo, mais envolvente e mais amigável. Nossa meta é tornar o sistema jurídico mais humano. Isso inclui como as informações são apresentadas, como os processos são configurados e como as políticas foram estabelecidas (DUCATO et al., 2018, p. 07).

Nesse sentido, não se trata de algo meramente estético ou apenas para fins estéticos, pois o design busca entregar o que há de melhor da união da criatividade e da usabilidade diante de problemas a serem superados. Portanto, o legal design intenta ofertar métodos para transformar o mundo jurídico, tornando-o mais amigável e menos estranho aos usuários, sobretudo aos leigos (MADELA, 2022).

No mesmo sentido, busca instigar ambiciosas mudanças nos serviços e produtos deste âmbito, revolucionando aquilo que “pode (e deve) mudar por ser anacrônico ou atrofiado no tempo presente. A mudança proposta vai sobre aquilo que está posto, mas, também, sobre formação dos novos juristas, desafiando a tradição” (COELHO; HOLTZ, 2020, p. 13).

De acordo com Coelho e Holtz (2020) é uma ferramenta que se utiliza de Experiência do Usuário (UX) e Design para buscar criar produtos jurídicos. Cabe Destacar que produtos jurídicos nesse aspecto é qualquer ato jurídico, como por exemplo, serviços e processos.

Bolesina e Lemes (2022) acentuam que é preciso estabelecer o conceito de ‘centrado no ser humano’. Nesse sentido, os autores explicam que assim, entende-se que o Legal Design é feito por e para os cidadãos/usuários. É um produto que vem melhorar a dinâmica do indivíduo frente às atividades jurídicas, satisfazendo-o de modo que o utilize com frequência.

Madela (2022) cita como exemplo, a assinatura digital. O autor explica que nesse caso, a oportunidade de assinar contratos fazendo uso de tokens eletrônicos e certificados digitais trouxe uma eficácia processual importante, principalmente quando se verifica na realidade atual, uma série de problemas advindos do atolamento de processos judiciais nos tribunais brasileiros. O uso de ferramentas digitais neste caso, ajuda significamente a redução e agilidade desses processos.

## 2.1 VISUAL LAW

A expressão “legal design” avizinha-se de outras como “*visual law*” e “*information design*”, para ficar apenas nestas. Embora afetuosas lindas, as expressões não são sinônimas e não devem ser utilizadas inadvertidamente como se fossem. Na perspectiva

de Nybo, Maia e Cunha (2020), pode-se dividir, ao menos, três categorias: *legal design*, *information design* e *visual law*.

Em certo sentido, as três categorias possuem pontos de contato e complementariedade, não obstante distintas. É possível, então, que por meio do legal design, alguém tente otimizar o custo e a compreensão de um contrato de compra e venda, valendo-se do *information design* para sintetizar e destacar os elementos relevantes e da *visual law* para organizar informações estrategicamente e torná-las mais esteticamente apresentáveis (AGUIAR, 2020).

O *Visual Law*, nos dizeres de Paulo (2022) é a maneira como o documento jurídico que passou pelas metodologias, conceitos e princípios de design, se exterioriza no mundo real. É o documento com informações sistematizadas e organizadas, que expõe o conteúdo jurídico de maneira empática, a forma e função, metodologia e percepção aplicado ao caso, atenuando a linguagem tecnicista do Direito.

Para Azevedo (2020) o Visual Law é a última camada dos projetos elaborados pelos profissionais jurídicos. É ele que define a forma como o conteúdo será entregue, simplificando a comunicação e tornando-a mais eficaz e acessível.

A recomendação do Visual Law é simplificar o conteúdo excessivamente técnico e facilitar a leitura dos usuários finais com imagens eficientes e inspiradoras. Não pretendendo substituir o texto, essas novas tecnologias de comunicação jurídica utilizam elementos visuais para complementar e auxiliar a expressão de ideias, normas e procedimentos jurídicos (AZEVEDO, 2020).

O *visual law* combate o que é comumente conhecido como "juridiquês". Não só o uso de palavras rebuscadas, o uso de expressões em latim e a grande parte do meio jurídico, mas também o padrão que vem sendo usado há anos em documentos jurídicos, com o uso quase exclusivo de textos, com citações, legislação, dogmas e precedentes judiciais, nem sempre atualizados (AZEVEDO, 2020).

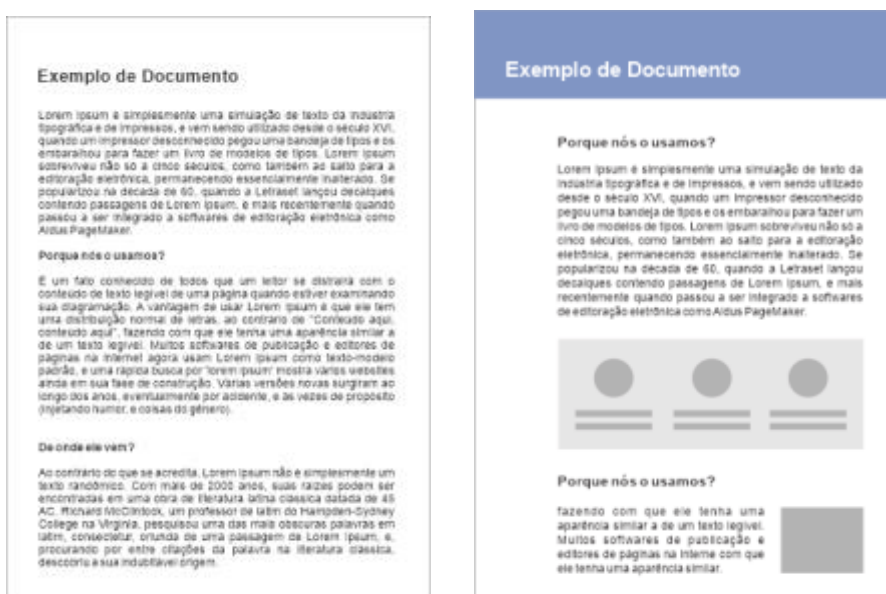
### **3. LEGAL DESIGN E VISUAL LAW NO DIREITO BRASILEIRO**

Gonzaga (2022) entende que não há dúvidas de que o legal design e, em peculiar, o *visual law* não são técnicas passageiras, mas se apresentam como uma das inúmeras novidades modernas que vieram para revolucionar o ambiente jurídico, e que já estão sendo amplamente utilizadas no Poder Judiciário, restando, por sua oportunidade, o apoio em massa também pelos advogados, para que se atinjam inteiramente duas de suas atuais finalidades, quais sejam, auxiliar o acesso à Justiça e ceder maior celeridade ao trâmite processual.



Para melhor compreensão do *visual law*, na Figura 1 abaixo, apresenta-se dois documentos fictícios: o primeiro versa sobre um documento mais comum (utilizado), não contendo muitas ferramentas visuais; o segundo mostra um documento já contendo diversos tipos de visuais, ilustrando o que seja um *visual law*. É um exemplo de como essa ferramenta pode permitir uma melhor leitura e compreensão do documento; a saber:

**FIGURA 1 – Visual Law em perspectiva**



Fonte: Madela (2022)

No *visual law* pode-se utilizar diversos tipos de programas para ajudar no entendimento de documentos jurídicos, tais como, quadros, animações, Infográficos, fluxogramas, ícones, vídeos, etc. Soma-se a essas, a utilização de conceitos de composição do design gráfico, como contraste, hierarquia, ritmo, legibilidade, teoria da cor, dentre outros (GONZAGA, 2022).

A título de exemplo, podem ser utilizadas nos documentos para melhor compreensão das peças processuais as imagens. Dentro de uma peça jurídica, entender o caso é mais compreensível por meio de imagens, para levar aos leitores do documento a imaginarem o caso discutido. O retrato de imagens é o mais utilizado atualmente, pois, por meio desta ferramenta é mais fácil trabalhar a explicação fática do caso.

**FIGURA 2 – Visual Law: uso de ícones**

**PROCESSO Nº:** XXXXXX-XX.XXXX.X.XX.XXXX – EXECUÇÃO FISCAL  
**EXECUTADO:** EMPRESA X  
**EXEQUENTE:** CONSELHO X  
**6ª VARA FEDERAL – RN**

**CITANDO:** Nome do citando  
**CPF/CNPJ:**  
**ENDEREÇO DE CITAÇÃO:** Endereço  
**VALOR DA DÍVIDA:** Valor



**MANDADO DE CITAÇÃO E INTIMAÇÃO DA PENHORA – BLOQUEIO BACENJUD**

**Finalidade:** Promover a CITAÇÃO do(a) devedor(a), conforme determinado na decisão inicial, bem como a INTIMAÇÃO da penhora de ativos financeiros, fixando-se o **PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS**, a contar do recebimento deste documento, para, caso queira, propor embargos à execução.

**Embargos à execução:** PRAZO DE 30 DIAS.

**CENTRAL DE RELACIONAMENTO**

**TELEFONE:** (84) 4005-7032 / (84) 9019-5090

**ZOOM: LINK NO SITE ELETRÔNICO DA VARA**

**VIDEO INFORMATIVO SOBRE ESTE DOCUMENTO**

**WHATSAPP:** (84) 9019-5090

**E-MAIL:** SECRETARIAVARA@JFRN.JUS.BR

**QR CODE**

O(a) autor(a) ingressou com o feito eletronicamente. A resposta a esta ação também terá que ser apresentada de modo eletrônico (Atos nº 112/2010 e 276/2010, do TRF 5ª Região). Os(as) advogados(as) devem efetuar o cadastro no endereço eletrônico <https://pje.trf5.jus.br/pep/ PessoaAdvogado/avisoCadastro.seam> e assinar o termo de compromisso no primeiro acesso ao sistema de Processo Judicial Eletrônico - PJE, sendo obrigatória a utilização de CERTIFICAÇÃO DIGITAL.



**MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO**  
Juiz Federal Titular da 6ª Vara – JFRN  
Secretaria Judiciária Eletrônica (partida nº PJE 0006 20000) 47001

**Fonte:** Bolesina e Lemes (2022)

Ademais, com a prática de várias técnicas, o Visual Law veio com objetivo de trazer acesso à justiça para aqueles que não tem oportunidade ou escolaridade para compreender fatos complexos dentro dos ambientes jurídicos.

#### 4. DA TEMÁTICA EM CONTEXTO

Conforme exposto até aqui, verificou-se os conceitos que o *Legal Design* e o *Visual Law* e sua relação com o Direito. Conforme explanam Alves e Bueno (2022) ao falar sobre o Visual Law afirmam que é o seu objetivo é permitir uma comunicação clara e objetiva, ou seja, eficiente. O seu intuito, não é trazer beleza ou realce estético ao documento; foca-se aqui em organizar os elementos textuais e visuais em formato de fluxogramas, infográficos, diagramas, por exemplo.

É no entendimento de Souza e Oliveira (2021) uma ferramenta cujo foco principal é a análise dos fatos e fundamentos jurídicos de uma maneira que seja simples e funcional para os operadores e para o público em geral.

No Brasil, essa temática ainda não é muito estudada e divulgada. Há poucos estudos que discorram sobre a importância dessas ferramentas para o Direito. Apesar disso, é necessário citar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução n. 185 (BRASIL, 2013), que instituiu o Processo Judicial Eletrônico (PJe). Esse regramento jurídico ampliou a forma como se pratica o Direito, atualizando-o conforme os avanços tecnológicos existentes. Apesar disso, a linguagem jurídica, vista por muitos, como complexa e muito técnica ainda continua (ALVES; BUENO, 2022).

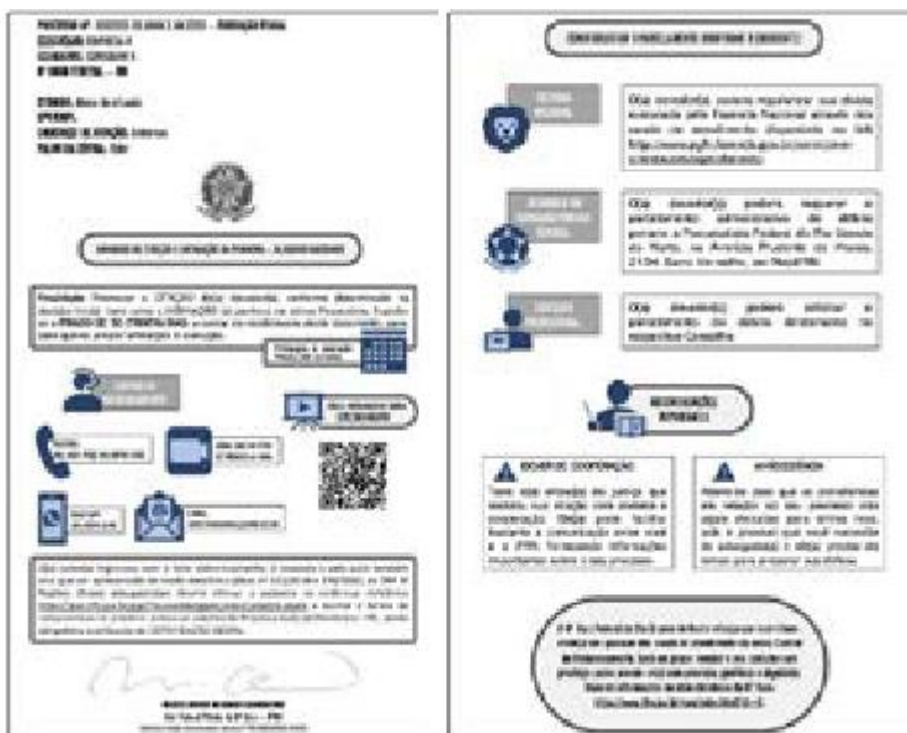
Somente nos últimos 5 (cinco) anos é que a discussão sobre o uso de recursos visuais é que se tornaram mais frequentes. Coelho e Holtz (2020) citam que em meados de 2019 é que de fato se começou a debater sobre a relevância que o Legal Design possui para o Direito brasileiro. Nesse ponto, os autores citam que desde então, já houve palestras, congressos e grupos de pesquisas que buscam entender essas ferramentas e como elas podem ser aplicadas na área jurídica.

Na prática alguns tribunais estaduais já tem utilizado essas ferramentas no intuito de gerar melhor entendimento tanto dos profissionais da área como para a sociedade em geral.

Como resultado dessas pesquisas e resultando no entendimento de que os recursos visuais são uma realidade que deve estar presente no âmbito jurídico brasileiro, alguns tribunais federais, ao seu modo, vem tomando iniciativas no sentido de melhorar a exposição de suas decisões, para melhor entendimento dos profissionais da área e para os usuários.

Tem-se como exemplo, o recurso utilizado pela 6ª Vara Federal da Justiça Federal do Rio Grande do Norte (JFRN), que criaram um documento visual para um mandado de citação e intimação da penhora cujo bloqueio se deu por meio do BACENJUD. É que mostra a figura a seguir:

**FIGURA 3** – Visual Law no JFRN

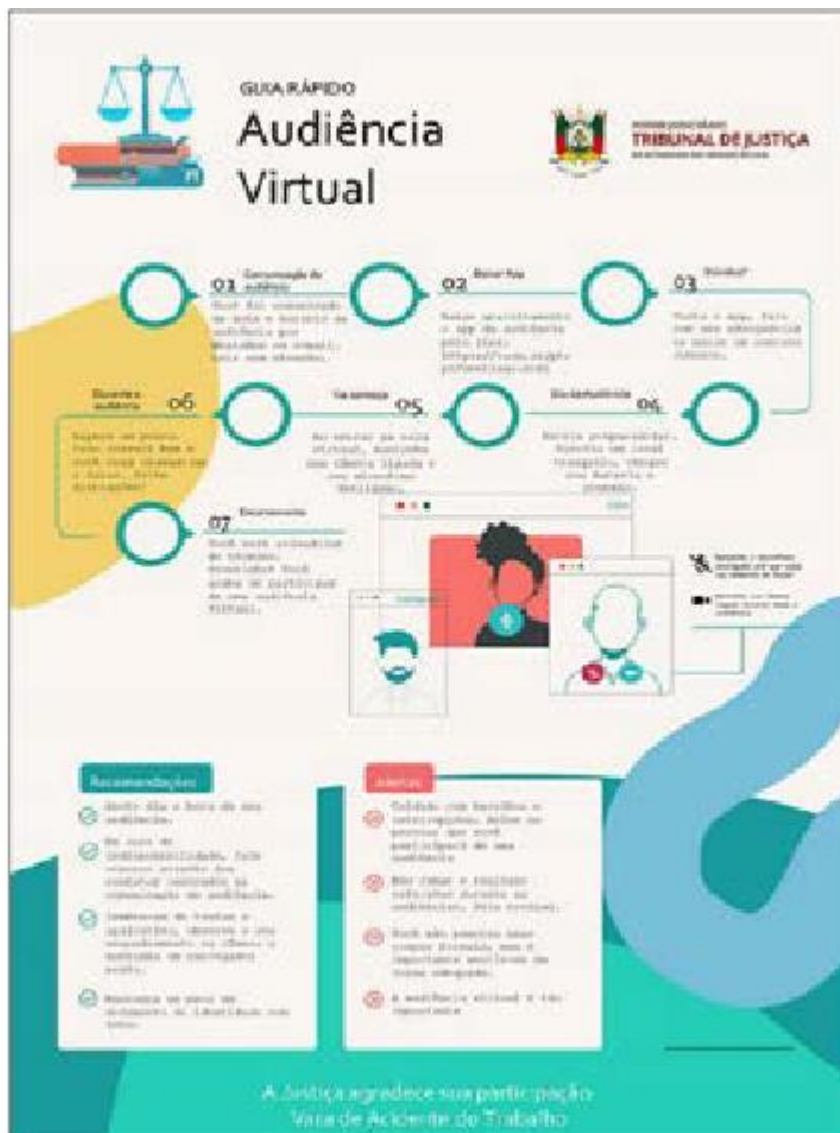


**Fonte:** 6ª Vara Federal da Justiça Federal do Rio Grande do Norte (JFRN).

Ao contrário do que se encontra em um documento mais tradicional, neste exemplo, percebe-se que se criou recursos que permitem que o conteúdo temático seja mantido, mas em um design mais moderno e de fácil entendimento, principalmente para os leigos.

Na busca por esse mesmo objetivo, cita-se ainda o trabalho desenvolvido pelos serventuários da Vara de Acidente do Trabalho de Porto Alegre (RS). Neste exemplo, os serventuários desenvolveram recursos visuais e da multimodalidade com a finalidade de facilitar o acesso das partes às audiências virtuais. Com esta ferramenta, os usuários foram guiados para entender todo o ritual jurídico ao qual serão realizados, informando-os sobre os principais aspectos do processo; a saber: (Figura 4).

**FIGURA 4 – Visual Law da Vara de Acidente do Trabalho de Porto Alegre (RS)**



**Fonte:** Vara de Acidente do Trabalho de Porto Alegre (RS), (2020)

Também é pertinente mencionar o documento (Figura 5) criado pelos servidores da 19ª Vara Criminal de Ponta Grossa/PR. Aqui, apresenta-se a sentença de um caso que o réu estava sendo acusado pelo crime de tráfico de drogas.

**FIGURA 5** – Visual Law da 19ª Vara Criminal de Ponta Grossa/PR





**Fonte:** 19ª Vara Criminal de Ponta Grossa/PR (2021)

Insta salientar, que o *Visual Law* não se destina apenas a decisões ou peças jurídicas. Ele pode ser aplicado a documentos informativos, de natureza jurídica. Tais documentos são importantes porque trazem informações à sociedade sobre temáticas desta área, facilitando a sua compreensão.

A título de exemplo, encontra-se o DATAMUNDI, que é um jogo de tabuleiro, aonde as informações são vistas em um campo de jogo. A sua finalidade é trazer a compreensão sobre a proteção de dados, sobre a privacidade e segurança no meio digital.

Este jogo foi criado por Aline Fuke Fachinetti (2021), sendo que o público alvo são famílias, crianças e jovens. Com esse jogo, esse público poderá ter um melhor entendimento sobre as questões abordadas, como citada acima.

**FIGURA 6 – O jogo DATAMUNDI**





**Fonte:** LGPD Acadêmico e Juventude Privada (2020)

Além destes exemplos citados acima, o Poder Judiciário também já vem utilizando do *visual law*. Azevedo (2021) menciona que magistrados já vem fazendo uso dessa ferramenta. Em seu estudo, o autor traz exemplos de algumas juízas. A título de exemplo, o autor cita a juíza Karla Yacy Carlos da Silva da 13ª Vara do Trabalho de Fortaleza (CE), está usando em resumos de sentenças. O foco desses resumos é facilitar o entendimento das partes em relação ao que foi decidido, sem que seja necessário um advogado para “traduzir” o resultado. No documento desenvolvido pela juíza, tem-se ícones e tabelas para sintetizar as sentenças trabalhistas.

Em outro exemplo, a juíza Laryssa Angélica Copack Muniz da 1ª Vara Criminal de Ponta Grossa (PR), está utilizando recursos visuais em resumos de sentenças. O documento elaborado pela magistrada ilustra ao denunciado qual foi a acusação e a pena imposta no processo criminal; a saber:

**FIGURA 7** – Exemplo de *visual law* no Poder Judiciário elaborado pela juíza Laryssa Angélica Copack Muniz



**Fonte:** Azevedo (2021)

Apesar dos exemplos mostrados, é importante entender que também essas ferramentas não são a resolução dos problemas. Como bem acentuam Granja e Reis (2021), os desafios encontrados nesse contexto se referem que para que uma prestação de serviço jurídico seja eficaz é preciso que ele seja usual e de entendimento completo ao seu usuário. Ao dispor de um preciosismo linguístico extremamente técnico, pode-se criar uma barreira e afastamento dos magistrados e dos cidadãos jurisdicionados.

É justamente na aplicação dos recursos visuais que esse problema pode ser resolvido. Cabe mencionar que o texto constitucional brasileiro enfatiza o princípio da isonomia, dando aos cidadãos o direito a uma defesa segura e ingresso ao contraditório. Para que isso seja cumprido, além de outros fatores, o uso de *visual law* por exemplo, pode facilitar o cumprimento desses princípios (SOUZA; OLIVEIRA, 2021).

O uso de vídeos, animações, fluxogramas, linhas do tempo, são exemplos práticos de como pode ser fácil o entendimento jurídico para os profissionais da área e para a comunidade. Ao fazer uso desses recursos, evidentemente estará facilitando que documentos jurídicos sejam entendidos de modo rápido e completo (SOUZA; OLIVEIRA, 2021).

Alves e Bueno (2022) ao discorrer sobre esse assunto, aponta que a urgência em se investir em educação aos profissionais do Direito, especialmente, os advogados. Para os

autores, uma barreira que se tem para a aplicação dos recursos visuais é justamente a ausência de conhecimento das ferramentas disponíveis e como se fazer uso delas.

Para isso, é preciso que se invista em cursos e palestras que mostrem a esses profissionais não apenas a importância do Legal Design e Visual Law, mas também a maneira que se deve utilizá-los e em qual contexto se enquadra o recurso disponível (ALVES; BUENO, 2022).

Ademais, entende-se que o documento jurídico pode continuar contendo seus aspectos técnicos complexos, no entanto, o que se entende nessa pesquisa é que ele pode ser apresentado de maneira mais organizado e mais visual, facilitando o entendimento do usuário. Dessa forma, o acesso a esses documentos se dará de maneira mais igualitária e justa, uma vez que a sua compreensão será mais fácil e efetiva.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Dentre as mudanças mais estudadas recentemente pela área jurídica é o Legal Design e Visual Law. Muito tem-se debatido sobre o impacto que esses institutos possuem no Direito Brasileiro. Nas pesquisas primárias já publicadas, tem mostrado que as funções essenciais à justiça têm muito a ganhar e a oferecer com o Legal Design. Na área advocatícia, o profissional do Direito pode modificar a forma como trabalha conjuntamente com os clientes, bem como a sua dinâmica no seu escritório e sua atuação frente ao Judiciário.

Nos resultados trazidos por esse estudo, ficou claro que esses institutos são fundamentais para o Direito moderno, que está totalmente conectado aos avanços tecnológicos. Nesse ponto, os operadores do Direito devem estar atentos as mudanças ocorridas para que o seu trabalho seja o mais ágil e eficaz possível. Ao apresentar um documento jurídico com visual satisfatório, o profissional está facilitando o entendimento do seu público alvo.

Ainda no Poder Judiciário, a título de exemplo, tem sido elaboradas decisões, em projetos preliminares, com a utilização de recursos do Visual Law, na tentativa de facilitar a compreensão dos cidadãos acerca dos seus direitos e das discussões jurídicas travadas em seus processos.

Diante do apresentado por esse estudo, ficou claro observar que as ferramentas visuais representam o futuro da prática jurídica. É por meio dessas ferramentas que os operadores do Direito e principalmente a sociedade, poderão ter acesso mais facilitado ao conteúdo jurídico. Uma decisão, uma peça judicial, um comunicado jurídico, ou qualquer

outro documento dessa natureza, quando utilizado visuais fáceis e de usabilidade certamente atingirá a atenção e entendimento do público alvo.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Kareline Staut de. **Visual Law: como a experiência do Direito pode ser aprimorada**. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa (org.). Visual law: como os elementos visuais podem transformar o direito [ebook]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ALVES, Vítor Hugo da Silva; BUENO, Luzia. **Visual Law e legal design: como os recursos visuais democratizam o acesso à justiça no Brasil**. Revista Humanidades e Inovação. Palmas - TO - v.9, n.19; 2022.

AZEVEDO, Bernardo de. **Visual Law: O que você precisa saber**. 2020. Disponível em: [bit.ly/azevedo-visualaw](https://bit.ly/azevedo-visualaw). Acesso em: 28 mar. 2023.

BOLESINA, Iuri; LEMES, Jeverson Lima. **Visual law: um conceito emergente do encontro entre direito e design**. Revista Thesis Juris –RTJ, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 155-171, jan./jun. 2022.

COELHO, Alexandre Zavaglia; HOLTZ, Ana Paula Ulandowski. **Legal Design / Visual Law: comunicação entre o universo do Direito e os demais setores da sociedade**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

DUCATO, Rossana; HAAPIO, Helena; HAGAN, Margaret; PALMIRANI, Monica; PASSERA, Stefania. **Legal design manifesto**. 2018.

GONZAGA, Luiz Aurélio Aceta. **Legal design e visual law: ferramentas de acesso à justiça**. Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS). Goiânia, 2022.

GRANJA, Gustavo Borges Pereira e REIS, Lisete Teixeira de Vasconcelos. **Como o design jurídico e o direito visual podem contribuir para a eficiência da jurisdição**. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. Visual Law: como os elementos visuais podem transformar o direito. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

HAGAN, Margaret. **Law by Design**. 2017. Disponível em: <https://www.lawbydesign.co/>. Acesso em: 01 mar. 2023.

MADELA, Tainá dos Santos. **Legal design aplicado ao direito brasileiro e ao Estado de Rondônia: in(aceitação) e elementos postos em desenvolvimento.** Concilium, 22(5), 294-309; 2022.

MIK, Eliza. **The Limits of Visual Law.** J. Open Access L., v. 8, p. 1, 2020.

NYBO, Erik; MAIA, Ana Carolina; CUNHA, Mayara. **Legal design: criando documentos que fazem sentido para os usuários.** São Paulo: Saraiva, 2020.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Anna Jéssica Araújo. **Visual Law, Legal Design e acesso à justiça na esfera trabalhista.** VI Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra, v. 6 n. 1 (2021).

PAULO, Ana Luiza do Nascimento. **Direito e Design como aliados à defesa dos direitos da mulher: Visual Law e Legal Design aplicados à Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021 (Lei Mariana Ferrer).** 2022. 37 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -- Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2022.

SOUZA, Bernardo de Azevedo; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. **Visual Law: como os elementos visuais podem transformar o direito.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

## PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO - UMA BREVE ANÁLISE.

**DEISIANE CHRISTMAS SANTOS LEÃO MACHADO DA COSTA:**

Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e em Direitos Difusos e Coletivos pela Uniamérica e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.<sup>96</sup>

**Resumo:** A evolução da doutrina acerca da força normativa dos princípios faz ainda mais relevante a necessidade de conhecimento e estudo acerca não só dos princípios gerais de direito, mas também dos princípios específicos de cada ciência jurídica. Os princípios basilares do Direito do Trabalho se prestam a conferir igualdade material às partes da relação de emprego, dado que de um lado tem-se o trabalhador, hipossuficiente, e de outro o empregador, detentor do poder empregatício. Nesse sentido, a correta aplicação e invocação de tais postulados é capaz de conferir coesão ao ordenamento jurídico justrabalhista, bem como justificar sua incidência. A breve análise realizada neste artigo visa conferir um panorama geral acerca dos princípios do Direito do Trabalho, sua aplicação e incidência.

**Palavras-chave:** princípios; direito do trabalho; aplicação; força normativa.

### 1. INTRODUÇÃO

Toda ciência jurídica autônoma possui regras, princípios e postulados próprios. Princípios são comandos genéricos, abstratos e inespecíficos, que indicam um modo, um como fazer, um padrão de conduta esperado pela sociedade em geral. Não é diferente com o Direito do Trabalho.

Os princípios, mais que pressupostos gerais advindos do senso comum, inspiradores do legislador e fundamentos para a criação de normas concretas, como traz a teoria positivista, são considerados atualmente, eles mesmos, espécies normativas, "*pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras*", conforme aduz CANOTILHO, 2000, p. 1160.

Possuem tríplice função, quais sejam: interpretativa, informativa e normativa. Segundo Renato Saraiva:

"Princípios são proposições genéricas que servem de fundamento e inspiração para o legislador na elaboração da norma positivada, atuando também como forma de integração da norma, suprimindo as

<sup>96</sup> E-mail: deisianecosta2512@gmail.com



lacunas e omissões da lei, exercendo, ainda, importante função, operando como baliza orientadora na interpretação de determinado dispositivo pelo operador de Direito." (SARAIVA, 2011, p. 31)

Seja de que espécie for, a norma deve guardar observância aos princípios norteadores do sistema jurídico e social em geral, bem como daquele ramo específico, de caráter especial.

Diferentemente das normas, não há que se falar, num eventual conflito principiológico, em invalidade de algum dos conteúdos. Isso porque, se houver, em determinado caso concreto, a colisão entre dois ou mais princípios, aplicar-se-á aquele que mais se adequar à situação, sem que isso comprometa a aplicabilidade dos demais, podendo haver ainda a coexistência entre diversos princípios aplicáveis à espécie, observando-se sempre o balanceamento e a ponderação entre os princípios cabíveis no caso concreto sob as condições apresentadas.

Assim, ainda que se admita a existência de princípios gerais de Direito e princípios específicos do Direito do Trabalho, não há que se falar em contrariedade entre eles, uma vez que na aplicação concreta, deve o operador do Direito ponderar os institutos jurídicos existentes e fazê-los coexistir.

O Direito do Trabalho, como ramo autônomo do direito, possui um conjunto normativo próprio que é, como dito acima, composto de regras e princípios. No estudo específico dos princípios justrabalhistas, a classificação mais aceita hodiernamente é aquela que traz nove princípios específicos do Direito do Trabalho, quais sejam: princípio da proteção, da norma mais favorável, da condição mais benéfica, do *in dubio pro operario*, da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, da continuidade da relação de emprego, da intangibilidade salarial, da inalterabilidade contratual lesiva e da primazia da realidade.

Vale ressaltar que Godinho destaca o princípio *in dubio pro operario* para uma análise mais detida no campo probatório e inclui no núcleo basilar o princípio da imperatividade das normas trabalhistas.

Nesse sentido, aduz Maurício Godinho Delgado:

"Toda a estrutura normativa do Direito Individual do Trabalho constrói-se a partir da constatação fática da diferenciação social, econômica e política básica entre os sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico específico. Em tal relação, o empregador age naturalmente como ser *coletivo*, isto é, um agente socioeconômico e político cujas ações - ainda que intraempresariais

- têm a natural aptidão de produzir impacto na comunidade mais ampla.

Em contrapartida, no outro polo da relação inscreve-se um ser *individual*, consubstanciado no trabalhador que, como sujeito desse vínculo sociojurídico, não é capaz, isoladamente, de produzir, como regra, ações de impacto comunitário. Essa disparidade de posições na realidade concreta faz emergir um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego.

(...)

Insistimos que tais princípios formam o núcleo justralhista basilar por, a um só tempo, não apenas incorporarem a *essência da função teleológica do Direito do Trabalho*, como por possuírem *abrangência ampliada e generalizante* ao conjunto desse ramo jurídico, **tudo isso sem que se confrontem de maneira inconciliável com importantes princípios gerais, externos ao ramo jurídico especializado**. O potencial vinculante, indutor e de generalização desses princípios sobre o conjunto do ramo jurídico especializado é, desse modo, mais forte e abrangente do que o característico aos demais princípios especiais do Direito Laboral." (DELGADO, 2012, p. 191-192)

## 2. PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO DIREITO DO TRABALHO

### 2.1 Princípio da Proteção ou Princípio Protetivo ou Princípio Tuitivo ou Tutelar

O princípio da proteção é informador de todos os demais princípios trabalhistas, bem como de todo o sistema jurídico-normativo que envolve o direito do trabalho. Também denominado de princípio-mãe do direito laboral, busca proteger o trabalhador hipossuficiente, trazendo-o à condição de igualdade perante seu empregador.

Ao se tratar do princípio da proteção é obrigatório trazer à baila o nome do ilustre jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez. Isso porque sua obra é hoje um clássico e grande referência ao se tratar do assunto em comento. Para ele, o significado deste corolário é o seguinte:

"O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num

propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes, com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes." (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 83)

Segundo Plá Rodriguez, o "princípio de proteção", no seu dizer, é autoexplicativo e traz em si a denominação conceito, já que encerra na palavra proteção seu real e principal sentido. Afinal, o que se vislumbra com o referido princípio é justamente proteger o trabalhador da situação de desigualdade material que se lhe impõe. É ele o princípio basilar e fundamental do sistema jurídico justralhista.

O princípio da proteção admite a desigualdade em favor de uma das partes, nesse caso a parte mais fraca na relação jurídica, qual seja, o trabalhador, a fim de promover a igualdade material, de condições práticas para manutenção da relação de trabalho sem que haja exploração do trabalhador. Revela sobremaneira o intervencionismo estatal, ao passo que se vê a imposição de normas advindas do Estado nas relações entre particulares, objetivando proteger o trabalhador hipossuficiente.

Note-se, portanto, que o princípio da proteção, embora se traduza numa desigualdade aparente, já que favorece uma das partes, não se presta a produzir desigualdades. Muito pelo contrário. A medida da desigualdade utilizada para proteger o empregado hipossuficiente é justamente a medida necessária para promover-lhe condições de igualdade perante o empregado. Vale dizer, é utilizar de desigualdade jurídica para levar a efeito a igualdade material entre os contratantes.

A doutrina majoritária aceita a teoria de Plá Rodriguez, afirmando que o princípio da proteção é gênero, do qual são espécies: o princípio da aplicação da norma mais favorável, do *in dubio pro operário* e da condição mais benéfica, que serão estudados a seguir e contemplam o rol fundamental de princípios justralhistas. Tais desdobramentos levam o princípio tuitivo a ser aplicado, tanto no direito material do trabalho, como no direito processual.

É por força deste comando que se justificam normas mais protetivas aos obreiros, tais como por exemplo a regra do artigo 844 da CLT, que dá ao empregado a chance de repropor a ação no caso de falta injustificada deste, pois opera o simples arquivamento do processo, ao passo que a mesma falta do empregador reclamado conduz à revelia. Ou

ainda, a gratuidade da justiça concedida, via de regra, ao empregado; Ou em outros casos, a necessidade de depósito recursal apenas para o empregador, entre outros.

Vale lembrar, no entanto, que diante da crise econômica mundial, o princípio da proteção tem sido mitigado, ainda que de maneira sutil, a fim de promover a empregabilidade, tão ameaçada nos tempos modernos. A própria Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo medidas de flexibilização das normas trabalhistas, como por exemplo a redução do salário por força de acordo ou convenção coletiva, prevista no artigo 7º, inciso VI da Carta Magna.

No entanto, não obstante o cenário de crise, como dito, a doutrina e a jurisprudência são cautelosas em dar espaço a tais medidas, uma vez que apenas aceitá-las pode gerar ofensa frontal à dignidade da pessoa do trabalhador e à própria razão de ser do Direito do Trabalho.

## **2.2 Princípio da Norma mais Favorável**

O princípio da norma mais favorável é desdobramento do princípio da proteção, conforme afirma Plá Rodriguez, e se aplica quando da existência de mais de uma norma aplicável ao caso concreto, admitindo-se que seja levada em consideração aquela que mais beneficiar a figura do trabalhador, ainda que esteja em posição inferior na escala hierárquica das normas jurídicas, a chamada Pirâmide de Kelsen.

Observa-se que aqui existem duas ou mais normas em conflito e a escolha é entre uma delas. Tal escolha pode ser feita de acordo com três teorias: a teoria da acumulação, segundo a qual serão aplicados os regramentos mais favoráveis de casa norma, utilizando-se portanto de todas; a teoria do conglobamento, que prevê a aplicação da norma que fosse mais favorável em seu conjunto; e a teoria do conglobamento mitigado, que pressupõe o respeito ao critério da especialização, utilizando-se o conjunto de normas mais favorável em determinado assunto.

Vale frisar que este princípio encontra limitações quando a norma, ainda que mais favorável, contrariar a Constituição Federal ou violar dispositivo expresso em lei.

## **2.3 Princípio do *in dubio pro operário* ou *in dubio pro misero***

Também derivada do princípio da proteção, a regra *in dubio pro operário* aplica-se quando, havendo duas ou mais interpretações possíveis para determinada regra trabalhista, considerar-se-á aquela que for mais favorável ao trabalhador.

Observa-se que, diferentemente do que ocorre no princípio da norma mais favorável, onde existem duas ou mais normas a serem aplicadas, neste princípio há apenas um regramento, mas diversas interpretações plausíveis.

A doutrina majoritária defende a aplicação desse princípio apenas quando forem atendidos dois requisitos concomitantemente, quais sejam: a) haja razoável dúvida quanto ao alcance da norma legal e b) quando a interpretação aplicável não esteja em desconformidade com a vontade expressa do legislador.

Este princípio possui aplicação pacífica no Direito Material do Trabalho, mas sua aplicação no campo processual é bastante controversa, já que grande parte da doutrina não admite seu uso naquela esfera.

Para Plá Rodriguez, esse princípio se aplica plenamente processo do trabalho, atingindo inclusive a fase de valoração probatória, visto essa que é afastada pela maioria da doutrina moderna, que entende, diversamente, que a regra *in dubio pro operário* não se aplica no campo probatório, não abarcando assim o exame de fatos e provas na esfera processual, devendo, para tanto, ser observada a distribuição do ônus da prova segundo a regra geral, segundo a qual o autor deve provar o fato constitutivo de seu direito e o réu deve provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, conforme artigo 333 do Código de Processo Civil e artigo 818 da CLT/97.

## 2.4 Princípio da Condição Mais Benéfica

A condição mais benéfica implica em garantir ao trabalhador que as condições já estipuladas, desde que mais benéficas, sejam respeitadas por disposições posteriores, de modo que novos regramentos que tragam patamar protetivo menor só poderão ser aplicados aos novos contratos de trabalho, garantindo-se a condição mais benéfica àqueles anteriormente firmados.

A ilustre professora Vólia Bonfim Cassar, ao dissertar sobre este princípio aduz que:

"(...) Determina que toda circunstância mais vantajosa em que o empregado se encontrar habitualmente prevalecerá sobre a situação anterior, seja oriunda de lei, do contrato, regimento interno ou norma coletiva. Todo tratamento favorável ao trabalhador, concedido tacitamente e de modo habitual, prevalece, não podendo ser suprimido, porque incorporado ao patrimônio do trabalhador, como cláusula contratual tacitamente ajustada – art. 468 da CLT. Se concedido expressamente, o requisito da habitualidade é desnecessário, pois a benesse é cláusula contratual ajustada pelas

---

97 Neste sentido: SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho, 13 ed, pág. 33, 2011.

partes, não podendo o empregador descumprir o pacto." (CASSAR, 2012, p. 187)

Cumpra observar ainda que não será possível invocar a aplicação do princípio da condição mais benéfica quando houver impedimento legal para a incorporação daquela condição ao contrato, como era o caso, por exemplo, dos benefícios ajustados em sede de Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho e Sentenças Normativas, que embora possam dar ao trabalhador condição mais benéfica que a atual, não se incorporam ao contrato, vigorando apenas e tão somente no prazo assinado, conforme dispunha a Súmula 277 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, também alterada recentemente.

## **2.5 Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas ou da Indisponibilidade de Direitos ou da Inderrogabilidade**

O Direito do Trabalho, seja no aspecto material ou processual, possui notório caráter protetivo e suas normas são todas permeadas de direitos especiais destinados ao trabalhador hipossuficiente. O princípio da indisponibilidade traz em seu escopo a garantia de observância desses direitos pela impossibilidade de disposição destes, ainda que com a anuência do trabalhador.

Reforça e fundamenta este corolário o fato de serem, as normas justralhistas, comandos imperativos, de ordem pública, e portanto, dotados de natureza cogente.

Para Ives Gandra da Silva Martins filho, "*o princípio da irrenunciabilidade tem como um de seus fundamentos o princípio da indisponibilidade, vez que não haveria sentido o Estado através de seu ordenamento jurídico, proteger o empregado e este renunciar aos direitos que se prestam a sua própria proteção.*"

Assim, a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas seria um mecanismo de garantia da aplicação do princípio da indisponibilidade, evitando fraudes e renúncias eivadas de vício. É exatamente por isso que a doutrina entende que o ato unilateral de renúncia ou mesmo os bilaterais, de acordo ou transação, serão tidos como inválidos, se estipularem condições menos favoráveis ao trabalhador.

Vale ressaltar que sobre a renúncia, o acordo e a transação no âmbito das relações de trabalho há bastante discussão na doutrina, cujas peculiaridades não serão aqui tratadas por não se adequarem ao objetivo do trabalho.

## **2.6 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego**

É função do Direito do Trabalho ser mecanismo de inserção social da pessoa do trabalhador, conferindo-lhe o necessário para que viva com dignidade. É sua característica ser um direito social, de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente do respeito



à dignidade da pessoa humana, à valorização do trabalho e à proteção da pessoa do trabalhador. Tais direitos fundamentais só poderão ser providos na relação de trabalho se esta se der de forma duradoura no tempo, conferindo segurança e estabilidade ao trabalhador.

Aduz o princípio da continuidade da relação de emprego que, uma vez iniciado o pacto laboral, presume-se pela continuidade deste no tempo, de modo que, no dizer de Godinho<sup>98</sup>, ocorre a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais, o que favorece não só ao empregado, que passa a ter estabilidade social e recebe investimentos do empregador, mas também ao próprio empregador, já que o empregado tende a oferecer um serviço de maior qualidade.

Ainda segundo o autor, "*(...) apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justralhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho (...).*"

O Tribunal Superior do Trabalho entende que o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. Assim, quando houver negativa da prestação de serviços ou mesmo do despedimento, cabe ao empregador o ônus de provar<sup>99</sup>.

Ainda por força desse princípio, tem-se que a regra no Direito do Trabalho, é que os contratos sejam firmados por prazo indeterminado, sendo os contratos a termo ou por prazo determinado a exceção, admissíveis somente nas hipóteses legalmente previstas. Ainda, é também com fundamento no princípio da continuidade da relação de emprego que a dispensa, quando sem justo motivo, se torna mais onerosa ao empregador.

## **2.7 Princípio da Intangibilidade Salarial**

O princípio da intangibilidade salarial visa proteger o salário percebido pelo obreiro, tendo-se em vista o caráter alimentar da parcela recebida. Considerando que o trabalho é o meio de vida do trabalhador e sua contraprestação, que lhe oferece subsistência é a prestação pecuniária do salário, trataram a lei e a principiologia trabalhista de protegê-la, conferindo estabilidade econômica ao obreiro.

Este princípio abarca não apenas a proibição de descontos indevidos, não previstos em lei, mas também visa evitar abusos tais como a retenção do salário ou mesmo a

---

<sup>98</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11 Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 203.

<sup>99</sup> Súmula 212, TST.

compensação integral. É regra ampla, pois se impõe não só na relação entre empregado e empregador, mas também é oponível ao próprio Estado, tendo como exemplo a proibição de penhora dos créditos de salário.

Vale frisar que a proibição de redução salarial não se aplica genericamente, uma vez que a própria lei traz diversas hipóteses para desconto, como por exemplo, o pagamento de pensão alimentícia. No entanto, cumpre ao empregador proceder apenas àqueles descontos expressamente previstos na lei, se aplicáveis.

Embora a Carta Magna de 1988 tenha mitigado em parte este princípio, quando admitiu a redução do salário por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, ele ainda se reveste de plena força, uma vez que tal condição é admitida apenas em casos excepcionais e deve ser utilizada de forma restritiva, já que a regra é a irredutibilidade.

## **2.8 Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva ou da Inalterabilidade Contratual *in Pejus***

Advindo do Direito Civil, com base na inalterabilidade dos contratos naquela esfera, em função da cláusula *pacta sunt servanda*, este princípio foi adaptado ao Direito do Trabalho e é claramente um desdobramento do princípio da proteção, uma vez que comunga do mesmo fundamento.

Aduz este princípio que não é possível alterar o contrato de trabalho quando isto importar em prejuízo ao trabalhador. Vale dizer, a inalterabilidade contratual só se opera quando a mudança pretendida cause ônus ao obreiro. Assim, o contrato de trabalho pode sofrer alterações, mas apenas aquelas que não contrariem esse princípio.

É cediço que o contrato de trabalho é pactuado entre as partes de forma relativamente livre, já que por força da gerência estatal nas relações justas, os contratantes devem respeitar os direitos e garantias mínimos previstos em lei. Uma vez pactuado, o contrato só pode ser alterado para beneficiar o trabalhador ou para atender ao disposto na lei, sendo vedada, por força deste princípio, qualquer alteração, seja ela unilateral ou bilateral, que cause prejuízo ao obreiro, salvo as alterações expressamente permitidas em lei e aquelas inseridas no *jus variandi*, que não causam prejuízo real ao empregado.

São exemplos do *jus variandi* a mera alteração da nomenclatura do cargo que o empregado ocupa, ou ainda a mudança do horário de trabalho, desde que não seja alterado o turno nem a duração do labor, entre outros. Como alteração legal que causa prejuízo ao trabalhador, mas ainda assim é permitida, tem-se, por exemplo, a não aderência ao contrato de normas pactuadas em norma coletiva, pois estas, ainda que mais benéficas,

duram apenas no tempo de vigência da norma, não sendo portanto, incorporadas ao contrato de trabalho.

## **2.9 Princípio da Primazia da Realidade ou Princípio do Contrato Realidade**

O princípio da primazia da realidade traz a importância do fato sobre a forma. Vale dizer, prestigia a verdade real em detrimento da mera verdade formal. Significa que, ao analisar determinado ato, será necessário extrair a vontade real do agente e não apenas aquela exteriorizada, sob pena de serem deixados de lado todos os demais princípios.

Isso porque, dada a condição de hipossuficiente do empregado é perfeitamente compreensível que este emita uma declaração de vontade eivada de coação, e esta obviamente não corresponderá a seu real desejo. Uma vez identificada tal prática, deve ser considerada a vontade real do pactuado e não apenas a forma.

Este princípio se aplica inclusive gerando direitos e obrigação no curso do contrato de trabalho e não apenas na solução de eventual litígio trabalhista, uma vez que a prática habitual e reiterada de determinada prática se incorpora ao contrato, ainda que não esteja escrita neste e desde que não cause prejuízo ao obreiro.

Assim, não basta que haja um documento provando determinado fato; se houver prova de que a realidade do contrato era outra, ainda que o dito documento seja formalmente válido e perfeito, levar-se-á em consideração a verdade real, em detrimento da verdade meramente formal.

## **2.10 Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas**

Apesar do Direito do Trabalho constituir um ramo do Direito Privado, as normas que compõem esse sistema jurídico são dotadas de imperatividade. O princípio da imperatividade das normas trabalhistas preconiza que as normas trabalhistas são de natureza cogente, de modo que não é dado às partes optar ou não por cumpri-las.

Tal característica advém em parte da própria indisponibilidade dos direitos trabalhistas, distanciando-se das características contratuais civilistas, mais pautadas na autonomia da vontade e em normas dispositivas em sua grande parte.

Isso porque as normas trabalhistas destinam-se a assegurar ao trabalhador o "patamar civilizatório mínimo", de modo que constituem um núcleo intangível, sem o qual não é dado ao trabalhador viver com dignidade.

## **3. CONCLUSÃO**

O estudo acerca dos princípios se mostra ainda mais importante na atualidade, já que reconhecida sua força normativa. A existência de princípios gerais de Direito não impede a existência de princípios específicos, inclusive quanto ao Direito do Trabalho. Inclusive porque se trata de disciplina própria, que se fundamenta em tais postulados, justificando assim a normativa correlata.

Nesse sentido, o princípio da Proteção se apresenta como basilar a todo o Direito do Trabalho, inspirando-o e fundamentando-o, forte na proteção do trabalhador, parte hipossuficiente da relação de emprego. Seja na aplicação da norma mais favorável, seja na escolha da condição mais benéfica, seja na aplicação do "in dubio pro perario", a proteção ao trabalhador se faz de modo a viabilizar a igualdade substancial, equiparando as partes da relação empregatícia e conferindo justiça à relação.

Desse mesmo modo, o princípio da primazia da realidade visa conferir aos fatos maior relevância que à forma, de modo a prevalecer a realidade contratual e não apenas a formalidade documental, o que se coaduna com a ideia de justiça.

Como princípios específicos do Direito Juslaboral despontam também o da Continuidade da Relação de emprego, conferindo presunção de manutenção do contrato, bem como da Indisponibilidade das normas justralhistas, dão inclusive seu caráter cogente, no que se apóia o princípio da Imperatividade.

Ainda, imperioso destacar a incidência do princípio da intangibilidade salarial, que protege a verba mais salutar da relação de emprego, apta a conferir uma existência digna ao trabalhador, constituindo portanto seu "patamar civilizatório mínimo", bem como da Inalterabilidade Contratual Lesiva, que protege o contrato contra alterações prejudiciais ao trabalhador.

Nota-se, por fim, que a aplicação dos princípios juslaborais se dá de maneira concorrente de interdependente, de modo a completar-se uns aos outros, sempre no sentido de conferir a máxima amplitude do espectro de proteção, a fim de garantir os direitos sociais fundamentais previstos na Constituição Federal.

## **BIBLIOGRAFIA**

CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 6ª Ed., Niterói: Impetus, 2012.

CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª Ed., Salvador: Juspodvm, 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

FILHO MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito do Trabalho*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1993.

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.

RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*; Tradução de Wagner D. Giglio. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.

SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho*, 13 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

Mini Vade Mecum trabalho: legislação selecionada para OAB e concursos / Leone Pereira, Renato Sabino Carvalho Filho, (organizadoras); Darlan Barroso, Marco Antônio Araújo Júnior, coordenação. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

## O PASSO QUE A LINDB NÃO DEU

**ANNA CINTIA ROCHA XIMENES DE MENDONÇA:**

Advogada. Graduada em direito pela UERJ. Pós-graduada em Direito e Advocacia Pública (Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito e Advocacia Pública). Pós-graduada em Direito Público e Privado.

**Resumo:** O presente trabalho busca analisar um problema do dia a dia daqueles que lidam com normas públicas, bem como apresentar possível solução.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Normas jurídicas. Acesso. Solução.

**Abstract:** This study aims to analyse a daily problem regarding those who work with public law and standards, as well as to propose a possible remedy.

**Key-words:** Administrative Law. Legal standards. Access. Remedy.

### 1.Introdução

A criatividade é necessária quando temos um problema aparentemente sem solução. Daí por que precisamos ser criativos para resolvê-lo. Normalmente, buscamos o novo. Olhamos para fora. Importamos. Aí, chegamos ao “apagão das canetas”. São tantas formas de tentar controlar o gestor que a máquina se torna ineficiente e tem medo de decidir.<sup>100</sup>

Pensando – não só – nisso, a Lei 13.655/2018 deu um importante salto para introduzir as normas do direito brasileiro ao século XXI. Para ultrapassar a administração pública burocrática, ineficaz e – porque não – atrasada, o diploma normativo buscou aproximá-la do pragmatismo: o legislador deu uma chance para o contextualismo, consequencialismo e para a consensualidade.

No plano teórico, representou grande evolução. No dia a dia, porém, parece que a burocracia ainda figura como obstáculo à eficiência. São tantas novidades que, por vezes, esquecemos do básico. É justamente esse o tema deste trabalho.

---

100 Sobre a cultura do hipercontrole público: MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *In. Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>. Acesso em 04/09/2020.



## 2.A que, de fato, estamos vinculados?

Como molho dessa nova administração pública gerencial, a segurança jurídica possui o importante papel de garantir estabilidade, isonomia, confiança, não surpresa e evitar autoritarismos injustificados. Assim, o artigo 30 da Lei positivou o chamado por Egon Bockmann Moreira e Paula Pessoa Pereira de “dever público de incrementar a segurança jurídica”.<sup>101</sup>

A proposta do legislador, seguindo a tendência do processo civil de 2015, foi atribuir caráter vinculante aos regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Mas uma pergunta não quer calar: a que, de fato, estamos vinculados?

Como diria Carlos Ari Sunfeld, vivemos na “era da concorrência normativa”.<sup>102</sup> Há muito a lei deixou se der a única fonte de obrigações, direitos e garantias. Hoje, o ordenamento jurídico é guiado por leis, decretos, regulamentos (de execução, autônomos e independentes), resoluções, portarias, anexos da norma... E mais: são produzidos tanto pelo Legislativo, quanto pelo Judiciário e Executivo.

Vivemos uma proliferação normativa desconhecida. Não se sabe o que existe, o que está em vigor, o que foi revogado. No dia a dia, são horas e horas gastas procurando folha a folha no diário oficial se existe alguma norma, através de pesquisa que sequer é 100% segura. Achei a norma. Será que já foi revogada? Mais incertezas.

Esse desagradável incômodo acompanha principalmente aqueles que lidam diretamente com normas estaduais e municipais ou de ministérios, secretarias, autarquias e agências reguladoras; e assombra a pessoa – jurídica ou física, hiper ou hipossuficiente – que recebeu uma multa e tem 15 dias para impugnar o ato sem nem saber o que foi violado ou onde achar o dispositivo.

E sejamos sinceros: talvez nem os próprios servidores públicos saibam ao certo que normas existem e que normas estão em vigor. Como esperar que o administrado consiga exercer legitimamente seus direitos sem saber o básico: quais são eles?

---

101 MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: O dever público de incrementar a segurança jurídica. *In: Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657/74320>. Acesso em 04/09/2020.

102 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2017, p. 253.

O ponto que se questiona não é a ampla competência normativa, mas a falta de acesso a ela, que gera sistemática violação da confiança legítima e da boa-fé do administrado. O mar normativo é tão incógnito que a parte pode ser convocada a demonstrar ao judiciário – a quem é dado saber o direito – o teor e a vigência do direito local.<sup>103</sup> Até o *iura novit curia* é colocado em risco.

Então, antes de saltar, é preciso dar um passo para finalmente virar a página da publicidade formal, da burocracia e garantir eficiência onde mais se sente a diferença: no trabalho diário. Paraphrasing Barroso, muitas vezes a solução do problema está em elementos do próprio problema.<sup>104</sup>

A nova onda legislativa parece caminhar no sentido de incorporar a *internet* na consolidação de institutos e direitos. Não à toa, o CPC/15 determina a publicação de diversos atos no sítio do respectivo tribunal na rede mundial de computadores.<sup>105</sup> Seguindo o que parece ser a tendência, deveríamos abraçar de vez a rede mundial de computadores e aproveitar esse instrumento que está à disposição para amenizar os entraves rotineiros.

Possível solução para a incerteza jurídica apresentada seria a lei de introdução às normas do direito brasileiro condicionar a eficácia dos atos normativos à publicação em *site* oficial do ente federativo, que deve se manter constantemente atualizado. E mais: com o objetivo de garantir a publicidade material, que a página seja intuitiva e facilmente inteligível.<sup>106</sup>

---

103 Art. 376, CPC/15. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

104 “Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto” (BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf). Acesso em 14/11/2020).

105 A título exemplificativo, os seguintes artigos do CPC/15, dentre outros: art. 199, art. 257, inciso II, art. 741, art. 745, art. 746, parágrafo segundo, art. 755, parágrafo terceiro, art. 866, inciso IV, art. 887, parágrafo segundo, art. 979, parágrafo primeiro e segundo.

106 Nesse sentido, confira José Vicente dos Santos de Mendonça: “Outra mudança, nem tão sofisticada, foi (iii) a criação de sites de pesquisa de jurisprudência e de legislação. Você já pensou que um dos maiores poderes de transformação do Direito está na indexação de documentos?, a serem replicados, estudados, e, afinal, aplicados. Hoje, o segredo da efetividade da norma está na facilidade com que pode ser encontrada em pesquisas na internet. Aqui, há muito espaço para avanço. Entes subnacionais têm sites de pesquisa de normas de baixa qualidade. Sites com acesso intuitivo e confiável a normas em vigor em municípios e estados – englobando todos os atos de secretarias, autarquias, fundações e estatais – seriam revolucionários. Minha sugestão: condicionar a vigência das normas ao cadastramento nos sites. Não é ideia que faria bonito num

Certamente essa não é proposta simples e envolveria custos de transição e adaptação, principalmente para Municípios mais deficitários. Porém, o esforço não parece ser em vão. A despeito da solução, o que parece inegociável é que a situação não pode permanecer como está, em que a burocracia originária viola frontalmente a segurança jurídica, impedindo até o conhecimento dos dispositivos normativos.

### 3. Conclusão

Antes de ir à lua, é preciso garantir que o foguete esteja muito preparado. Assim também é o mundo jurídico. O passo para frente depende de toda consolidação do que já existe, para que não desmorone como um castelo de cartas.

De nada adiantaria encontrar soluções inovadoras para problemas inexistentes ou criar problemas para que possam ser brilhantemente solucionados. Por isso, é preciso verificar o que ainda está deficitário na atual conjuntura para que, posteriormente, seja possível avançar.

Assim, o presente trabalho buscou trazer uma proposta para um problema básico: a falta de acessibilidade e conhecimento das normas jurídicas (leis, decretos, regulamentos...), o que dificulta – e muito – o dia a dia da Administração e dos administrados. A solução, simples, mas com potencial de ser eficaz, seria incluir na LINDB a condição da eficácia dos atos normativos à publicação em *site* oficial do ente federativo, de forma intuitiva e facilmente inteligível.

De forma ou de outra, a conclusão é uma: temos que pensar mais dentro da caixa para trazermos soluções reais para empecilhos concretos.

### REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf). Acesso em 14/11/2020.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *As tecnologias discretas que revolucionaram o Direito Administrativo: menos disrupção festiva, mais mão na massa*. Publicado em

---

seminário de teoria do Direito, mas concretizaria a segurança jurídica melhor do que muito princípio” (MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *As tecnologias discretas que revolucionaram o Direito Administrativo: menos disrupção festiva, mais mão na massa*. Publicado em 29/10/2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/as-tecnologias-discretas-que-revolucionaram-o-direito-administrativo-29102019>>. Acesso em 06/04/2023).

29/10/2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/as-tecnologias-discretas-que-revolucionaram-o-direito-administrativo-29102019>>. Acesso em 06/04/2023.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *In: Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>. Acesso em 04/09/2020.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: O dever público de incrementar a segurança jurídica. *In: Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657/74320>. Acesso em 04/09/2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2017.

## **TRABALHO NOS PORTOS: POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES PORTUÁRIOS FORA DO SISTEMA**

### **GABRIELA CAVALCANTI MOTA:**

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio de Jesus. Analista Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, atuando atualmente como assistente de juiz da 4ª Vara do Trabalho de Feira de Santana - BA.<sup>107</sup>

**Resumo:** O presente artigo analisa a constitucionalidade da restrição contida no § 2º do art. 40 da Lei nº 12.815/2013, de que a contratação pelos operadores portuários de trabalhadores com vínculo empregatício se dará exclusivamente dentre aqueles registrados pelo OGMO. Tal dispositivo parece colidir frontalmente com o direito à livre iniciativa, previsto no art. 1º, inciso IV da CF. Todavia, uma interpretação global da Constituição, assim como da Convenção nº 137, aponta que a leitura literal do dispositivo em questão parece não ser a mais acertada.

**Palavras-Chave:** Trabalho portuário. Reserva de mercado. Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO). Contratação de trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado.

### **1. INTRODUÇÃO**

O porto – fluvial ou marítimo – consiste em elemento de desenvolvimento e comércio inerente a diversas civilizações, desde a antiguidade. Nessa toada, constata-se que o trabalho portuário está presente nas sociedades humanas desde o aparecimento das cidades, tendo a sua origem intimamente relacionada ao próprio surgimento do trabalho humano<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> E-mail: gabrielamota@hotmail.com

<sup>108</sup> PAIXÃO, Cristiano; FLEURY, Ronaldo Curado; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'anna. Direito do Trabalho Portuário. Editora Venturoli, 2022 pág. 11.

Dadas as peculiaridades da atividade, o trabalho portuário conta com regulamentação específica, inclusive a nível internacional, datando de 1929 a primeira convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o tema<sup>109</sup>.

Atualmente, as principais normas internacionais nessa temática correspondem às Convenções nº 137 e 152 da OIT, as quais tratam, respectivamente, sobre regras gerais ligadas ao trabalho portuário, e sobre segurança e higiene nos trabalhos portuários.

Ambas foram adotadas pelo Brasil<sup>110</sup> e, de acordo com a atual jurisprudência da Suprema Corte, consistem em tratados de direitos humanos com *status* supralegal<sup>111</sup>.

Já no âmbito interno, a normatização das atividades portuárias veio inicialmente com a chamada Lei de Modernização dos Portos, a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, já revogada, embora desde 1982 já houvesse singela previsão, na Lei nº 7.002, quanto à autorização de implantação de jornada noturna especial nos portos organizados.

Posteriormente foi editada a Medida Provisória nº 595, de 5 de dezembro de 2012, que pretendeu revogar a Lei nº 8.630, mas cuja constitucionalidade é controversa, considerando não se vislumbrar, *in casu*, a observância dos requisitos formais de validade inerentes a este tipo legislativo.

De toda sorte, atualmente o trabalho portuário é disciplinado pela Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998, e pela Lei nº 12.815/2013, de 05 de junho de 2013, intitulada Lei de modernização dos portos, sendo que esta última efetivamente operou a revogação da Lei nº 8.630 e do art. 11 da Lei nº 9.719.

Ainda no ano de 2013 foi editado o Decreto nº 8.033, que regulamentou a Lei nº 12.815/2013, tratando das regras para exploração de portos organizados e instalações portuárias.

Por fim, cite-se que, com base na prerrogativa outorgada pelos arts. 155 e 200 da CLT, foram editadas as Normas Regulamentadoras nº 26, sobre sinalização de segurança, e nº 29, sobre segurança e saúde no trabalho portuário, do atual MTP.

A existência de uma legislação de regência específica para o trabalho portuário se justifica, como dito, pelas peculiaridades inerentes ao setor, o qual envolve grande contingente de mão de obra, em atividades de alta especialização, que, como regra, são

---

109 Em 1929 foi adotada pela OIT a Convenção nº 28, que entrou em vigor em 01/04/1932, e foi retirada em 2017 por decisão da Conferência Internacional do Trabalho (CIT) em sua 106ª reunião.

110 Consoante, respectivamente, os Decretos nº 1.574, de 31.6.95 e nº 99.534, de 19.9.90.

111 RE nº 466.343/SP



desenvolvidas de forma descontínua e por curtos períodos, sem que haja vinculação em caráter permanente entre os trabalhadores e os tomadores de seus serviços, os quais, ademais, são variados.

Tal contexto acentua sobremaneira a vulnerabilidade dos trabalhadores que atuam na atividade portuária, a exigir, efetivamente, um tratamento normativo diferenciado. Some-se a isto o fato de se tratar de atividade estratégica, de latente interesse público.

Nesse passo, no âmbito do trabalho portuário a prestação de serviços é intermediada pelo Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO), responsável por realizar o treinamento e a habilitação do trabalhador portuário avulso, bem como efetivar o cadastro e/ou registro deste, sua escalação, o pagamento de sua remuneração, dentre outros (art. 32 da Lei 12.815/13).

Referida intermediação do OGMO visa garantir uma distribuição das ofertas de trabalho sem discriminação ou privilégios aos trabalhadores avulsos nelas interessados, bem como assegurar que estes últimos recebam o treinamento necessário para desempenho de suas atividades com eficiência e segurança.

Outra especificidade do seguimento refere-se à reserva de mercado instituída pela lei no âmbito dos portos organizados, em relação às atividades de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, de modo que só podem ser contratados para tais misteres trabalhadores portuários avulsos cadastrados ou registrados pelo OGMO, ou trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado (art. 40 c/c art. 41 da Lei 12.815/13).

Ademais, há previsão, no §2º do art. 40 da Lei 12.815/13 de que “A contratação de trabalhadores portuários de capatazia, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações com vínculo empregatício por prazo indeterminado será feita exclusivamente dentre trabalhadores portuários avulsos registrados” (grifos aditados).

Como se vê, referido dispositivo pretende limitar a contratação de trabalhadores portuários com vínculo empregatício, para que tal ocorra somente dentre aqueles registrados pelo OGMO.

Trata-se, indubitavelmente, de limitação à livre iniciativa preconizada pela Constituição Federal de 1988 como um dos princípios básicos do Estado Democrático de Direito, já que prevista como fundamento da República Federativa do Brasil pelo art. 1º, inciso IV da CF, e repisada como fundamento da ordem econômica e financeira pelo *caput* do art. 170 da CF.

Assim, questiona-se em que medida as peculiaridades da atividade portuária seriam suficientes para justificar o cerceamento da garantia constitucional à livre iniciativa no que tange aos trabalhos executados nos portos organizados.

É o que se pretende responder com o presente artigo.

## **2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRABALHADOR AVULSO PORTUÁRIO E SOBRE A LEI Nº 12.815/2013**

O trabalho portuário envolve atividade estratégica, de elevado interesse público, tendo em vista a importância econômica das transações comerciais que perpassam as áreas dos portos e respectivas instalações portuárias.

O porto organizado corresponde a bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária, consoante art. 2º, inciso I da Lei nº 12.815/2013.

Sua exploração é realizada pela União, direta ou indiretamente. A exploração indireta ocorre mediante contratos públicos de concessão ou arrendamento, nos termos do art. 1º, §1º da Lei nº 12.815/2013.

A concessão e arrendamento referem-se sempre a modalidades de exploração da atividade portuária dentro da área do porto organizado. A diferença entre ambas se refere à extensão da área explorada, uma vez que a concessão consiste na cessão onerosa de todo porto organizado (art. 2º, IX da Lei nº 12.815/2013), ao passo que o arrendamento consiste na cessão de apenas uma área e respectiva infraestrutura pública localizada dentro do porto organizado (art. 2º, XI da Lei nº 12.815/2013), ou seja, apenas uma parte do porto.

A atividade portuária pode ser explorada, ainda, em terminais de uso privado (TUP's), consistentes em instalações portuárias exploradas mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado (art. 2º, inciso IV, Lei nº 12.815/2013).

A autorização consiste na outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado, sendo formalizada mediante contrato de adesão (art. 2º, inciso XII da Lei nº 12.815/2013).

Será instituído em cada porto organizado um conselho de autoridade portuária, órgão consultivo da administração do porto (art. 20 da Lei nº 12.815/2013). O regulamento disporá sobre as atribuições, o funcionamento e a composição dos conselhos de autoridade portuária, assegurada a participação de representantes da classe empresarial,

dos trabalhadores portuários e do poder público. A representação da classe empresarial e dos trabalhadores no conselho será paritária.

A seu turno, o trabalho realizado nos portos é prestado pelos denominados trabalhadores portuários, podendo estes serem contratados de duas formas distintas: como trabalhadores portuários avulsos (TPA's) ou como trabalhadores portuários com vínculo empregatício, contratados pela CLT.

Note-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 equiparou os direitos laborais dos trabalhadores avulsos e dos trabalhadores com vínculo empregatício permanente, consoante seu art. 7º, XXXIV, *in verbis*:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”.

A despeito desta equiparação de direitos, tratam-se de trabalhadores com enquadramentos jurídicos diversos.

Destarte, os arts. 2º e 3º da CLT ensinam que o trabalhador com vínculo empregatício se caracteriza como a pessoa física que presta seus serviços com personalidade, não eventualidade e onerosidade, sob a direção (subordinação) de empregador, o qual assumirá sozinho os riscos da atividade (alteridade), e como regra, corresponderá à figura daquele em favor de quem os serviços são prestados.

Diversamente, o trabalhador avulso se caracteriza pela descontinuidade na prestação dos serviços; pela curta duração do trabalho prestado; pela pluralidade dos tomadores de serviços a quem se vincula; pela natureza do trabalho ser concernente a evento certo e distinto dos fins normais do empreendimento; e pelo fato de seus serviços serem, em regra, intermediados por uma entidade específica – no caso do trabalhador avulso portuário, esta entidade é o OGMO (Órgão Gestor de Mão de Obra), desde 1993.

Com efeito, a já revogada Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, denominada de Lei de Modernização dos Portos, teve por legado a criação do órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO), retirando das entidades sindicais a gestão da mão de obra do trabalhador portuário, pois havia muitas irregularidades na escalação dos aludidos trabalhadores, com privilégio de alguns em detrimento de outros, especialmente entre sindicalizados e não

sindicalizados, o que comprometia também a garantia de liberdade sindical em seu aspecto negativo, prevista no art. 8º, V da CF112.

Trata-se de aplicação do princípio da distribuição equânime do trabalho, segundo o qual deve-se distribuir sem discriminação ou privilégios os trabalhos oferecidos entre os avulsos interessados.

Ao OGMO incumbe realizar o treinamento e habilitação do trabalhador portuário avulso, bem como efetivar o cadastro e/ou registro deste, sua escalação, o pagamento de sua remuneração, dentre outros.

A Lei nº 12.815/2013, chamada de Lei de modernização dos portos, revogou a Lei nº 8.630/1993, mas manteve a sistemática da intermediação pelo OGMO, bem como da reserva de mercado instituída em favor dos trabalhadores avulsos cadastrados e registrados.

Assim, no âmbito dos portos organizados, só podem ser contratados para as atividades de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado ou trabalhadores portuários avulsos cadastrados ou registrados pelo OGMO. Nesse sentido o art. 40 e art. 41 da Lei 12.815/13, confira-se:

Art. 40. O trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos.

Art. 41. O órgão de gestão de mão de obra:

I - organizará e manterá cadastro de trabalhadores portuários habilitados ao desempenho das atividades referidas no § 1º do art. 40; e

II - organizará e manterá o registro dos trabalhadores portuários avulsos.

Trata-se do princípio da restrição ao trabalho, que impõe que as operadoras portuárias devem se valer dos trabalhadores avulsos para a execução das operações

---

112 Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

portuárias, não sendo lícito, para tais atividades, contratar trabalhadores de fora do sistema.

A inscrição dos trabalhadores portuários avulsos no cadastro mantido pelo OGMO dependerá exclusivamente de prévia habilitação profissional do trabalhador interessado, mediante treinamento realizado em entidade especializada. A seu turno, o ingresso de tais trabalhadores no registro depende de prévia seleção e inscrição no cadastro retro mencionado, obedecidas a disponibilidade de vagas e a ordem cronológica de inscrição (art. 41, §§1º e 2º da Lei nº 12.815/2013).

Destaque-se que os trabalhadores avulsos podem instituir cooperativa de trabalhadores avulsos (art. 29 da Lei nº 12.815/2013). A cooperativa de trabalhadores avulsos funcionará como uma operadora portuária que concorrerá com as demais operadoras para ser contratada pelos usuários do porto.

No que tange à dinâmica do trabalho nos portos, a Lei nº 12.815/2013 trouxe diversas inovações no tratamento da matéria, sendo a compreensão da realidade de tal setor necessária para a correta mensuração acerca do acerto de tais alterações legislativas.

Dentre as referidas inovações da Lei nº 12.815/2013, merecem destaque as seguintes:

i) Foi prevista a criação de Fórum Permanente (art. 33, § 4º), o qual veio a ser regulamentado pelo Decreto nº 8.033/2013;

ii) Foi mencionada a necessidade de garantia de renda mínima (art. 43), a ser instituída pela via da negociação coletiva, tal como já preconizado pela Convenção nº 137 da OIT, em seu item 2.2. Referida garantia é de suma importância, tendo em vista o processo de automação enfrentado pelo setor, assim como a sazonalidade do trabalho e o caráter alimentar dos salários;

iii) O art. 73 introduziu na Lei nº 9.719/98 o art. 10-A, trazendo a garantia de benefício assistencial mensal de até um salário-mínimo aos trabalhadores portuários avulsos com mais de 60 anos que não possuam meios para prover sua subsistência e que não conseguirem cumprir os requisitos para aposentadoria por invalidez, idade, tempo de serviço ou aposentadoria especial;

iv) A aposentadoria não funciona mais como hipótese de cancelamento do registro ou cadastro (art. 41, § 3º);

v) Diferentemente do permissivo que havia sob a égide da Lei nº 8.630/1993, não há mais a previsão de exploração da atividade portuária na modalidade de uso

privativo dentro do porto organizado, mas apenas fora dos limites do porto, nos denominados "Terminais de Uso Privado";

vi) Por outro lado, houve uma liberação para que estas instalações portuárias localizadas fora do Porto Organizado contratem trabalhadores sem a necessidade de requisição de mão-de-obra ao OGMO (art. 44). Assim, terminais operados pela iniciativa privada nos portos organizados e terminais totalmente privados disputarão a movimentação de cargas de forma desigual. A consequência disto é uma tendência de utilização de critérios discriminatórios na escolha dos trabalhadores portuários avulsos (TPA's) nos referidos Terminais de Uso Privado, já que estes não terão que observar a escalação rodiziária prevalente no sistema regido pelo OGMO. Ademais, será também mais fácil que nestes ambientes sejam impostas remunerações e condições de trabalho mais prejudiciais àquelas praticadas no porto organizado, já que tais fatores serão negociados diretamente com os trabalhadores, os quais estarão despojados de uma representação coletiva e correspondem a uma força de trabalho numerosa e muitas vezes superior à demanda por serviços;

vii) Houve inclusão da capatazia e bloco no rol das atividades submetidas a reserva de mercado (art. 40, § 2º);

viii) Houve expressa previsão acerca da multifuncionalidade dos trabalhadores, a qual será objeto de negociação entre as entidades representativas dos trabalhadores portuários avulsos e dos operadores portuários (art. 43);

ix) Por outro lado, foi previsto que as diferentes fainas desenvolvidas pelos trabalhadores portuários (capatazia, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações) configuram categorias diferenciadas, de modo que a negociação coletiva deverá ocorrer com os sindicatos de cada uma dessas categorias, dentro ou fora do porto organizado, independentemente da atividade preponderante do tomador (sindicato horizontal), conforme art. 40, § 4º. Ainda que isso já acontecesse na prática, tal previsão não é positiva para os TPA's em uma visão macro, tendo em vista que a categorização interna prejudica sobremaneira a multifuncionalidade, característica essencial, em tempos de automação, uma vez que há uma certa tendência de extinção de algumas fainas (como o bloco). Ademais, a existência de diversos sindicatos pulveriza o poder de negociação, de modo a minimizar a busca por melhoria nas condições de trabalho dos portuários;

x) Acrescentou-se a responsabilidade do OGMO pela indenização por acidente de trabalho (art. 33).

Como se vê, a Lei nº 12.815/2013 facilitou a instalação de terminais de uso privado, que são instalações localizadas fora do porto organizado e exploradas mediante



autorização, podendo movimentar cargas de terceiro, em franca competição com os portos organizados. E fora do porto organizado passou a ser possível a contratação de trabalhadores sem necessidade de requisição de mão de obra ao OGMO, aos quais não se aplicará o regime da Lei nº 12.815, que garante direitos aos portuários (como adicional de risco, conforme OJ 402 do TST), sendo a mão de obra mais barata.

Assim, para os usuários dos serviços portuários é mais barato contratar fora do porto organizado, pois neste o regime é de concessão de serviço público e incidem regras rígidas trabalhistas no sistema gerido pelo OGMO. Ademais, fora do porto organizado os salários são menores e os riscos de acidente de trabalho aumentam, em face da fiscalização e treinamento serem mais precários.

Noutro giro, a determinação de que as diferentes fainas constituem categorias profissionais diferenciadas (art. 40, §1º), independentemente da atividade preponderante do tomador (sindicato horizontal), também é inovação da Lei nº 12.815/2013 passível de críticas, pois tem por efeito reduzir a representatividade dos portuários, pulverizando o poder de negociação e enfraquecendo seu poder de pressão por melhores condições de trabalho. Com isso, os trabalhadores avulsos portuários cadastrados e registrados no OGMO acabam perdendo oportunidades de trabalho, ao passo que, uma vez fora do OGMO, terão dificuldade de se reinserir no mercado, pois foram treinados para funções específicas, constituindo categoria profissional diferenciada.

Ademais, isso acaba por esvaziar uma inovação positiva trazida pela lei, concernente a implementação da multifuncionalidade (art. 43), característica essencial diante das oscilações nas demandas de cada atividade, e importantíssima em tempos de automação, em que, como visto, há uma certa tendência de extinção de algumas fainas, como o bloco.

Isto demonstra a necessidade de analisar criticamente as disposições legais constantes da Lei nº 12.815/2013, não podendo as peculiaridades da atividade portuária servir de escusa para precarização do trabalho desenvolvido neste seguimento.

### **3. CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES PORTUÁRIOS POR PRAZO INDETERMINADO**

O §2º do art. 40 da Lei 12.815/13 estabelece que “A contratação de trabalhadores portuários de capatazia, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações com vínculo empregatício por prazo indeterminado será feita exclusivamente dentre trabalhadores portuários avulsos registrados”.

Assim, à primeira vista, o dispositivo em questão imporá uma restrição insuperável na contratação de trabalhadores com vínculo empregatício, ao estabelecer que isto se dará exclusivamente dentre aqueles registrados pelo OGMO.

Como visto, podem ser registrados os trabalhadores portuários avulsos que passaram por prévia seleção e inscrição no cadastro mantido pelo OGMO, obedecidas a disponibilidade de vagas e a ordem cronológica de inscrição (art. 41, § 2º da Lei nº 12.815/2013).

Desse modo, a restrição quanto a contratação de trabalhadores com vínculo empregatício exclusivamente dentre trabalhadores portuários avulsos registrados consiste, indubitavelmente, em limitação à livre iniciativa preconizada pela Constituição Federal de 1988 como um dos princípios básicos do Estado Democrático de Direito, já que prevista como fundamento da República Federativa do Brasil pelo art. 1º, inciso IV da CF, e repisada como fundamento da ordem econômica e financeira pelo *caput* do art. 170 da CF.

Nesse passo, em uma primeira leitura, a restrição em questão se mostraria inconstitucional, por ferir de morte a garantia constitucional à livre iniciativa.

Todavia, uma análise global da Carta Magna, empolgada pelo princípio da unidade da Constituição, evidencia que existem outros valores albergados pelo legislador constituinte que fornecem sustentáculos para a restrição em análise, sobretudo considerando a realidade do trabalho nos portos.

Evoca-se aqui o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, também previstos como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos III e IV da CF).

Ora, a lei estipula a reserva de mercado considerando diversos fatores inerentes à atividade portuária, cumprindo destacar, dentre eles: a) a necessidade de treinamento específico para o exercício da atividade portuária, a fim de que seja assegurada a eficiência nos serviços prestados e se evitem acidentes; b) o acesso igualitário às fainas e ternos, através da intermediação do OGMO na seleção em sistema de rodízio de trabalhadores, o que materializa o princípio da distribuição equânime do trabalho; c) a reserva de mercado impede uma precarização das relações de trabalho, ao impedir a oferta indiscriminada de trabalhadores para a mesma atividade, que culminaria na contratação de não-portuários com qualificação aquém do necessário e com remuneração e condições de trabalho abaixo daquelas praticadas entre trabalhadores dentro do sistema; d) o interesse público latente ao redor do serviço nos portos, que consiste em atividade estratégica.

Desse modo, considerando que a reserva de mercado consiste em instrumento destinado a elidir a precarização das atividades portuárias, a limitação quanto a

contratação de trabalhadores com vínculo empregatício exclusivamente dentre trabalhadores portuários avulsos registrados mostra-se consentânea com a promoção da dignidade do trabalho portuário, sendo plenamente constitucional.

Nesse sentido, inclusive, julgado da SDI-I do c. TST, de dezembro de 2019:

EMBARGOS INTERPOSTOS NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014 – TRABALHADOR PORTUÁRIO – CAPATAZIA - CONTRATAÇÃO COM VÍNCULO DE EMPREGO POR TEMPO INDETERMINADO DE TRABALHADORES NÃO CADASTRADOS OU REGISTRADOS NO OGMO - LEI Nº 12.815/2013 - IMPOSSIBILIDADE

[...]

2. Para as contratações realizadas a partir da vigência da Lei nº 12.815/2013, seu art. 40, § 2º, confere exclusividade aos trabalhadores portuários avulsos registrados nos casos de contratação para os serviços de capatazia, bloco, estiva, conferência e conserto de carga e vigilância de embarcações, com vínculo empregatício por prazo indeterminado.

3. Nesse caso, **a interpretação literal é suficiente para entender que a contratação de trabalhadores portuários deve ser realizada apenas dentre aqueles que possuem registro no OGMO.** Vale destacar que na redação legal há a palavra "exclusivamente" para delimitar a contratação apenas aos trabalhadores portuários registrados, incluindo expressamente os serviços de capatazia, de modo que qualquer conclusão pela possibilidade de contratar trabalhadores não registrados violaria o significado mínimo do texto objeto da interpretação, que é o ponto de partida do intérprete.

4. **A interpretação histórica do art. 40, § 2º, da Lei nº 12.815/2013 indica que a contratação exclusiva de trabalhadores portuários registrados está em sintonia com um cenário de modernização e eficiência, porquanto o OGMO tem em sua essência justamente a busca por essas duas qualidades para o setor portuário.**

5. A partir de uma interpretação sistemática, a análise do conjunto normativo da Lei nº 12.815/2013 permite concluir que em nenhum momento o legislador estabeleceu diferença entre capatazia e os demais serviços portuários, havendo tratamento unitário para todos

eles. (PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-52500-43.2007.5.02.0446, rel. Min. MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI)

Logo, defende-se aqui a constitucionalidade da restrição trazida pelo § 2º do art. 40 da Lei nº 12.815/2013, por privilegiar os trabalhadores que integram o sistema de trabalho portuário, o qual tem como marca a reserva de mercado, ante às suas peculiaridades.

Nada obstante, é necessário que se faça uma interpretação conforme à Constituição de 1988 e à Convenção nº 137 da OIT do vocábulo “exclusivamente”, versado no dispositivo em questão.

Isto visaria também não infringir o limite dos limites quanto à livre iniciativa, em circunstâncias em que não for viável a contratação de trabalhadores registrados.

Destarte, pode haver situações em que não haja trabalhadores registrados que atendam à convocação do operador portuário para contratação com vínculo de emprego.

Nesses casos, deve-se, primeiramente, investigar o motivo da recusa.

A princípio, a simples inexistência de interessados não deve representar um atentado à livre iniciativa dos operadores portuários, já que tal fato pode estar potencialmente relacionado às condições de emprego atreladas à oferta apresentada.

É dizer, a ausência de interessados face a oferta de contratação mediante vínculo empregatício pode refletir não a inexistência de trabalhadores registrados naquela atividade, mas sim a precariedade das condições de emprego ofertadas, em razão de baixos salários, grande volume de trabalho, jornadas elevadas, etc.

Dessa forma, em princípio, caberia ao empregador melhorar as condições de trabalho ofertadas para tornar o emprego mais atrativo.

Todavia, caso as condições de emprego sejam compatíveis com aquelas praticadas no sistema de trabalho portuário, e, ainda assim, não haja interessados na contratação por vínculo empregatício por prazo indeterminado – dentre registrados ou, sucessivamente, dentre cadastrados no OGMO –, parece coerente sustentar, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que, nestas circunstâncias, e em caráter excepcional, seja permitida que a contratação se efetive em face de trabalhadores portuários alheios ao sistema, mas sempre por intermédio do OGMO e após treinamento concedido por este.

Assim, é preciso adotar uma interpretação sistemática e teleológica, com base no art. 3º, da Convenção 137 da OIT, segundo o qual “os portuários matriculados terão **prioridade** para a obtenção de trabalho nos portos” (grifos aditados).

Ressalte-se que, de acordo com a atual jurisprudência da Suprema Corte, a Convenção 137 da OIT consiste em tratado de direitos humanos com *status* supralegal<sup>113</sup>, servindo, por isso, como norte interpretativo que deve orientar a interpretação da legislação pátria nesta mesma temática.

Nesse sentido, com vistas a sopesar os ditames constitucionais e convencionais sobre o assunto, o § 2º do art. 40 da Lei nº 12.815/2013 deve ser interpretado como se referindo a uma prioridade, e não exclusividade, da contratação de trabalhadores com vínculo empregatício entre aqueles registrados pelo OGMO.

Nesta toada, em havendo negativa dos avulsos registrados ou cadastrados em atender ao chamado dos operadores portuários interessados em contratar – por intermédio do OGMO – trabalhadores portuários com vínculo de emprego por prazo indeterminado, deve ser permitido ao empregador que faça tal contratação dentre trabalhadores que estejam fora do sistema.

De toda sorte, a contratação deverá sempre observar a média salarial da categoria e poderá ser aceita mediante negociação coletiva.

Nessa linha é a orientação nº 1 da Coordenadoria Nacional do Trabalho Portuário e Aquaviário instituída no âmbito do Ministério Público do Trabalho:

**CONTRATAÇÃO. PRAZO INDETERMINADO.** Em regra, a contratação por prazo indeterminado de trabalhadores portuários, inclusive de capatazia e bloco, far-se-á entre os TPAs registrados no OGMO. Após exaustivas tratativas e negociações, será possível, excepcionalmente, a contratação de TPAs cadastrados. Em casos excepcionalíssimos, comprovada a ausência de interesse de registrados e cadastrados, poderá haver contratação de trabalhadores externos ao sistema, sempre por intermédio do OGMO e após treinamento pelo OGMO. Em todos os casos, a contratação deverá observar a média salarial da categoria e poderá ser aceita mediante negociação coletiva (ACT/CCT ou termo aditivo).

---

113 RE nº 466.343/SP

Ademais, parece ter sido neste sentido a mais recente inteligência adotada pelo c. TST, consoante ementa abaixo transcrita, que corresponde a nova decisão no mesmo processo em que prolatada a ementa já acima transcrita:

“AGRAVO INTERNO. MANUTENÇÃO DE DECISÃO DA VICE-PRESIDÊNCIA. CONCESSÃO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUTORIZAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO “FORA DO SISTEMA” DE TRABALHADORES PORTUÁRIOS COM VÍNCULO DE EMPREGO COM PRAZO DETERMINADO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS PREVISTOS NO ART. 300 DO CPC/2015. O Órgão Especial, por maioria, manteve a decisão da Vice-Presidência na qual **concedida liminar, em tutela de urgência**, para suspender os efeitos da decisão proferida pela SDI-1 até o julgamento definitivo do recurso extraordinário, **autorizando o operador portuário a contratar “fora do sistema” trabalhadores com vínculo de emprego com prazo determinado**. No caso, constatou-se que o perigo da demora restou evidenciado pela flagrante lesividade econômica e **possibilidade de dano de difícil reparação decorrentes da adoção literal da Lei nº 12.815/2013 quanto à obrigatoriedade de registro para a contratação de trabalhadores portuários, porquanto implicaria na inviabilidade do negócio do operador portuário, já que, no caso de falta de trabalhadores registrados, não haveria como o empregador portuário ter mão de obra para executar sua atividade, caracterizada como serviço público**, nos termos do art. 21, XII, “f”, da CF. A probabilidade do direito, por sua vez, decorreu dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como do princípio do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão, insculpidos, respectivamente, nos arts. 1º, IV, e 5º, XIII, da CF. Registrou-se ainda que a Lei nº 12.815/2013, em seu art. 40, § 2º, determina de forma expressa a obrigatoriedade de registro apenas para as contratações de trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado, não havendo, portanto, empecilho legal para a contratação de trabalhadores com vínculo por prazo determinado. Desse modo, presentes os pressupostos previstos no art. 300 do CPC/2015, o Órgão Especial, por maioria, conheceu do agravo interno e, no mérito, negou-lhe provimento. Vencidos os Ministros Alberto Bastos Balazeiro, Lelio Bentes Corrêa, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho e Amaury Rodrigues Pinto Junior. TST-Ag-ED-E-ED-RR-52500-43.2007.5.02.0446, Órgão Especial, rel. Min. Dora Maria da Costa, julgado em 5/12/2022.” – grifos aditados.



## 5. CONCLUSÃO

A realidade do trabalho portuário tem particularidades próprias que o individualizam, a exigir uma regência normativa específica, que contemple os princípios orientadores da atividade, notadamente o princípio da distribuição equânime do trabalho e o princípio da restrição ao trabalho.

Nesse passo, a Lei nº 12.815/2013, chamada de Lei de modernização dos portos, dedicou-se a regular o trabalho prestado no setor portuário, sendo, atualmente, o principal instrumento normativo sobre o assunto.

Referido diploma trouxe diversas inovações no tratamento da matéria, sendo a compreensão da realidade do setor portuário necessária para a correta mensuração do acerto de tais alterações legislativas.

Dentre as inovações positivas pode-se citar a necessidade de garantia de renda mínima (art. 43), tal como já preconizado pela Convenção nº 137 da OIT, e a garantia de benefício assistencial mensal de até um salário-mínimo aos trabalhadores portuários avulsos com mais de 60 anos que não possuam meios para prover sua subsistência e que não conseguirem cumprir os requisitos para aposentadoria por invalidez, idade, tempo de serviço ou aposentadoria especial.

Especificamente quanto ao trabalho portuário, cite-se a previsão concernente à multifuncionalidade, a qual consiste em característica essencial diante das oscilações nas demandas de cada atividade, e tem extrema importância diante da automação que arrebata o setor.

Por outro lado, deve ser lida com cautela a previsão legal constante do § 2º do art. 40 da Lei nº 12.815/2013, de que a contratação pelos operadores portuários de trabalhadores com vínculo empregatício se dará exclusivamente dentre aqueles registrados pelo OGMO.

Como visto, há valores consagrados na Constituição da República de 1988 que embasam a restrição trazida pelo aludido § 2º do art. 40 da Lei nº 12.815/2013, como o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, previstos como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos III e IV da CF).

Tais valores justificam a opção legislativa de privilegiar os trabalhadores que integram o sistema de trabalho portuário, o qual tem como marca a reserva de mercado, ante às suas peculiaridades.

Entretanto, a restrição de que a contratação de trabalhadores com vínculo empregatício se dê somente dentre aqueles registrados pelo OGMO, deve ser interpretada como se referindo à uma prioridade, e não exclusividade propriamente dita.

Destarte, em situações excepcionais, em que não houver trabalhadores avulsos registrados que atendam à convocação do operador portuário para contratação por vínculo empregatício, e desde que assegurada a média salarial da categoria, necessário que seja permitida que esta contratação se dê em proveito de trabalhadores portuários alheios ao sistema, mas sempre por intermédio do OGMO e após treinamento concedido por este, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Trata-se de interpretação que concilia as particularidades próprias da atividade portuária com o direito à livre iniciativa previsto no art. 1º, inciso IV da CF, e também erigido à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, o que se mostra, ademais, em consonância com o quanto preconizado pela Convenção nº 137 da OIT, que possui *status* supralegal e deve orientar a interpretação da legislação pátria nesta temática.

## **A IMPORTÂNCIA DA SOBERANIA NACIONAL, ORDEM PÚBLICA E BONS COSTUMES NA HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS**

### **FERNANDA PAGOTTO GOMES PITTA:**

Formada pelo Centro Universitário de Rio Preto – UNIRP. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Cogea. Mestre e Doutoranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. Professora.

### **CAROLINA TUONI MATIAS<sup>114</sup>**

(coautora)

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo analisar a necessidade de o Superior Tribunal de Justiça observar a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes para a homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil. Para tanto, se analisará a utilização e o expoente crescimento da arbitragem no Brasil, bem como em todo o mundo, o que se dá graças às peculiaridades, maior flexibilização e tecnicidade nos procedimentos arbitrais. Também se analisará que, o que se abrange nos conceitos de soberania nacional, ordem pública e bons costumes para fins de internalização do *decisum* estrangeiro necessários para a homologação, a fim de impedir que haja incongruências com o sistema nacional. Assim, de acordo com o estudo realizado, será possível concluir que a tendência do ordenamento jurídico brasileiro é a de conhecer e executar as sentenças arbitrais estrangeiras no território nacional, contudo não se pode admitir que a Soberania Nacional, Ordem Pública e bons costumes sejam violados com a homologação da decisão sob análise, atuando tais elementos como limitadores desta homologação. Destaca-se que o método utilizado neste artigo foi o fenomenológico-hermenêutico, por privilegiar estudos teóricos e análise de documentos e textos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem; homologação de sentença arbitral estrangeira; soberania nacional; ordem pública; bons costumes.

### **IMPORTANCE OF SOVEREIGNTY, PUBLIC ORDER AND GOOD PRACTICE FOR THE RATIFICATION OF A FOREIGN ARBITRATION COURT DECISION**

---

<sup>114</sup>Formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Gestão de Negócios pela Escola Superior de Agricultura "Luiz de Queiroz" (USP/Esalq). Mestranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to analyze the need, for the Superior Court of Justice, to observe national sovereignty, public order and good practice for the ratification of a foreign arbitration court decision in Brazil. For this purpose, it will be analyzed the use and exponent growth of arbitration in Brazil, as well in the whole world, what takes place thanks to the peculiarities, greater flexibility and technicality in arbitration procedures. It will also be analyzed that, what is included in the concepts for internalization of the foreign *decisum*, beyond the national sovereignty, public order and good practice, necessary for internalization of the foreign *decisum*, in order to preventing inconsistencies with the national system. According to the undertaking study it will be able to conclude that the Brazilian legal order tendency is to implement and perform the foreign arbitration court decisions in Brazil, however it's not possible to admit decisions that are against national sovereignty, public order and good practice, which are limiting items for the internalization. The applied method in this paper was phenomenological and hermeneutical, by means of using theoretical studies and documents/texts analysis.

**KEYWORDS:** Arbitration; ratification of a foreign arbitration court decision; national sovereignty; public order; good practice.

## 1. INTRODUÇÃO

A Arbitragem é forma extrajudicial de solucionar conflitos, cujas matérias arbitráveis são aquelas que se referem a direito patrimonial disponível, sendo o seu marco histórico no direito brasileiro a entrada em vigor da Lei 9.307/96<sup>115</sup>. A maior flexibilidade outorgada pela arbitragem, em relação aos processos judiciais, favorece debates mais técnicos e profundos, o que acaba por encerrar conflitos de forma mais interessante às Partes, notadamente quando se está diante de relações comerciais.

O Instituto, assim, vem ganhando amplo destaque e se tornando um instrumento habitual e de preferência por aqueles que desejam soluções breves e com bastante tecnicidade, ganhando extrema importância no Brasil, bem como no âmbito internacional.

Dentro desse contexto, é certo que a utilização mundial deste método de resolução de conflitos acaba fazendo com que sentenças arbitrais estrangeiras venham a ser executadas no Brasil e vice-versa. Contudo, a exequibilidade só pode ocorrer após homologação pela justiça brasileira, a qual, no âmbito nacional é realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que a Corte deverá seguir algumas regras para tanto.

Especificamente no que diz respeito às disposições atinentes à arbitragem, a Lei 9.307/96, mais precisamente em seu artigo 35, dispõe que para que a sentença arbitral estrangeira seja reconhecida ou executada no Brasil basta que esta seja sujeitada à

<sup>115</sup> Publicada em 23 de setembro de 1.996, entrou em vigor sessenta dias após sua publicação (art. 43).

homologação do Superior Tribunal de Justiça. O artigo 38, do mesmo Diploma Legal, prevê os casos em que a homologação poderá ser negada.

Em suma, para análise das sentenças arbitrais, o Superior Tribunal de Justiça deverá verificar os elementos formais da decisão para que, então, possa internalizá-la no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar disso, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça também deverá analisar se a outorga de eficácia e exequibilidade à sentença arbitral, nos termos em que foi prolatada, não se viola quaisquer dos preceitos da República Federativa do Brasil.

Assim, também é necessário de se considerar a existência de outros dispositivos que versam sobre o tema e deverão ser observados pela Corte Superior no momento em que for ser realizada a análise da sentença arbitral a ser homologada, como é o caso da própria Constituição Federal, do Código de Processo Civil e da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Nesse contexto, será necessário observar a abrangência do conceito de ordem pública, soberania nacional e bons costumes, para fins de homologação da sentença arbitral estrangeira e a possibilidade de sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro. É justamente nesse sentido que o artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê que não terão eficácia no Brasil as sentenças estrangeiras que ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Sobre o tema, é importante destacar que a tendência é, de fato, conhecer e executar as sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, contudo não se pode admitir que a Soberania Nacional, Ordem Pública e bons costumes cultural e moralmente aceitos no país sejam violados com a homologação e execução da decisão.

Esta análise deve se dar, de fato, caso a caso e não pode ser generalizada, notadamente pela arbitragem outorgar um escopo de maior liberdade para as partes, além do fato de ter o conceito de Soberania Nacional Ordem Pública e bons costumes uma amplitude bastante extensa.

Ou seja, mesmo sendo o dever da Col. Corte Superior homologar a sentença arbitral estrangeira, não se pode permitir que decisão em afronta ao ordenamento jurídico brasileiro como um todo seja internalizada e executada no Brasil.

E, com esta análise, será possível de responder quais as sentenças que, efetivamente, poderão ser internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro. É o que o presente estudo pretende demonstrar.

## 2. O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A Arbitragem é primordialmente reconhecida como forma de resolução de conflitos, por meio da qual as partes elegem um (ou mais de um), árbitro, para a resolução de uma lide. Conforme expõe a doutrina especializada<sup>116</sup>, é o “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”.

Ao explicar o instituto, a doutrina reconhece ser a arbitragem “vantajosa e adequada modalidade para a solução de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, por meio da participação de uma ou mais pessoas (árbitros), que recebem poderes de uma convenção de arbitragem, decidindo com fundamento nesta, sem participação estatal, certo que a decisão tem, diante expressa previsão legal, os mesmos efeitos de uma sentença judicial”<sup>117</sup>.

A arbitragem também se conceitua “como forma extrajudicial de solucionar conflitos de caráter patrimonial disponível”<sup>118</sup>, sendo esta considerada “uma definição clássica e unânime albergada por todos os estudiosos do assunto”.

No que diz respeito ao direito brasileiro, o marco histórico sobre arbitragem é, sem dúvidas, a entrada em vigor da Lei 9.307/96. Muito se discutiu sobre a constitucionalidade da arbitragem, a qual, após amplo debate, foi reconhecida como sendo constitucional<sup>119</sup>.

Desde então, a jurisdição privada em questão vem sendo utilizada de forma crescente no país, mas, apesar disso não são todos os temas que podem ser levados à jurisdição arbitral, entendendo-se como arbitráveis as questões de direito patrimoniais disponíveis. Referido conceito vem sendo analisado com cautela e de forma cada vez mais ampliada, sendo que atualmente já se aceita que diversas questões que discutam matérias envolvendo a administração pública e de direito de família, por exemplo, sejam levadas à arbitragem.

---

<sup>116</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96 – 3 ed. ver atual e ampl – São Paulo: Atlas, 2009. p.31*

<sup>117</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves [et all]. *Lei de Arbitragem comentada artigo por artigo*. São Paulo. JusPodivm, 2019. P. 29

<sup>118</sup> FLENIK, Giordani. *A eficácia máxima da sentença arbitral: um estudo comparado dos direitos norte-americano, francês e brasileiro sobre homologação de sentenças estrangeiras*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 6.

<sup>119</sup> A constitucionalidade do instituto foi reconhecida em 12 de dezembro de 2001, pelo Supremo Tribunal Federal por maioria de votos, no julgamento do recurso em processo de homologação de sentença estrangeira (SE 5206).



Ou seja, apesar de haver, de fato, um conjunto de matérias que são absolutamente inarbitráveis, isso não impede que as questões marginais a estas sejam levadas à arbitragem, como é o caso, por exemplo, de questões de direito de família que são puramente de direito patrimonial disponível. Nesse sentido, é de se destacar o quanto expõe a doutrina<sup>120</sup>:

“Os exemplos da arbitragem envolvendo interesses de entes estatais e direitos dos trabalhadores demonstra que a tendência observada nos últimos anos no Brasil, assim como em outros países, tem sido a progressiva ampliação dos limites da arbitrabilidade objetiva, sem prejuízo de existirem pontuais retrocessos e ainda muitas incertezas nas chamadas matérias sensíveis, já referidas no início do presente estudo. Além dos dois exemplos destacados nos itens anteriores, a doutrina nacional tem também discutido o espaço da arbitragem em outras matérias, como no direito falimentar e até no direito tributário, embora ainda seja cedo para apontar conclusões definitivas. A evolução da arbitrabilidade objetiva no país cria, assim, as condições para que se possa discutir a viabilidade da arbitragem em outras áreas ainda inexploradas.”

Superada a questão da arbitrabilidade da matéria, as partes podem livremente convencionar se determinada relação jurídica será encaminhada ao Poder Judiciário ou à jurisdição privada em caso de litigiosidade. Entende-se que essa liberdade das partes em convencionar a jurisdição outorga ao instituto uma natureza mista – conceito este que também gera controvérsias<sup>121</sup>, mas que se utilizará de premissa neste artigo -, viabilizando

---

<sup>120</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no brasil: tendências e perspectivas. Revista dos Tribunais. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 33/2012 | p. 301 - 337 | Abr - Jun / 2012DTR\2012\44754

<sup>121</sup> “A discussão a respeito da natureza da arbitragem – jurisdicional, contratual ou mista/composta – revela, segunda a doutrina francesa, debate clássico na arbitragem. Também a doutrina italiana destaca que o debate sobre a natureza da sentença arbitral é antigo, mas que não foi até hoje aplacado ou acalmado, e adentra o século XXI permeando as discussões em torno das reformas legislativas da arbitragem. (...) A posição clássica no debate assinalava a natureza contratual da arbitragem, centrada no argumento de que a jurisdição seria monopólio do Estado, de modo que só poderia ser exercida pelo Estado e seus agentes, enquanto a arbitragem seria exercitada por particulares, razão pela qual só poderia ser enquadrada no panorama contratual, fora do ambiente jurisdicional, então considerado monopólio estatal. (...) Por outro lado, a posição da natureza jurisdicional é bem ressaltada por Giuseppe Ruffini, indicando que o acordo compromissório se situa como condição de legitimação do exercício da arbitragem, uma vez que esta é prevista na própria lei, e, por isso, o árbitro, apesar de não inserido no organismo estatal-jurisdicional, exerce função jurisdicional e sua decisão tem natureza de sentença. Destaca-se, ainda, que tal posição remete ao pensamento de Carnelutti, quando inseria a arbitragem como jurisdicional e seu produto como sentença, já que o árbitro exercitaria função pública delegada pela lei. (...) Daí a evidente necessidade de dar um passo

que as Partes possuam uma maior flexibilidade nas regras do procedimento como um todo.

Assim, em razão da “parcela” contratual da arbitragem (apesar de suas diversas características inegavelmente jurisdicionais), as Partes possuem uma maior autonomia de vontade no que diz respeito ao procedimento, à matéria discutida, à legislação aplicada, entre outras questões que influenciará diretamente no conteúdo da sentença arbitral a ser prolatada.

Ou seja, é outorgada às Partes uma maior liberdade, sendo comum a fixação de regras que não são observadas perante o Poder Judiciário, inclusive com a instauração de Procedimentos Arbitrais julgados por equidade, por exemplo, o que acaba por favorecer debates mais técnicos e profundos e encerrar conflitos de forma mais interessante às Partes, notadamente quando se está diante de relações comerciais.

A doutrina<sup>122</sup> expõe como algumas das vantagens da arbitragem a (i) celeridade; (ii) forma de tratamento da lide; (iii) escolha do árbitro especializado; (iv) flexibilidade procedimental; (v) possibilidade de confidencialidade; (vi) redução de custos – questão que, contudo, parece ser controversa.

Dentro desse contexto, explica-se que a utilização da arbitragem é, justamente, “uma maior eficiência, entendendo-se esta como rapidez, especialidade, sigilo e efetividade, ou seja, um mecanismo que ofereça às partes todos esses atributos, com plena segurança jurídica”<sup>123</sup>.

A Arbitragem, assim, vem ganhando amplo destaque e está se tornando, cada vez mais, um instrumento habitual e de preferência por aqueles que desejam soluções breves e com bastante tecnicidade, mas, talvez, essa ampla “liberdade” possa acabar por gerar

---

adiante nessa clássica discussão a respeito da natureza jurídica da arbitragem e seu enquadramento jurídico, como ponto importante para soluções de problemas e interfaces com o processo judicial que podem ocorrer no âmbito da arbitragem. Isso porque, como leciona Carmine Punzi, se ainda hoje é legítima a investigação em torno da natureza jurídica da arbitragem, talvez seja o momento de rediscutir o tema a partir da superação da alternativa ‘contratualidade-jurisdicionalidade’ da arbitragem, saindo do terreno estéril das antigas polêmicas e posições contrapostas na doutrina e na jurisprudência, que não trouxeram resultados satisfatórios.” (ANDRADE, Érico. Novas fronteiras da arbitragem: superação da discussão em torno da natureza contratual ou jurisdicional. Revista dos Tribunais. Revista de Processo | vol. 305/2020 | p. 461 - 491 | Jul / 2020DTR\2020\7922)

<sup>122</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves [et all]. *Lei de Arbitragem comentada artigo por artigo*. São Paulo. JusPodivm, 2019. PP. 30/38.

<sup>123</sup> FLENIK, Giordani. *A eficácia máxima da sentença arbitral: um estudo comparado dos direitos norte-americano, francês e brasileiro sobre homologação de sentenças estrangeiras*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 37.

sentenças que talvez se mostrem inexecutáveis no âmbito nacional se se considerar aquelas prolatadas em territórios estrangeiros e com aplicação de legislação alienígena.

### **3. O CRESCIMENTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL E NO MUNDO**

A origem da arbitragem remonta desde a antiguidade e a sua aplicação se encontra em franco crescimento nos dias atuais, em diversos locais do globo. Dentre os países que mais utilizam a arbitragem como solução de controvérsia, se destacam países como Estados Unidos e França.

Apesar de se tratar de um meio bastante custoso, o Brasil também passou a receber destaque na utilização da arbitragem para a solução das controvérsias, sendo cada vez mais comum no dia-a-dia dos operadores do direito e daqueles que se encontram diante de um conflito, principalmente aqueles que possuem objetos complexos e de grande vulto.

De acordo com pesquisa realizada pela i. jurista e árbitra Dra. Selma Ferreira Lemes, nome de destaque no meio, é possível constatar um aumento sensível no número de Procedimentos Arbitrais, inclusive naqueles envolvendo a administração pública. Demonstra-se que em 2019 apurou-se um aumento de quase 20% (vinte por cento) de participação de árbitros estrangeiros em arbitragens com partes brasileiras na CCI (Câmara de Comércio Internacional), em relação ao ano anterior, o que seria justificado pelo aumento de contratos internacionais<sup>124</sup>.

Tal constatação é capaz de indicar, então, que a arbitragem no Brasil também passa a estar cada vez mais vinculada a outras culturas e a outros países, sendo instituto que vem ganhando extrema força no Brasil e no mundo. Isso corrobora a força da jurisdição privada em questão e a conexão dos procedimentos arbitrais realizados dentro e fora do país, o que acaba fazendo com que sentenças arbitrais estrangeiras venham a ser executadas no Brasil e vice-versa.

### **4. AS SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS**

Como dito, a “internacionalização” da arbitragem e seu crescente desenvolvimento em diversos países acabam fazendo com que sentenças arbitrais estrangeiras venham a ser

---

<sup>124</sup> Conforme é explicado na obra: “Observe-se que esse aumento de participação de árbitros estrangeiros está vinculado, provavelmente, ao aumento de contratos internacionais, pois de 50 contratos envolvendo partes estrangeiras em 2018 passou-se para 86 arbitragens referentes a contratos internacionais na CCI, o que resultou num aumento de 72%. No caso do CAM-CCBC, tanto em 2018 como em 2019 o número de arbitragens com base em contratos internacionais permaneceu o mesmo (15 casos).” (LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em Números e Valores*. Pesquisa 2020. Acessado em 19.06.2021; Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>).

executadas no Brasil, gerando a necessidade de análise e validação formal do *decisum*, competência esta que atualmente é outorgada ao Superior Tribunal de Justiça.

Para fins deste estudo, é importante destacar que a doutrina distingue a arbitragem interna da internacional, sendo possível de se adotar diversos critérios para tanto, tais como localização das partes, sede do Tribunal Arbitral, natureza do negócio. Essa discussão varia, inclusive, entre países<sup>125</sup>, mas foi outorgada solução pela Lei Modelo sobre Arbitragem da Uncitral, a qual estabelece a vontade das partes como fundamento para escolha da nacionalidade da sentença<sup>126</sup> <sup>127</sup>.

Em que pese o conceito de “arbitragem internacional” possa adotar critérios variantes para sua caracterização, fato é que quando se está diante da necessidade de

---

125 V.g. “A Lei Francesa, segundo entendimento do art. 1.º da Convenção Européia sobre Arbitragem Internacional de 1961, considera internacional a arbitragem que envolva questões de comércio internacional. As demais questões são tratadas como arbitragens nacionais (art. 1.492 do CPC (LGL\1973\5) francês). Assim, uma arbitragem que se desenvolve na Inglaterra, mas tem como partes comerciantes franceses, discutindo sobre questões do mercado interno francês, será considerada arbitragem nacional francesa. De outra forma, uma arbitragem realizada entre comerciantes franceses na cidade de Lyon, discutindo questões de comércio internacional, será considerada arbitragem internacional, mesmo tendo ocorrido em território francês.” (GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e jurisdição: premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira. Revista dos Tribunais. Revista de Processo | vol. 159/2008 | p. 9 - 34 | Maio / 2008 DTR\2008\310)

126 GUERRERO, op cit

<sup>127</sup> Conforme se verifica: “Quando se faz referência à arbitragem, muitas vezes se distingue entre arbitragem interna e arbitragem internacional. No Brasil, a Lei 9.307, de 23.09.1996, congrega normas sobre a arbitragem interna e a internacional no mesmo diploma legal (o art. 2.º da Lei 9.307/1996, por exemplo, focaliza em especial a arbitragem internacional). Cumpre, no entanto, registrar que não existem critérios uniformes, mundialmente reconhecidos, para se fazer tal distinção. O que na realidade se detecta são diferentes variantes desse conceito, orientando-se ora por elementos formais, como a localização do estabelecimento (place of business) das partes, eventualmente em combinação com outro elemento, tal como, entre outros, a sede do tribunal (cf., em particular, os arts. 1.º, 3.º a e b, e 4.º da Lei Modelo da UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law - sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 21.06.1985), ora por elementos materiais, tendo em vista a natureza do negócio jurídico como critério básico da distinção (...)” (RECHSTEINER, Beat Walter. Sentença arbitral estrangeira – aspectos gerais de seu reconhecimento e sua execução no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 5/2005. p. 35 – 51. Abr - Jun / 2005. DTR\2005\230)

reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira no Brasil, o critério utilizado é o local da sede do Tribunal que a prolatou<sup>128</sup>129.

Aliás, conforme preceitua o artigo 34 da Lei 9.307/96, parágrafo único, é considerada sentença arbitral estrangeira aquela que seja proferida fora do território nacional.

Ultrapassada a questão conceitual, é necessário de analisar a adequada aplicação do direito brasileiro para sentenças que tenham sido prolatadas em países estrangeiros.

Conforme explica a doutrina<sup>130</sup>, não há maiores dúvidas quanto às arbitragens internas, ou domésticas, no que diz respeito à aplicação das normas pátrias do Estado em que esta ocorre. Contudo, se se considerar a *arbitragem internacional ou estrangeira* haveria que se observar a conceituação diversa que é outorgada pela teoria monista ou dualista, sendo a monista a adotada pelo Brasil.<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> Conforme explica a doutrina: “Na medida em que se trate, todavia, do reconhecimento e da execução da sentença arbitral estrangeira no território nacional, esta, necessariamente, opõe-se à sentença arbitral doméstica, levando em consideração a distinção entre ambas. O critério decisivo para tal distinção, no fundo, é o lugar da sede do tribunal arbitral. Quando este tem a sua sede no Brasil, a sentença ou o laudo por ele proferido é brasileiro. Quando a sede do tribunal arbitral está situada no exterior, a procedência da sentença ou do laudo é estrangeira.” (RECHSTEINER, Beat Walter. Sentença arbitral estrangeira – aspectos gerais de seu reconhecimento e sua execução no Brasil. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 5/2005. p. 35 – 51. Abr - Jun / 2005. DTR\2005\230)

129 “Abandonando estas dificuldades, optou o legislador brasileiro por definição mais objetiva, mais simples, embora tecnicamente criticável, baseando-se apenas e tão somente no local onde o laudo será proferido. Será assim nacional a sentença arbitral se o laudo for proferido dentro do território brasileiro, ainda que os árbitros devam tratar de questão ligada ao comércio internacional e mesmo que estejam em jogo ordenamentos jurídicos variados; será estrangeiro o laudo proferido fora do território nacional, ainda que sejam as partes brasileiras, resolvendo a controvérsia decorrente de contrato celebrado no Brasil e que aqui deva ser cumprido.” (CARMONA, Op Cit. P. 439)

<sup>130</sup> FLENIK, Giordani. *A eficácia máxima da sentença arbitral*: um estudo comparado dos direitos norte-americano, francês e brasileiro sobre homologação de sentenças estrangeiras. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 7.

<sup>131</sup> “(...) segundo a Teoria Monista, cujo maior defensor é Hans Kelsen, ‘o Direito Internacional e o Direito interno são dois ramos do direito de um só sistema jurídico’, explica Mazzuoli. (...) Países como Brasil, Guatemala, Peru, entre outros, adotam tal posicionamento, tendo um único conjunto de normas para serem aplicadas tanto em arbitragens domésticas quanto internacionais.” E assim continua a explicar que, por este motivo, no Brasil “no campo da arbitragem se aplica uma única lei para reger tanto as arbitragens internas quanto internacionais”. (FLENIK, Giordani. *A eficácia máxima da sentença arbitral*: um estudo comparado dos direitos norte-americano, francês e brasileiro sobre homologação de sentenças estrangeiras. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 7.)

Apenas para que se entenda esta distinção, o monismo “consagra a ideia, defendida inicialmente por Hans Kelsen, na sua *Teoria pura do direito*, de que direito internacional e direito interno estão presentes dentro de um mesmo plano, [Sistema] no qual há a primazia do Direito Internacional sobre o Direito Interno.” 132.

Apesar dessa visão, “[d]erivado da teoria monista e criado pelo discípulo de Kelsen, Alfred Verdross, está o monismo ‘moderado’”. Este monismo moderado reconhece que “as normas de direito internacional devem ser o fundamento do direito interno, mas não devem contrariar a Constituição do Estado.” e, deste modo, “as normas de direito internacional deveriam respeitar a Constituição e o juiz deve aplicar as normas de direito interno e de direito internacional conforme o disposto na Constituição.”.

E, assim sendo, a posição do Brasil seria monista, porque admite o conflito entre normas de direito interno e estrangeiro, mas seria o monismo de forma moderada.

Seja como for, é certo que o ordenamento jurídico determina que a sentença arbitral estrangeira seja primeiro reconhecida para posteriormente ser executada no Brasil, sendo que o regramento para sua homologação se encontra esparso, desde disposições contidas na própria Constituição Federal, até em normas infraconstitucionais.

Tem-se, assim, os artigos 105, I, i, da Constituição Federal, artigos 960 e s/s do Código de Processo Civil, além de ser necessária a observação das disposições contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o que será objeto de análise específica no tópico seguinte.

Ainda, especificamente no que diz respeito às disposições atinentes à arbitragem, a Lei 9.307/96, mais precisamente em seu artigo 35, dispõe que para que a sentença arbitral estrangeira seja reconhecida ou executada no Brasil basta que esta seja sujeitada à homologação do Superior Tribunal de Justiça.

O artigo 38 do mesmo Diploma Legal, por outro lado, prevê as hipóteses em que a homologação poderá ser negada, sendo esses casos os seguintes:

*“I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha*

---

132 FINKELSTEIN, Cláudio. CARVALHO, Marina Amaral Egydio de. Homologação de sentença estrangeira e execução de carta rogatória no Brasil. *Revista dos Tribunais. Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 50/2005 | p. 255 - 289 | Jan - Mar / 2005. *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* | vol. 4 | p. 1031 - 1070 | Fev / 2012 | DTR\2005\903



*sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada."*

Também não se pode olvidar que o Brasil ratificou à Convenção de Nova Iorque<sup>133</sup> e deve respeitar igualmente os seus preceitos, no que diz respeito ao tema, a qual, no mesmo sentido da Lei de Arbitragem acima transcrita, em seu artigo V, também noticia hipóteses em que a sentença arbitral estrangeira poderá não ser reconhecida<sup>134</sup>.

Dentro desse contexto, verificando a redação do artigo 38 da Lei 9.307/96 (acima transcrito) e do artigo V da Convenção de Nova Iorque, é possível reconhecer que o

---

<sup>133</sup> Convenção que versa sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, promulgada pelo Brasil em 23 de julho de 2002, por meio do Decreto 4.311.

<sup>134</sup> Artigo V. 1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

Superior Tribunal de Justiça deverá analisar os elementos formais da sentença arbitral estrangeira, para que, então, possa internalizá-la no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, ao tratar das sentenças estrangeiras, o artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro veda sua eficácia quando ofenderem a Soberania Nacional, Ordem Pública e bons costumes. Contudo, referido dispositivo não faz referência expressa às sentenças arbitrais internacionais, de modo que não é claro sua aplicação para esses casos.

## **5. A HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA E A SOBERANIA NACIONAL, ORDEM PÚBLICA E BONS COSTUMES**

Para que se viabilize a entrada de uma sentença arbitral estrangeira, em que pese a regra geral seja a análise formal do *decisum*, para nós, a Corte Superior<sup>135</sup> <sup>136</sup> também não poderá se olvidar de elemento extremamente essencial, qual seja a observação da Soberania Nacional, Ordem Pública e bons costumes, o que se mostra sistematicamente lógico.

---

135 “Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, em 8 de dezembro de 2004, a competência para a homologação de sentenças estrangeiras e para o trâmite de cartas rogatórias foi deslocada do Supremo Tribunal Federal (STF) para o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Essa transferência de competências entre as duas mais relevantes cortes judiciais do país foi uma das diversas alterações realizadas no contexto da chamada reforma do Judiciário, corporificada no texto da emenda. Um dos principais objetivos para tal modificação era de diminuir o excesso — e o conseqüente acúmulo — de processos julgados pelo Supremo e torná-lo cada vez mais uma corte eminentemente constitucional.” (MARTINS, Pedro A. Batista. BARROS, Octávio Fragata M. de. O STJ e a Sentença Arbitral Estrangeira. Disponível em <http://batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/o-stj-e-a-sentenca-arbitral-estrangeira-2.pdf> )

136 Sobre o tema, é de se destacar que, por muito, se discutiu sobre a natureza da sentença arbitral (então “laudo arbitral”), o que acabava por gerar questionamentos sobre a necessidade de prévia homologação da decisão pelo órgão estatal estrangeiro, antes da homologação pelo Tribunal de Cúpula Pátrio. Nesse sentido: “Quanto às decisões proferidas em juízo arbitral, trata-se de questão expressamente regulada em vários ordenamentos, mas a cujo respeito o Código silenciou, apesar de versada no anteprojeto BUZAID, cujo art. 527, nº I, mandava aplicar o regime previsto para as sentenças alienígenas, “desde que a matéria do laudo possa constituir objeto de compromisso segundo o direito brasileiro”. Na antiga legislação, o Dec. nº 6.982, de 27.7.1878, dizia “exequíveis no Brasil”, mediante a aposição do “cumpra-se”, “as sentenças arbitrais homologadas pelos tribunais estrangeiros”. **A tese subjacente à cláusula derradeira teve eco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admitia a homologação de laudo arbitral estrangeiro, porém a subordinava à circunstância de ter ele sido homologado por tribunal do Estado de origem**” (destacamos) (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Volume V (Arts. 476 a 565). 1ª edição eletrônica. Revista e atualizada. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2002. P. 50)

E assim, é de se transcrever o comando expresso do artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

*"Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes."*

Ao tratar das sentenças de outro país, o dispositivo em comento não fala especificamente na sentença arbitral estrangeira. Contudo, isso não significa que a expressão "sentença" trate apenas daquelas provenientes do Poder Judiciário.

Até porque, apesar de o artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não mencionar expressamente as sentenças arbitrais ele não as excluiu e nem mesmo especifica que estaria tratando apenas das judiciais, o que acreditamos não ser o caso. Não bastasse isso, é importante que se reconheça que a Lei 9.307/96 equipara a figura do árbitro à do juiz (artigo 18)<sup>137</sup>, sendo a sua sentença arbitral título executivo judicial capaz de iniciar Cumprimento de Sentença perante o Poder Judiciário, quando findada a jurisdição arbitral.

Desta feita, verifica-se que a análise do Superior Tribunal de Justiça deverá ir um pouco além dos requisitos meramente formais, também analisando se a eficácia ou execução da sentença arbitral, como se encontra, não pode ir de encontro aos preceitos da República Federativa do Brasil.

A Soberania Nacional, Ordem Pública e bons costumes devem ser completamente observados para a homologação das sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, sob pena de se internalizar comando que não esteja inserido de forma que se considere todo o sistema jurídico brasileiro.

A propósito, a própria Convenção de Nova Iorque, no artigo V, item 2, estabelece que o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira poderá ser recusado caso contrarie a ordem pública:

*"O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: (...) b) o*

---

<sup>137</sup> A doutrina esclarece que "A natureza privada da relação entre as partes e o árbitro em nada afeta o poder jurisdicional deste (a dimensão pública originada de uma relação jurídica privada)." (ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem* – São Paulo. Almedina. 2018. P. 65)

*reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país."*

Nesse sentido, é importante rememorar que, por ser a arbitragem método de resolução de conflitos muito mais flexível em relação ao método judicial puro e simples, é comum que haja regras mais diversificadas ante a maior aplicação da autonomia da vontade das Partes, conforme já mencionado nos tópicos acima.

Ou seja, na medida em que as Partes podem livremente estipular regras que entendam conveniente, como, por exemplo, ao optarem por um procedimento arbitral julgado com base na equidade, é certo que pode haver conflitos culturais entre as decisões proferidas em uma ou em outra nação.

Não bastasse isso, a própria aplicação do direito alienígena pode causar algum conflito com as normas internas, devendo ser analisado dentro do que o ordenamento jurídico brasileiro entende por adequado. Nesse sentido, seria possível de imaginar a completa discrepância ao ordenamento jurídico brasileiro se se entendesse por bem a internalização de uma sentença – de qualquer natureza que fosse – advinda de países que admitem a pena de morte, contendo comandos desta natureza, por exemplo.

O conceito de Soberania Nacional é, por certo, amplo e não possui uma definição pacífica e bem definida entre os estudiosos e os aplicadores do direito. Seria possível de entender que a Soberania é um "poder supremo de decisão, acima do qual não incide qualquer outro poder."<sup>138</sup>.

Esta dificuldade também é reconhecida no que diz respeito à conceitualização de ordem pública e bons costumes. Enquanto, por um lado, pode-se dizer que a Ordem Pública "atua ao mesmo tempo, como um termômetro dos valores sociais e morais a serem protegidos em determinado momento histórico, ademais de servir como uma barreira para repelir forte violação a princípios fundamentais que mereçam ser preservados em

---

<sup>138</sup> Nesse sentido, buscando esclarecer o conceito, Walter Douglas Stuber assim explica: "A soberania pode ser definida como um poder supremo de decisão, acima do qual não incide qualquer outro poder. A soberania do Estado deve ser considerada sob seus dois aspectos: interno e externo. A soberania interna significa que a autoridade do Estado, representada pelas leis e ordens que o Estado edita para disciplinar o relacionamento de todas as pessoas físicas ou jurídicas que são residentes, domiciliadas ou sediadas em seu território, predomina sem limites dentro do território nacional. Ou seja, o Estado age summa potestas, o que vale dizer que o poder do Estado é o mais alto existente dentro de seu próprio território. A soberania externa significa que, nas relações recíprocas entre os Estados, não há relação de subordinação, nem de dependência, mas sim de igualdade. Conseqüentemente, a soberania, em seu aspecto interno, é o poder supremo do Estado dentro de seu próprio território e, em seu aspecto externo, é um poder independente e igual em relação aos demais Estados." (STUBER, Walter Douglas. Soberania e Direito Internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 18/1997. p. 223 – 225. Jan - Mar / 1997. DTR\1997\52)

determinado país”<sup>139</sup>, por outro lado, os bons costumes podem ser considerados “as regras de conduta limpa nas relações familiares e sociais, em harmonia com os elevados fins da vida humana e com a cultura moral de nossos dias”<sup>140</sup>.

A Ordem Pública também é vista como uma garantia de “estabilidade social, econômica e jurídica” e que viabiliza e que “garante a segurança jurídica servindo como balizador e orientador para que a internalização de atos normativos, contratuais e decisórios estrangeiros sejam compatíveis com nosso corpo normativo(...)”<sup>141</sup>.

Nada obstante a dificuldade de enquadramento do efetivo conceito de Soberania Nacional, Ordem Pública e bons costumes, o Superior Tribunal de Justiça deverá aplicá-los quando da análise sobre a aceitação do ingresso de uma sentença arbitral estrangeira na Nação, e isso é legalmente imposto.

Esta dificuldade de conceitos demonstra que cada caso é único e deverá ser analisado com extrema cautela.

A homologação de sentença arbitral estrangeira se mostra tarefa árdua que deve levar em conta o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, compatibilizando com o ordenamento jurídico interno alguns princípios que se mostram convergentes em todos os Estados e as novas fontes do direito<sup>142</sup>.

Como visto, alguns exemplos extremos de situações que não podem adentrar o ordenamento jurídico seriam a impossibilidade em se homologar uma decisão que determine a morte de alguém. Outras impossibilidades de comandos seriam o corte da

---

<sup>139</sup> FORNASAR, María Laura. A ordem pública na homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. *Revista de Processo*. vol. 311/2021. p. 355 – 374. Jan / 2021. DTR\2020\15185

<sup>140</sup> LIMA, J. Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, p. 107

<sup>141</sup> MAIA, Alberto Jonathas. A arbitragem como meio de proteção da ordem pública transnacional. *Revista dos Tribunais*. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 76/2023 | p. 155 - 183 | Jan - Mar / 2023 | DTR\2023\575.

<sup>142</sup> Nas palavras da doutrina, homologar e internalizar a sentença arbitral estrangeira: “Não se trata apenas de proceder ao reconhecimento para fins de internacionalização da sentença arbitral em solo executivo. Muito mais que isso, trata-se de harmonizar, ou melhor, compatibilizar alguns dos princípios máximos inerentes a todos os Estados, como a ordem pública, a soberania e as novas fontes do direito contemporâneo, como a soft law, a fim de que, ao mesmo tempo em que sejam cumpridas as disposições da sentença arbitral proveniente de outro sistema jurídico, essa observância não afronte aos princípios internos do Estado que fará com que seja cumprida, preservando o seu próprio sistema jurídico.” (FLENIK, Giordani. *A eficácia máxima da sentença arbitral: um estudo comparado dos direitos norte-americano, francês e brasileiro sobre homologação de sentenças estrangeiras*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 37.)



mão de um sujeito que tenha cometido algum crime ou, ainda, a condenação de uma mulher a chibatadas por trair seu cônjuge.

Dentre os casos em que o Superior Tribunal de Justiça negou a homologação de sentença arbitral estrangeira, pode-se destacar o conhecido caso “Abengoa” (SEC nº 9412/US).

Na oportunidade, o Colendo Superior Tribunal de Justiça verificou que o caso teria sido conduzido por Árbitro que teria recebido quantia da empresa parte no Procedimento Arbitral. Apesar de o árbitro ter sido reconhecido como idôneo para o julgamento do feito pela justiça americana, ao analisar o feito, o Tribunal de Cúpula não pôde deixar de observar que a decisão não estaria em consonância com a Ordem Pública brasileira.

Assim, por ter o árbitro o dever de revelação no ordenamento jurídico brasileiro, se trataria de arbitragem não idônea, cuja sentença foi prolatada em flagrante conflito de interesses<sup>143</sup>.

---

<sup>143</sup> E assim dispôs a ementa da decisão de não homologação: “HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS. APRECIÇÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE, SALVO SE CONFIGURADA OFENSA À ORDEM PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DO ÁRBITRO. PRESSUPOSTO DE VALIDADE DA DECISÃO. AÇÃO ANULATÓRIA PROPOSTA NO ESTADO AMERICANO ONDE INSTAURADO O TRIBUNAL ARBITRAL. VINCULAÇÃO DO STJ À DECISÃO DA JUSTIÇA AMERICANA. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO CREDOR/DEVEDOR ENTRE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA DO ÁRBITRO PRESIDENTE E O GRUPO ECONÔMICO INTEGRADO POR UMA DAS PARTES. HIPÓTESE OBJETIVA PASSÍVEL DE COMPROMETER A ISENÇÃO DO ÁRBITRO. RELAÇÃO DE NEGÓCIOS, SEJA ANTERIOR, FUTURA OU EM CURSO, DIRETA OU INDIRETA, ENTRE ÁRBITRO E UMA DAS PARTES. DEVER DE REVELAÇÃO. INOBSERVÂNCIA. QUEBRA DA CONFIANÇA FIDUCIAL. SUSPEIÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PREVISÃO DA APLICAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO. JULGAMENTO FORA DOS LIMITES DA CONVENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O procedimento de homologação de sentença estrangeira não autoriza o reexame do mérito da decisão homologanda, excepcionadas as hipóteses em que se configurar afronta à soberania nacional ou à ordem pública. Dado o caráter indeterminado de tais conceitos, para não subverter o papel homologatório do STJ, deve-se interpretá-los de modo a repelir apenas aqueles atos e efeitos jurídicos absolutamente incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro. 2. A prerrogativa da imparcialidade do julgador é uma das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, matéria que não preclui e é aplicável à arbitragem, mercê de sua natureza jurisdicional. A inobservância dessa prerrogativa ofende, diretamente, a ordem pública nacional, razão pela qual a decisão proferida pela Justiça alienígena, à luz de sua própria legislação, não obsta o exame da matéria pelo STJ. 3. Ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32, II, da Lei n. 9.307/1996). 4. Dada a natureza contratual da arbitragem, que põe em relevo a confiança fiducial entre as partes e a figura do árbitro, a violação por este do dever de revelação de quaisquer circunstâncias passíveis de, razoavelmente, gerar dúvida sobre sua imparcialidade e independência, obsta a homologação da sentença arbitral. 5. Estabelecida a observância do direito brasileiro quanto à indenização, extrapola os limites da convenção a sentença arbitral que a fixa com base na avaliação financeira do negócio, ao invés de considerar a extensão do dano. 6. Sentenças estrangeiras não homologadas.” (STJ. SEC nº 9412/US. Min Rel Felix Fischer. Corte Especial. J. 19.04.2017)



E veja que referido acórdão demonstra um detalhe de extrema relevância para o tema: o Superior Tribunal é responsável pela análise dos requisitos formais da sentença arbitral estrangeira, contudo, poderá, sim, analisar o mérito da decisão quando este possa ferir a Soberania Nacional, a Ordem Pública e os bons costumes e, com isso, negar a homologação de determinada sentença estrangeira.

Ou seja, reconheceu o Superior Tribunal de Justiça, ainda que indiretamente, a possibilidade de aplicação do artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro às sentenças arbitrais estrangeiras, tal como acreditamos ser possível.

Um ponto de destaque sobre o tema, no entanto, é que a necessidade de observância da Soberania Nacional, da Ordem Pública e dos bons costumes, não se confunde com a impossibilidade de homologação de sentença estrangeira quando houver decisão proferida em sentido diverso no Brasil.

A esse respeito, é de se destacar que é plenamente possível que haja a homologação nesses termos, desde que inexista coisa julgada da decisão brasileira.

E o Tribunal de cúpula se manifestou sobre a questão de forma expressa, quando do julgamento da HDE 3014/EX, ao reconhecer que “[o] fato de existir uma decisão liminar do Judiciário Brasileiro regulando de forma diversa da sentença estrangeira os alimentos e a guarda de menor não importa, só por si, em ofensa à soberania da jurisdição nacional, o que impediria o deferimento do exequatur à decisão estrangeira. Precedentes”<sup>144</sup>.

Se, por um lado, a mera existência de decisão (ainda não objeto de coisa julgada) em sentido contrário à sentença a que se pretende homologar não gera ofensa à Soberania Nacional, Ordem Pública e bons costumes, por outro lado, existem questões que não se pode tolerar que ingresse no ordenamento jurídico.

Esta análise deve se dar, de fato, caso a caso e não pode ser generalizada, notadamente pela arbitragem outorgar um escopo de maior liberdade para as partes, além do fato de ter o conceito de Soberania Nacional Ordem Pública e bons costumes uma amplitude bastante extensa.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se, assim, que a tendência é conhecer e executar as sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, contudo não se pode admitir que a Soberania Nacional, Ordem Pública e bons costumes sejam violados com a homologação da decisão sob análise.

---

<sup>144</sup> STJ. HDE 3014/EX. Min Rel. Og Fernandes. Corte Especial. J. 07.10.2020

Para que tenha sido alcançada esta conclusão, observou-se que a arbitragem é instituto que vem ganhando grande força no Brasil, tendo em vista a sua maior flexibilidade, celeridade e tecnicidade que é outorgada aos debates. Mas, mais do que isso, vem ganhando força em todo o globo, sendo certo que a utilização mundial deste método de resolução de conflitos acaba fazendo com que sentenças arbitrais estrangeiras venham a ser executadas no Brasil e vice-e-versa.

A homologação de sentenças arbitrais estrangeiras é de competência do Superior Tribunal de Justiça, o qual deverá analisar aspectos formais do *decisum* para a efetivação de sua homologação.

A Lei 9.307/96 dispõe expressamente sobre o tema, sendo que limita à não homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, situações expostas em seu artigo 38, além das disposições contidas na Convenção de Nova Iorque.

Em que pese as sentenças arbitrais estrangeiras devam ser como regra incorporadas ao ordenamento jurídico, o que é positivado pela Lei de Arbitragem, fato é que o Col. Superior Tribunal de Justiça não poderá deixar de verificar se aquela decisão não ofende a Soberania Nacional, a Ordem Pública e/ou os bons costumes, ou seja, aplicando o artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao homologar as sentenças arbitrais estrangeiras.

Mesmo sendo o dever da Col. Corte Superior homologar a sentença arbitral estrangeira, não se pode permitir que decisão em afronta ao ordenamento jurídico brasileiro, como um todo, seja internalizada e executada no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem* – São Paulo. Almedina.

ANDRADE, Érico. Novas fronteiras da arbitragem: superação da discussão em torno da natureza contratual ou jurisdicional. *Revista dos Tribunais. Revista de Processo* | vol. 305/2020 | p. 461 - 491 | Jul / 2020DTR\2020\7922.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96* – 3 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves [et al]. *Lei de Arbitragem comentada artigo por artigo*. São Paulo. JusPodivm, 2019.

FINKELSTEIN, Cláudio. CARVALHO, Marina Amaral Egydio de. Homologação de sentença estrangeira e execução de carta rogatória no Brasil. *Revista dos Tribunais. Revista de Direito*

Constitucional e Internacional | vol. 50/2005 | p. 255 - 289 | Jan - Mar / 2005. Doutrinas Essenciais de Direito Internacional | vol. 4 | p. 1031 - 1070 | Fev / 2012 | DTR\2005\903.

FLENIK, Giordani. *A eficácia máxima da sentença arbitral: um estudo comparado dos direitos norte-americano, francês e brasileiro sobre homologação de sentenças estrangeiras*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

FORNASAR, María Laura. A ordem pública na homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. *Revista de Processo*. vol. 311/2021. p. 355 – 374. Jan / 2021. DTR\2020\15185.

GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e jurisdição: premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira. *Revista dos Tribunais. Revista de Processo* | vol. 159/2008 | p. 9 - 34 | Maio / 2008 DTR\2008\310.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em Números e Valores*. Pesquisa 2020. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>.

LIMA, J. Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense.

MAIA, Alberto Jonathas. A arbitragem como meio de proteção da ordem pública transnacional. *Revista dos Tribunais. Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 76/2023 | p. 155 - 183 | Jan - Mar / 2023 | DTR\2023\575.

MARTINS, Pedro A. Batista. BARROS, Octávio Fragata M. de. O STJ e a Sentença Arbitral Estrangeira. Disponível em <http://batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/o-stj-e-a-sentenca-arbitral-estrangeira-2.pdf>.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Volume V (Arts. 476 a 565). 1ª edição eletrônica*. Revista e atualizada. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2002.

RECHSTEINER, Beat Walter. Sentença arbitral estrangeira – aspectos gerais de seu reconhecimento e execução. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 5/2005. p. 35 – 51. Abr - Jun / 2005. DTR\2005\230.

ROQUE, Andre Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no brasil: tendências e perspectivas. *Revista dos Tribunais. Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 33/2012 | p. 301 - 337 | Abr - Jun / 2012 DTR\2012\44754.

STUBER, Walter Douglas. Soberania e direito internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 18/1997. p. 223 – 225. Jan - Mar / 1997. DTR\1997\52.

## O DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO E SUA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

**WEVERTON MENEZES DA LUZ:** graduando em Direito pela Universidade de Gurupi- UNIRG<sup>145</sup>.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI<sup>146</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** A comunidade jurídica brasileira costuma se referir à posição jurídica ativa que permite ao devedor (ofensor) instar o correspondente credor (vítima) a reduzir seu próprio prejuízo como dever de mitigar os prejuízos. Esta expressão, produto de literal tradução do *duty to mitigate the loss*, tropeça nos desafios inerentes à sua fundamentação e aplicação no direito brasileiro. Desse modo, no presente trabalho, buscou responder ao seguinte questionamento: existe a possibilidade de aplicação da teoria do dever de mitigar o próprio prejuízo? Para responder essa questão e outras que advêm desta, este estudo analisou primeiramente a sua razão de existir na ordem jurídica brasileira. Da miríade de respostas diferentes advindas da literatura especializada – a qual aponta para abuso de direito, boa-fé e exercício disfuncional de posição jurídica –, busca-se extrair diretriz uniforme, que permita melhor delimitar as peculiaridades da figura jurídica analisada. Na metodologia, tratou-se de uma revisão da literatura baseada em livros, artigos científicos e legislação ligada ao tema proposto. Nos resultados, conclui-se que a posição jurídica subjetiva do credor ou da vítima em mitigar evitáveis prejuízos afigura-se, à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo, como incumbência e finca raízes na boa-fé objetiva.

**Palavras-chave:** Dever de mitigar. Prejuízo. Boa-fé. Direito Brasileiro.

### THE DUTY OF MITIGATING THE PROPER DAMAGE AND ITS POSSIBILITY OF APPLICATION IN BRAZILIAN LAW.

**ABSTRACT:** The Brazilian legal community usually refers to the active legal position that allows the debtor (offender) to urge the corresponding creditor (victim) to reduce his own damage as a duty to mitigate the damage. This expression, the product of a literal translation of the duty to mitigate the loss, encounters the challenges inherent to its foundation and application in Brazilian law. Thus, in the present work, it sought to answer the following question: is there a possibility of applying the theory of the duty to mitigate one's own damage? To answer this question and others that arise from it, this study first analyzed its reason for existing in the Brazilian legal system. From the myriad of different

145 e-mail: wevertonmenezes1999@gmail.com

146 Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins- UFT, e-mail: veronicaprado@unirg.edu.br

answers from the specialized literature - which points to abuse of rights, good faith and the dysfunctional exercise of legal position -, we seek to extract a uniform guideline, which allows better delimiting the peculiarities of the analyzed legal figure. In terms of methodology, it was a review of the literature based on books, scientific articles and legislation related to the proposed theme. In the results, it is concluded that the subjective legal position of the creditor or the victim in mitigating avoidable damages appears, in the light of contemporary Brazilian Civil Law, as an incumbent and is rooted in objective good faith.

**Keywords:** Duty to mitigate. Loss. Good faith. Brazilian Law.

## INTRODUÇÃO

O dever de reparar os danos causados a outrem é matéria pautada desde a época da Lei de Talião em que se reparava o mal com o mal, vigorando a regra do “olho por olho” e “dente por dente”, ou seja, predominava a vingança privada (SILVA, 2014).

Conforme a sociedade evoluía, essas regras foram se modificando, a fim de que fosse estabelecido um equilíbrio social, reparando-se os danos e prejuízos das vítimas através das regras e princípios da responsabilidade civil. No decorrer dessa evolução, nascia o seguinte questionamento: até que ponto o credor ou a vítima devem ser ressarcidos pelos prejuízos sofridos? E daí nasciam outros questionamentos: é cabível indenizar o credor ou a vítima pelos prejuízos que eles poderiam ter evitado? A teoria do *duty to mitigate the loss*, que será brevemente estudada neste trabalho, trata exatamente desse segundo questionamento.

À vista desta ordem de ideias, propõe-se, neste estudo, um breve escrutínio da mitigação de prejuízos, com o objetivo de lançar luzes sobre seu enquadramento conceitual e sua razão de existir, nas esquadrias do modelo brasileiro de reparação civil contemporâneo.

Para cumprir esse objetivo, será realizada uma breve consideração sobre o processo histórico e conceitual da presente teoria, bem como a sua aplicação ou não no direito brasileiro, concluindo-se com uma análise sobre a possibilidade de aplicação da referida teoria na jurisprudência local.

O presente trabalho classifica-se como um artigo de revisão de literatura onde, “esse tipo de artigo caracteriza-se por avaliações críticas de materiais que já foram publicados, considerando o progresso das pesquisas na temática abordada” (KOLLER et al, 2014, p. 40), pois realizou avaliações críticas sobre o dever de mitigar o próprio prejuízo no ordenamento jurídico brasileiro.

Esta pesquisa recebeu enfoque qualitativo, que é aquele estudo que “utiliza a coleta de dados sem medição numérica para descobrir ou aprimorar perguntas de pesquisas no processo de interpretação” (SAMPIERE et al, 2014, p. 33).

Neste estudo utilizou amostras teóricas ou conceituais, que são aquelas voltadas essencialmente para a pesquisa qualitativa.

A busca foi realizada por meio de sites de busca tais como Scielo e Google Acadêmico, além de livros jurídicos e de artigos científicos já publicados, tendo como critérios de inclusão trabalhos publicados entre os anos de 2016 e 2021, nos idiomas inglês e português. Os descritores utilizados foram: Dever de Mitigar o próprio prejuízo, Direito Brasileiro, Relação Contratual. O período de coleta de material foi no mês de agosto de 2022.

## **1.0 “DEVER” DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO: NOÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS**

Antes de se adentrar na discussão central desse trabalho é necessário tecer algumas linhas gerais sobre o nascedouro desse instituto, bem como o seu conceito. Assim, será apresentado nesse tópico o processo histórico e conceitual do “dever” de mitigar o próprio prejuízo.

A origem desse instituto reside no Direito Contratual, ou seja, é nas relações onde se firmam um contrato que originou a teoria em estudo. A prática de atos ilícitos, como por exemplo, a violação de um contrato legalmente celebrado, são condicionantes do surgimento da responsabilidade civil contratual e extracontratual, uma vez que não há dúvidas de que se deve reparar a vítima ou credor pelos prejuízos sofridos pelo inadimplemento ou da prática de um ilícito causador de dano (SILVA, 2014).

Com base no descrito acima, fez surgir a teoria do *'duty to mitigate the loss'* também conhecida como *doutrina dos danos evitáveis* que pode ser traduzida como o dever de mitigar as próprias perdas. Para essa teoria, “é o credor quem possui o dever de mitigar suas perdas ou seu próprio prejuízo mediante esforço razoável” (SILVA, 2014, p. 85).

Os primeiros movimentos de formalização dessa teoria se deram no direito anglo-saxônico, de onde passou para os ordenamentos jurídicos continentais. Sua nomenclatura é do vocábulo *mitigate* de raiz francesa, provinda do verbo mitigar. Sua legalização veio a partir do art. 77 da Convenção de Viena em 1980 pelo qual estabeleceu que a parte que invoca a quebra de contrato deve tomar as medidas cabíveis, caso contrário, se ela faltar em tomar essas medidas “a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em



proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída” (Art. 77 apud REZENDE, 2013, p.01).

Têm-se como exemplos, uma instituição financeira de crédito que decide não notificar o devedor inadimplente para conseguir um lucro maior sobre os juros ou ainda um locador que se aproveita de uma cláusula penal que lhe favoreça, retarda o ajuizamento da Ação de Despejo contra o locatário inadimplente auferindo enriquecimento sem causa.

Verifica-se com os exemplos acima citados que a aplicabilidade da teoria em análise se encontra primeiramente na seara contratual. A ideia central do *duty to mitigate the loss* é “evitar que o credor se utilize de sua própria inércia para aferir vantagens exorbitantes sobre o devedor” (FILHO, 2020).

Desse modo, conceitualmente, o dever de mitigar o próprio prejuízo consiste na “obrigação do credor de buscar evitar o agravamento do devedor. O credor de uma obrigação precisa colaborar com o devedor quando na tomada de medidas cabíveis para buscar que o dano sofrido restrinja as menores proporções possíveis” (JADVISKY, 2016, p. 05).

Na visão de Lima (2021) o devedor não pode ser instado a suportar prejuízos causados pela inércia do credor. Por conta disso, o credor deve ser penalizado.

Corroborando com o supracitado autor, Franco (2017) entende que o objetivo dessa teoria é fazer com que o credor de uma obrigação colabore com o devedor, sendo lhe imposto que tome todas as medidas possíveis e cabíveis para evitar a ocorrência do dano ou para minimizar os seus efeitos.

Muito se entende que a possibilidade que o credor tem de evitar que o dano venha a ocorrer constitui uma limitação à reparação das perdas e danos. Nesse sentido cabe destacar as palavras de Christian Sahb Batista Lopes:

A terceira limitação à reparação das perdas e danos consiste no chamado dever mitigar (*duty to mitigate*) ou doutrina dos danos evitáveis. De acordo com essa norma, o credor, prejudicado por um inadimplemento, não será indenizado pelas perdas e danos que evitou ou poderia ter evitado com esforços razoáveis e apropriados às circunstâncias (LOPES, 2011, p. 30).

Com o exposto acima, interessante mencionar que, quase toda a doutrina inglesa e norte-americana defende a ideia de que não há uma obrigação de mitigar, mas uma limitação, uma vez que “se houvesse, a mitigação poderia ser exigida pela parte

inadimplente e a parte prejudicada estaria sujeita a indenizar se não adotasse as medidas necessárias para a mitigação” (LOPES, 2011, p. 33).

Com as definições expostas até aqui, fica evidente constatar que a teoria apresentada busca afastar o desperdício de recursos econômicos ao indenizar o credor por danos que este poderia ter evitado sem grandes esforços, possuindo, para tanto, dois estímulos: de um lado nega ao credor o direito de ser indenizado por ser quedar inerte; e por outro concede o direito à reparação pelos esforços empregados na tentativa de diminuição das perdas (LOPES, 2011).

A teoria do *duty to mitigate the loss*, segundo o autor Tepedino (2012, p. 55) “é um importante figura desenvolvida no direito norte-americano, e que, especialmente nos últimos tempos tem despertado a atenção da doutrina jurídica brasileira”. A respeito da entrada da presente teoria em território pátrio, apresenta-se no tópico a seguir.

### **1.1 O “DEVER” DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO NO DIREITO BRASILEIRO: POSSIBILIDADE?**

Um dos principais questionamentos desse estudo é: há forte divergência doutrinária quanto à recepção do instituto em tela ao ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, qual o fundamento da recepção do *duty to mitigate the loss* no sistema jurídico nacional? A resposta para essa questão será analisada a seguir nesse tópico. Muitos são os fundamentos encontrados em outros países (como Estados Unidos, Alemanha, França, etc.) para a aplicação da teoria do *duty to mitigate the loss*. Os mais usados são o de imprevisibilidade dos danos, ausência de causalidade, dano indireto, *venire contra factum proprium*, a culpa concorrente, a violação ao dever de boa-fé, dentre outros (LIMA, 2021).

Destarte a esses fundamentos para a aplicação da teoria em estudo, no Direito Brasileiro nas últimas décadas surgiu uma forte corrente doutrinária que defendia a aplicação dessa teoria nos casos concretos ocorridos no Brasil, especialmente na área contratual e de consumo.

Dias (2012, p. 41) explica que:

O Direito civil brasileiro vive fenômeno de teorização e aplicação judicial do *duty to mitigate the loss*. Este fenômeno originou-se de proposta doutrinária para solucionar o problema de imputação de danos nas situações em que o credor, em face do inadimplemento do contrato, não adota medidas razoáveis para evitar ou minimizar o próprio prejuízo. Posteriormente ampliou-se para abarcar

situações de responsabilidade civil aquiliana e de exercício tardio de direito que implica em ônus excessivo para o devedor.

No Brasil, entretanto, essa teoria de fato fora discutida pela primeira vez no ano de 2004 por meio da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera que realizou proposta na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Nesse evento a citada doutrinadora solicitou que fosse confeccionado um enunciado prevendo a mitigação dos prejuízos na responsabilidade contratual por esse violar o princípio da boa-fé objetiva. Teve como base o art. 422 do Código Civil atual (FIUZA, 2019).

Sendo a proposta aprovada, fora criado o Enunciado nº 169 do CJ/STJ que inspirado no art. 77 da Convenção de Viena de 1980 dispõe que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Em relação à aprovação da proposta criada por Vera Maria J. Fradera, Tartuce (2015, p. 515) afirma que tal proposta “representa muito bem a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais e que decorre do princípio da boa-fé objetiva e daquilo que consta no art. 422 do Código Civil”.

A própria autora sugere que a incumbência de mitigar seria decorrente da boa-fé objetiva:

No sistema do Código Civil de 2002, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa do contrato. (...) Outro aspecto a ser destacado é o da positivação do princípio da boa-fé objetiva, no novo diploma civil, abrindo, então, inúmeras possibilidades ao alargamento das obrigações e/ou incumbências das partes, no caso, as do credor (FRADERA, 2004, p. 119).

Conforme se verifica, a teoria em estudo tem como principal base de fundamentação a boa-fé objetiva, que é parte importante dos contratos encontrados no Código Civil. A boa-fé é condição essencial para a formalização de um contrato, pois pressupõe que as partes estão agindo em conformidade com o estabelecido e que possuem “boas intenções” no seu cumprimento.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já fixou posição de que a boa-fé objetiva “se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social

pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta e leal” 147.

Desse modo, nota-se que a boa-fé é o alicerce da utilização da teoria da mitigação do próprio prejuízo no direito Brasileiro. Scheleder e Noschang (2018, p. 10) aduz que “a boa-fé pode ser entendida como efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois circunscreve os limites éticos das relações patrimoniais entre os contratantes”.

Nesse mesmo caminho Pezzi (2016, p. 05) entende que a boa-fé, como cláusula geral, “serve de ponte entre o sistema jurídico e a realidade social, e constitui uma ferramenta destinada a permear as relações jurídicas, regulando os excessos e os abusos de direito, a fim de equilibrar os interesses e promover a justiça”.

Discorrendo sobre o que representa a boa-fé, Fiuza (2019) explica que esse instituto deve ser tratado como padrão de comportamento ou como técnica que permite adaptar uma regra de direito ao comportamento médio em uso em uma dada sociedade. Num âmbito mais específico, o renomado autor reafirma que como cláusula gera que integra os pactos, serve como norma de interpretação e elemento limitados dos direitos subjetivos, com o objetivo de estabelecer os deveres de comportamento que as partes devem obedecer nas relações jurídicas.

Dessa forma, apoiado no exposto acima, entende-se que a aplicação da teoria do dever de mitigar o próprio prejuízo recai, sobretudo, no instituto da boa-fé, pois sem ele não haveria o que discutir sobre prejuízos causados pela inércia do credor.

Entretanto, por mais que seja majoritário o entendimento de que a teoria em estudo esteja ligada ao instituto da boa fé, é preciso frisar que não se confunde e nem se esgota nela. Na doutrina jurídica brasileira existem outros fundamentos para a utilização dessa teoria no sistema jurídico.

Dito isto, cita-se o *venire contra factum proprium*. Nesse caso, com base nessa corrente, entende-se a existência entre a ausência do credor em buscar sanar seu direito e a pretensão posterior a indenização referentes aos prejuízos advindos, que no presente caso, poderiam ser evitados. Com isso, nota-se um excesso ao direito de protelar uma indenização (PFLEGER, 2017).

---

147 REsp 981750/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, Dje 23/04/2010. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=961599&sReg=200702038714&sData=20100423&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=961599&sReg=200702038714&sData=20100423&formato=PDF)>. Acesso em: 25 ago. 2022.

Ainda sobre essa teoria, Tartuce (2015) menciona que nas cortes francesas o *venire contra factum proprium* é usado como fundamento para penalizar o credor que se encontra ausente.

Apesar disso, existem posicionamentos doutrinários divergentes sobre a presente teoria. Como exemplo, encontra-se o pensamento de Dias (2012) ao qual entende que a ação ausente da vítima em não mitigar o seu prejuízo não é por si só apta para fazer gerar no ofensor a confiança de que não se terá um pedido de indenizatório integral pelos prejuízos ocorridos.

Nesse sentido, Franco (2017) também argumenta não haver contradição no ato de requerer indenização por danos que poderia o credor ter evitado e na negligência, ao deixar que prejuízos ocorram a partir do inadimplemento, ou seja, a primeira conduta não inspira confiança de que o titular continuará a agir desta forma, não se adequando aos elementos essenciais do *venire contra factum proprium*.

Outra fundamentação jurídica para a aplicação da mitigação é a do abuso de direito. Porém, a doutrina jurídica majoritária é contrária à aplicação do dever de mitigar em razão do abuso de direito.

Para explicar essa teoria, cabe destacar a seguinte definição:

O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo, e, ao utilizá-lo desconsideradamente causa dano à outrem. Aquele que exorbita no exercício de seu direito, causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas embora os obedeça, desvia-se dos fins sociais a que se destina, do espírito que a norteia (LIMA, 2021, p. 04).

Em uma posição mais favorável, Lopes (2011) afirma ser possível a fundamentação da mitigação dos danos apenas na concepção objetiva de abuso de direito, prevista no art. 187 do Código Civil. Em suas palavras o autor expressa que, o “fundamento da mitigação não pode ser encontrado na concepção subjetiva do abuso de direito, salvo em situações excepcionais” (LOPES, 2011, p. 44). E conclui afirmando que “a teoria do abuso de direito deve ser tida como um fundamento apenas como ratificação no fundamento da boa-fé, pois apenas quando a teoria do abuso de direito se assenta nesta noção é que terá contato com a evitabilidade” (LOPES, 2011, p. 44).

De todo modo, diante das fundamentações expostas, firma-se novamente o entendimento de que a mitigação do próprio prejuízo em solo brasileiro é baseada no princípio da boa-fé objetiva, sendo esse o entendimento da doutrina majoritária.

Outro ponto a se destacar ao se falar sobre esse tema é a respeito do momento em que é admitido falar em mitigação do próprio dano. É importante discorrer sobre essa questão, pois frequentemente há doutrinadores que sustentam que há equívocos dos juristas em compreender esse cenário. Em outras palavras, há uma presunção em não reconhecer a mitigação dos danos.

Pfleger (2017) acentua que apenas pode-se analisar a mitigação do próprio prejuízo quando já existe o nexo de causalidade. Para esse autor, uma vez efetivada a motivação do dano, passa-se a averiguar se era possível a vítima pleitear ações mitigadoras.

Como já demonstrado nesse estudo, para que se possa cogitar a aplicação do instituto, é necessária que haja o descumprimento da obrigação principal de um contrato; que esse descumprimento cause um dano que possa ser imputável à parte inadimplente; e que haja possibilidade de o credor lesado tomar providências razoáveis para conter o aumento do dano, agindo com diligência. A principal dificuldade, como ressalta Franco (2017, p. 32), consiste em “identificar critérios que permitam aferir se o credor se desincumbiu daquilo que dele se podia legitimamente esperar”.

Para melhor entendimento, cita-se o seguinte exemplo:

A ilustrar a aplicação do *duty to mitigate the loss*, mencione-se o caso de um contrato de locação de imóvel urbano em que houve inadimplemento. Ora, nesse negócio, há um dever por parte do locador de ingressar, tão logo lhe seja possível, com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assuma valores excessivos. O mesmo argumento vale para os contratos bancários e financeiros em que há descumprimento. Sendo assim, não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos. Se assim agir, como consequência da violação da boa-fé, os juros devem ser reduzidos (TARTUCE, 2021, p. 120).

Assim, outra questão a ser analisada, diz respeito na busca por saber a quem incumbe o ônus de provar a mitigação dos danos. Neste caso, observam-se posicionamentos diversos, mas que não se excluem, em princípio.



Um entendimento é no sentido de que, muito embora quem deva adotar as medidas mitigadoras possíveis seja o credor, o ônus de provar o descumprimento do encargo de mitigar deve recair sobre o devedor, refletindo-se que “não seria razoável se exigir que o credor, ao formular sua demanda, tivesse de demonstrar que todas as medidas imagináveis para mitigar seu dano seriam irrazoáveis” (ARAÚJO, 2013, p. 29-30).

Outra visão é de que o credor afetado tomará a iniciativa de propor ação judicial para cobrar a indenização e deverá demonstrar os danos que sofreu e o nexo causal, bem como, “se realizou medidas para minimização dos danos, deverá relacionar, dentre os prejuízos sofridos, aquelas despesas que incorreu com a mitigação, de modo que o ônus dessa prova cabe ao credor” (LOPES, 2011, p.52-53).

Refletindo sobre o ponto, tem-se que ambos, devedor e credor, possuem o ônus da prova da mitigação em perspectivas diferentes. Por certo que se “o credor providenciou medidas mitigadoras terá o maior interesse em provar as despesas como prejuízos para obter a indenização, demonstrando a razoabilidade das medidas tomadas” (ARAÚJO, 2013, p. 30). Da mesma forma, o devedor terá “interesse em comprovar que determinados prejuízos do credor poderiam ter sido evitados por ele, se pretender reduzir a indenização, ou seja, será do devedor o ônus de provar que o credor não empregou esforços razoáveis para reduzir os danos” (LOPES, 2011, p. 53).

Além do mais, observa-se o entendimento acerca da possibilidade de reconhecimento *ex officio* pelo julgador da situação em que houve ou não mitigação dos danos, “se presentes elementos objetivos que possam levar o juiz a concluir pela existência de medidas razoáveis de mitigação disponíveis ao credor.” (ARAÚJO, 2013, p. 31)

Passados esses pontos gerais sobre a teoria em estudo, é preciso abrir espaço para a voz da doutrina contrária à sua aplicação no Direito brasileiro. Sem alongar nesse ponto, apresenta-se abaixo o entendimento do doutrinador Daniel Pires Novais Dias (2011) que questiona negativamente vários pontos referentes às ideias propagadas por Vera Fradera.

Assim, tem-se:

[...] Primeiramente, porque não há lacuna no Código Civil para regular as situações em que o credor inadimplido, ou mesmo a vítima de dano extracontratual, não adota medidas para evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo. Em seguida, em relação ao surgimento do instituto, pois sobre a origem inglesa do “dever” do credor evitar o agravamento do próprio prejuízo, é possível contrapor que o Código Civil alemão, que data de 1896, já

previa a redução da indenização da parte lesada por negligência desta em afastar ou minorar o próprio dano (§ 254), ao passo que o *duty to mitigate the loss* foi formulado pela primeira vez em uma decisão judicial datada de 1912. Em terceiro, o *duty to mitigate the loss* não corresponde a um dever (do credor de mitigar a própria perda). Aduz que a expressão em inglês é equívoca porque induz à compreensão de que se trata de um dever sem que o seja, e a doutrina chama atenção para isso. No sistema da *common law*, o *duty* corresponde a uma norma que, conjuntamente com outras, determinam o valor da indenização da vítima de um dano contratual ou extracontratual. Por fim, desponta nas repercussões práticas um duplo equívoco, uma vez que o julgador, pensando que está aplicando um instituto estrangeiro, decide de maneira distinta ao que prevê a legislação brasileira; e que, por outro lado, a decisão, contrariamente ao que pensa o julgador, é também distinta à forma com que se dá a aplicação do instituto no direito estrangeiro. Ora, não é possível falar em efetiva recepção no direito civil brasileiro do *duty to mitigate the loss*, figura do sistema jurídico da *common Law*. Mais adequado é defender da desnecessidade da regulação estrangeira, já que os arts. 402, 403 e 945 do CC/2002 compõem a base legal para regular estas situações. Da análise desenvolvida dos referidos artigos, conclui que as situações em que o credor inadimplido, ou a vítima de dano extracontratual, permanece inerte em face da produção ou agravamento do próprio dano, encontram regulação no Código. Assim, defende-se que o encargo de evitar o próprio dano deve ser reconhecido no direito civil brasileiro, porque ele é a figura dogmática mais adequada para suprir a lacuna apontada acima acerca da ausência de prescrição jurídica titularizada pela vítima em evitar a produção ou agravamento de danos a si. Como consequência, havendo o descumprimento deste encargo, a vítima perderá, total ou parcialmente, o direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado ou ao menos minimizado (DIAS, 2011 apud HELENE; HOFFMANN, 2016, p. 11).

De todo modo, como já citado anteriormente, é na boa-fé objetiva que se baseia a aplicação do dever de mitigar o próprio prejuízo, uma vez que se considera o comportamento do titular como algo reprovável ao sentimento jurídico prevalente na coletividade.

Ademais, deve-se também citar o posicionamento jurisprudencial em relação ao tema por ora analisado. Sobre essa questão, encontra-se o tópico seguinte que mostrará a posição da jurisprudência frente à aplicação dessa teoria.

## 2.O “DEVER” DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO: POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Uma vez estabelecida que exista a possibilidade de aplicação da teoria de dever de mitigar o próprio prejuízo no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário demonstrar a sua aplicação prática. Nesse sentido, esse tópico irá mostrar o posicionamento jurisprudencial no que tange a aplicação da presente teoria.

A *priori*, o julgado inicial que tratou desse tema no Brasil se refere ao Recurso Especial n. 758518/PR, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 1994. No caso concreto, o promitente-comprador não sanou o pagamento das parcelas do contrato de compra e venda. Além disso, abandonou o imóvel em 2001. O credor, por sua vez, somente efetivou sua defesa no ano posterior, ao qual ajuizou Ação de Reintegração de Posse, juntamente com pedido de indenização.

Com base nesse caso, o Relator do processo, o Ministro Vasco Della Giustina entendeu que os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano, haja vista que no caso presente houve um agravamento do prejuízo em decorrência da inércia do credor.

Ainda no que diz respeito a alegada aplicabilidade dessa teoria, cabe dizer que não pode ser confundido com prescrição, pois para sua caracterização não basta somente o decurso do tempo, mas também conduta contrária a boa-fé e circunstâncias que indiquem que o credor não pretende exercer seu direito. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. PRESTAÇÃO DESERVIÇOS DE ENSINO. DÉBITO EXIGÍVEL. SUPRESSIO. INOCORRÊNCIA. **VIOLAÇÃO AO DEVER DE MITIGAR A PERDA NÃO DEMONSTRADA.** AUSÊNCIA DE CONDUITA CONTRÁRIA À BOA-FÉ OBJETIVA. 1. Inaplicável ao caso o instituto da supressio. Isto porque, não basta simplesmente o decurso de longo prazo de tempo a fim de que este se caracterize. **Exige-se, além disso, a ocorrência de conduta contrária à boa-fé e de circunstâncias objetivas aptas a indicarem que a parte não mais pretende exercer seu direito**, o que não ocorreu no caso em tela. 2. O simples fato de a autora ter deixado transcorrerem 4 anos para

ajuizar a ação permitindo a elevação do débito pela incidência de juros - não demonstra, por si só, que agiu contrariamente à boa-fé objetiva e violou o *duty to mitigate the loss* (dever de mitigar a perda). 3. Recurso improvido. (TSJP, 35ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0050877- 58.2011.8.26.0001, Rel. Des. Artur Marques, j. 11/04/2016).

Ainda em território nacional existem outros julgados que se basearam na teoria em estudo para fundamentar as decisões. Tem-se como exemplo, o presente julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PLANO DE SAÚDE. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ACOLHIDA. INADIMPLEMENTO. CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA. **INCIDÊNCIA. ENVIO DE NOTIFICAÇÃO APÓS O LAPSO DE TRÊS ANOS. ABUSO DE DIREITO. VIOLAÇÃO DO DEVER DE MITIGAR AS PRÓPRIAS PERDAS.** 1. Prescreve em cinco anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas, com valor e vencimentos determinados, constantes de instrumento particular (CC 206 § 5º I), relativas às mensalidades inadimplidas do plano de assistência à saúde da ASSEFAZ. Precedentes do TJDF. 2. O regulamento do plano de saúde da Fundação Assistencial dos Servidores do Ministério da Fazenda é claro ao dispor que o inadimplemento após o transcurso de 60 (sessenta) dias acarretará o cancelamento do contrato, tratando-se de cláusula resolutiva expressa (CC 474). 3. Não se pode condicionar a eficácia da cláusula resolutiva ao envio de prévia notificação pelo plano de saúde que, por força do art. 53, § 5º, do Regulamento, deveria interpelar a devedora até o 50º quinquagésimo dia de inadimplência. 3.1. No caso dos autos, a notificação da parte ré somente ocorreu após o transcurso de três anos a contar da primeira mensalidade em atraso, o que não se mostra razoável. 4. O envio da notificação da ASSEFAZ três anos após a interrupção do pagamento das mensalidades **pela parte ré denota violação ao dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*)**. 5. Acolheu-se a prejudicial de mérito da prescrição. Deu-se provimento ao apelo da ré. Julgou-se prejudicado o apelo da autora. (07063081720208070009 - (0706308-17.2020.8.07.0009 - Res. 65 CNJ). TJDF. 4ª Turma Cível. Relator: Sérgio Rocha. Data de Julgamento: 23/06/2022. Publicado no DJE: 07/07/2022.

No julgado acima, estabelecido que o dever de mitigar as próprias perdas (*duty to mitigate the loss*) diz respeito à obrigação do credor de ingressar com a medida cabível tão logo tome ciência da mora do devedor, a fim de satisfazer o seu crédito e não aumentar o valor da dívida, o magistrado entendeu que neste caso concreto, se mostra como causa suficiente, para a aplicação da referida teoria, a conduta do credor que aguarda, por oito anos, para efetuar a cobrança de dívida referente a empréstimo consignado, em cujo montante incidu juros compostos durante todo o período.

Frente aos julgados acima citados, verifica-se que a teoria do dever de mitigar o próprio prejuízo já se encontra aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que não haja uma legislação específica sobre a sua aplicabilidade e reconhecimento legal, a doutrina jurídica e a jurisprudência já se posicionaram a favor da sua aplicação.

Com isso, em resposta aos questionamentos feitos na introdução desse trabalho, firma-se o entendimento de que existe sim a possibilidade de aplicabilidade da teoria do dever de mitigar o próprio prejuízo no regimento jurídico brasileiro, sem causar danos a outrem ou a qualquer direito ou princípio constitucional.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O estudo em questão buscou abordar sobre o instituto do Dever de mitigar o próprio prejuízo. A priori, não tem como discorrer sobre tal Teoria sem antes entender o que seja a boa fé jurídica. Conforme aludido no decorrer desse trabalho, ficou claro compreender que os institutos da boa-fé, da segurança jurídica e da confiabilidade na lei e nas relações dizem respeito a uma espécie de Código Moral, sustentado pelo Direito, que deve reinar entre os polos de uma relação jurídica propriamente dita.

Dizem respeito à confiança que se estabelece entre as partes, para que os negócios jurídicos possam se sustentar fielmente; falam de um pacto de boa-fé, no qual os participantes possam esperar reciprocidade de lealdade, honradez e justiça; traduzem a confiabilidade num sistema jurídico que garanta direitos e obrigações; enfim, versam sobre premissas éticas ligadas às normas jurídicas.

Soma-se a esse entendimento, que a boa-fé objetiva é informada pelos deveres de lealdade, transparência e colaboração, sendo princípio basilar do direito consumerista, cabendo ao prestador de serviço agir com base em valores éticos e morais da sociedade.

Aliado à boa fé encontra-se a teoria por ora analisada. Assim o dever de mitigar os próprios prejuízos, tem como preceito fundamental a atuação rápida e tempestiva daquele que está na iminência de sofrer prejuízos, a fim de que possa impedir ou mitigar o dano potencial.

No caso, é possível verificar a aplicação do dever de mitigar a própria perda, ou, *duty to mitigate the loss*, uma vez que ele é concebido no ordenamento jurídico pátrio como uma figura parcelar da boa-fé objetiva que atribui ao credor, na relação obrigacional, o ônus de adotar medidas razoáveis para minimizar os danos que o inadimplemento do devedor vier a impor.

Ademais, pela aplicação da teoria, o responsável pelo dano não responde por outros danos que o outro contratante poderia ter evitado, caso este tivesse adotado medidas razoáveis para evita-lo, ou seja, o comprador tinha o dever de minorar seus prejuízos, tomando medidas concretas para o conserto dos defeitos pleiteados.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Lucas Mayall M. de. **Mitigação dos danos pelo credor: aplicação com base no direito brasileiro e na Convenção de Viena de compra e venda internacional de mercadorias – CISG**. Rio de Janeiro, 2013, 86 f. Monografia (Graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22528/22528.PDF>>. Acesso em: 16 ago. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Daniel Pires Novais. **O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano**. Revista de Direito Privado, n. 45, ano 12, jan./mar. 2012.

FILHO, Marcos Leonardo Rocha. **Análise funcional aplicada do dever de mitigar os danos, no campo da responsabilidade civil extracontratual, na perspectiva tridimensional do direito: por uma metodologia extensível**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020.

FIUZA, César. **Direito Civil - Curso Completo**. 19. ed. Belo Horizonte: Editora D`Plácido, 2019.

FRADERA, Véra Jacob de. **Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?** Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, Padma, v. 19, jul./set. 2004.

FRANCO, B. **Dever do credor de mitigar as perdas**. 1ª.ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017.

HELENE, Paulo Henrique; HOFFMANN, Eduardo. **Duty to mitigate the loss: O dever de mitigar sua própria perda**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016.



JADVISKY, Sarah Ellen Gonçalves. **Aplicação da teoria do *duty to mitigate the loss*- o dever do credor de mitigar seus próprios prejuízos.** 2016. Disponível em: <<https://monografias.brasescola.uol.com.br/direito/aplicacao-teoria-duty-to-mitigate-the-loss---dever-credor-mitigar.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2022.

LIMA, Lysllem Hellem de Oliveira Pessoa. **O *duty to mitigate the loss* e a trajetória de sua aplicação no direito processual civil brasileiro.** Portal De Trabalhos Acadêmicos, 7(3). 2021.

LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual.** 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <[http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS8MQG8H/tesechristiansblopesamitigaodosprejuizosnodireito\\_contratual.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS8MQG8H/tesechristiansblopesamitigaodosprejuizosnodireito_contratual.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 17 ago. 2022.

PEZZI, Lucas Brustolin. **O dever imposto ao credor de mitigar as próprias perdas como decorrência lógica do princípio da boa fé objetiva.** 2016. Disponível em: <<https://lucasbrustolinpezzi.jusbrasil.com.br/artigos/205763048/o-dever-imposto-ao-credor-de-mitigar-as-proprias-perdas-como-decorrencia-logica-do-principio-da-boa-fe-objetiva>>. Acesso em: 16 ago. 2022.

PFLEGER, Lillian. **O reflexo da violação do ônus de mitigar o próprio prejuízo na fixação do quantum indenizatório.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 159, abr 2017. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18779&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18779&revista_caderno=7)>. Acesso em: 16 ago. 2022.

PINHEIRO, Denise. ***Duty to mitigate the loss* à brasileira: uma questão além do nexo de causalidade.** 2016. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em: 17 ago. 2022.

REZENDE, Élcio Nacur. **'*Duty to Mitigate the loss*' - O dever de se mitigar o prejuízo.** 2013. Disponível em: <<http://domtotal.com/artigo/3959/2013/11/039duty-to-mitigate-the-loss039-o-dever-de-se-mitigar-o-prejuizo/>>. Acesso em: 17 ago. 2022.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; NOSCHANG, Patricia Grazziotini. **Precedentes e jurisprudência no direito brasileiro: uma distinção necessária a partir dos sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*.** Revista da Faculdade de Direito UFMG, n.72, p. 23-52, 2018.

SILVA, Emanuelle Clayre. ***Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar as próprias perdas***. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. ISSN 1983-4225 – v.9, n.2, dez. 2014.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ZANETTI, Cristiano Sousa. A mitigação do dano e a alocação da responsabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**. n. 35, jul/ago/set, 2012.

## ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

**MATHEUS SOUSA REGO:**  
Estudante de Direito na  
Universidade UNIRG<sup>148</sup>.

**PAULO IZIDIO DA SILVA REZENDE**<sup>149</sup>

(orientador)

**Resumo:** Trata-se de estudo sobre o assédio moral, que é uma forma de abuso decorrente de um comportamento praticado de maneira reiterada que leva à vitimização do trabalhador. A justificativa em se estudar sobre o tema se dá devido a realidade socioeconômica e jurídica, que reforça a necessidade de garantir o direito de resposta do trabalhador contra os abusos do empregador. É de suma importância combater o assédio moral no ambiente de trabalho, haja vista os males ocasionados ao trabalhador, afetando sua saúde física, emocional e moral. O objetivo do presente trabalho é analisar o fenômeno do assédio moral, sob a ótica da Responsabilidade Civil e, por conseguinte, as suas consequências frente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Durante o desenvolvimento do trabalho serão respondidos os seguintes questionamentos: “Como o assédio moral nas relações de trabalho viola o princípio da dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho humano”. “Com base na CLT e Código Penal, com fundamento na CF, como se pode identificar soluções para as vítimas” Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica que é o estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas jurídicas, jurisprudências, redes eletrônicas, isto é, material acessível ao público em geral.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Assédio Moral. Responsabilidade Civil.

**Abstract:** This is a study on moral harassment, which is a form of abuse resulting from repeatedly practiced behavior that leads to victimization of the worker. The justification for studying the subject is due to the socioeconomic and legal reality, which reinforces the need to guarantee the worker's right of reply against the employer's abuses. It is extremely important to combat moral harassment in the workplace, given the evils caused to the worker, affecting their physical, emotional and moral health. The objective of this paper is to analyze the phenomenon of moral harassment, from the perspective of Civil Liability and, therefore, its consequences in face of the principle of human dignity. During the development of the work, the following questions will be answered: "How does bullying in

---

148 E-mail: matheus.s.r34@gmail.com

149 mestre, professor adjunto. E-mail: paulo\_izidio@hotmail.com

labor relations violate the principle of human dignity and the valorization of human work?". "Based on the CLT and Penal Code, based on the CF, how can solutions be identified for victims?" For the development of this work, bibliographic research was used as methodology, which is the systematic study developed based on material published in books, legal journals, jurisprudence, electronic networks, that is, material accessible to the general public.

Keywords: Labor Law. Moral Harassment. Civil responsibility.

**Sumário:** Introdução. 2. Assédio Moral. 2.1. Conceito. 2.2. Assédio Moral na História. 2.3. Caracterização do assédio moral. 2.4. Práticas abusivas ou hostis que caracterizam o Assédio Moral. 2.5. Violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2.6. Assédio moral e Responsabilidade Civil. 2.7. Do quantum indenizatório dos danos morais. 3.0. Conclusão. 4.0. Referências

## INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo sobre o assédio moral, que é uma forma de abuso decorrente de um comportamento praticado de maneira reiterada que leva à vitimização do trabalhador, na medida em que acarreta em graves consequências que têm impacto negativo na qualidade de vida e saúde do indivíduo, principalmente nas áreas emocionais, psicossomáticas e comportamentais. (ANDREUCCI, 2018).

No Brasil, é atual a discussão a respeito da exposição dos trabalhadores a humilhações, constrangimentos e situações vexatórias como responsáveis por danos psíquicos. A reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana. (RUFINO, 2006).

A justificativa em se estudar sobre o tema se dá devido a realidade socioeconômica e jurídica, que reforça a necessidade de garantir no direito de resposta do trabalhador contra os abusos do empregador. É de suma importância combater o assédio moral no ambiente de trabalho, haja vista os males ocasionados ao trabalhador, afetando sua saúde física, emocional e moral.

O Assédio Moral revela-se, na atualidade, como um fenômeno social grave, muitas vezes ignorado, e encoberto pelo véu da vergonha e do medo. Embora seja este um problema social pouco discutido no meio acadêmico, tem, nos últimos anos, chamado a atenção de profissionais de diversas áreas, em especial da Medicina e da Psicologia. Afinal, trata-se de um processo que lida com as relações humanas e que traz possíveis consequências à saúde de trabalhadores e trabalhadoras. Logo, através deste estudo, os estudantes terão noção da possibilidade de situar suas ideias num contexto mais amplo, admitindo sua convivência com o saber científico.

O objetivo do presente trabalho é analisar o fenômeno do assédio moral, sob a ótica da Responsabilidade Civil e, por conseguinte, as suas consequências frente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Já os específicos são: Verificar os aspectos históricos e conceituais sobre o Assédio Moral; Discutir sobre a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a humilhações, constrangimentos e situações vexatórias como responsáveis por danos psíquicos; Diferenciar o fenômeno do dano moral e o fenômeno do assédio moral, no Código Civil.

Durante o desenvolvimento do trabalho serão respondidos os seguintes questionamentos: "Como o assédio moral nas relações de trabalho viola o princípio da dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho humano". " Com base na CLT e Código Penal, com fundamento na CF, como se pode identificar soluções para as vítimas"

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica que é o estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas jurídicas, jurisprudências, redes eletrônicas, isto é, material acessível ao público em geral.

## **2. ASSÉDIO MORAL**

### **2.1. Conceito**

A Lei nº 12.250/06 preconiza que Assédio Moral "É todo comportamento abusivo, gesto palavra e atitude, que ameaça por sua repetição, a integridade física ou psíquica de uma pessoa, degradando o ambiente de trabalho". Assédio é considerado um ato que atente através da propagação ou sistematização, face a dignidade ou integridade psíquica ou física de um indivíduo, chantageando o seu emprego ou degradando o ambiente laboral. (NASCIMENTO, 2011).

O assédio moral tem por definição o fito de uma ou mais pessoas praticarem, através de ação ou deixarem de praticar por omissão, de maneira repetida ou ordenada, atos abusivos ou hostis, de modo expresso ou não, contra uma ou mais pessoas, no ambiente de trabalho, durante a jornada e na realização de suas atribuições, especialmente por seus superiores, depois, mesmo por colegas e superiores hierárquicos e em menor proporção, entre outros, por inferiores hierárquicos e clientes, durante certo período de tempo e com certa assiduidade, os quais atinjam a saúde do trabalhador, após o responsável ter sido informado a parar e mesmo assim ter dado continuidade.

É a exposição dos trabalhadores a casos humilhantes e repetitivos, que são repetitivas e prolongadas durante o dia de trabalho e no emprego de suas funções, sendo mais comuns em relações autoritárias hierárquicas e sem simetrias, nas quais condutas

negativas, inumanas e constância de um ou mais cabeças dirigidas a um ou mais subordinados, desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, coagir a desistir de seu trabalho.

Distinguir-se pela degradação definida das categorias de trabalho em que aproveitam maneiras e condutas nulas dos chefes em afinidade a seus subordinados, compondo uma experiência subjetiva que acarreta prejuízos práticos e emocionais para o trabalhador e a organização. A vítima indicada é isolada do grupo sem esclarecimentos, passando a ser hostilizada, ridicularizada, inferiorizada, culpabilizada e desacreditada diante dos pares. Estes, por medo do desemprego e a vergonha de serem também humilhados associados ao estímulo constante à rivalidade, rompem os laços afetivos com a vítima e, repetidamente, reproduzem e reatualizam ações e atos do agressor no ambiente de trabalho, instaurando o pacto da tolerância e do sigilo no coletivo, enquanto a vítima vai gradualmente se desestabilizando e fragilizando, perdendo sua autoestima.

O desabrochar do individualismo reafirma o perfil do 'novo' trabalhador: autônomo, flexível, capaz, competitivo, criativo, agressivo, qualificado e empregável. Estas habilidades o qualificam para a demanda do mercado que procura a excelência e saúde perfeita. Estar 'apto' significa responsabilizar os trabalhadores pela formação/qualificação e culpabilizá-los pelo desemprego, aumento da pobreza urbana e miséria, desfocando a realidade e impondo aos trabalhadores um sofrimento perverso.

A humilhação repetitiva e de longa duração interfere na vida do trabalhador e trabalhadora de modo direto, comprometendo sua identidade, dignidade e relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde física e mental, que podem evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego ou mesmo a MORTE, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações e condições de trabalho.

As atitudes ou os procedimentos repetitivos, que têm por objetivo a degradação das condições de trabalho de um assalariado, susceptível de atentar contra os seus direitos e sua dignidade, de alterar a sua saúde física ou mental e de comprometer o seu futuro profissional, denominam-se assédio moral. Essa exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aélicas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego, é o chamado assédio moral.

Conforme Vieira (2007, p.88): Assédio moral ou violência moral no trabalho não é um fenômeno novo. Pode-se dizer que ele é tão antigo quanto o trabalho. A novidade reside na intensificação, gravidade, amplitude e banalização do fenômeno e na abordagem



que tenta estabelecer o nexo-causal com a organização do trabalho e tratá-lo como não inerente ao trabalho. Ele se caracteriza pela degradação deliberada das condições de trabalho em que prevalecem atitudes e condutas negativas dos chefes em relação a seus subordinados, constituindo uma experiência subjetiva que acarreta prejuízos práticos e emocionais para o trabalhador e a organização.

A vítima escolhida é isolada do grupo sem explicações, passando a ser hostilizada, ridicularizada, inferiorizada, culpabilizada e desacreditada diante dos outros. Estes, por medo de perder o emprego e por vergonha de serem também humilhados, associado ao estímulo constante à competitividade, rompem os laços afetivos com a vítima e, frequentemente, reproduzem ações e atos do agressor no ambiente de trabalho, instaurando o 'pacto da tolerância e do silêncio' no coletivo, enquanto a vítima vai gradativamente se desestabilizando e fragilizando, 'perdendo' sua autoestima. Um ato isolado de humilhação não é assédio moral.

Para que se configure o assédio moral necessário se faz a repetição sistemática, intencionalidade e direcionalidade. Entretanto, quer seja um ato ou a repetição deste ato deve-se combater firmemente por constituir uma violência psicológica, causando danos à saúde física e mental, não somente daquele que é excluído, mas de todo o coletivo que testemunha esses atos.

A humilhação repetitiva e de longa duração na vida do trabalhador e trabalhadora de modo direto, comprometendo sua identidade, dignidade e relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde física e mental, que podem evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego ou mesmo a morte, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações e condições de trabalho.

O termo assédio moral vem sendo utilizado de forma equivocada e muitas vezes abusiva. Dessa forma, é importante distinguirmos o assédio moral do conflito de trabalho, do stress, da violência no trabalho e de outras situações, para que esta confusão não acabe resultando numa indenização indevida. Não é porque alguém se diz assediado que realmente o está sendo. Como disse muito bem Heinz Leymann, se não for possível distinguir o assédio moral ou *mobbing* este termo não teria sentido próprio, ou seja, o assédio não deve ser confundido, pois tem características próprias.

O assédio moral não deve ser confundido com o conflito de trabalho. O conflito de trabalho é normal no dia a dia, isso existe nas empresas, nas famílias, nas discussões políticas e do direito. Ele se revela pela oposição de sentimentos e de opiniões entre as pessoas. O que não pode ocorrer é que um conflito venha a se transformar numa perseguição, pois daí poderemos ter o assédio.

## 2.2. Assédio Moral na História

O tema “assédio moral” não se trata de uma novidade. Ao revés, como entendem os pesquisadores, as humilhações no trabalho são tão antigas quanto o próprio trabalho. De fato, desde a Antiguidade, os obreiros eram submetidos a situações humilhantes, vexatórias e até mesmo desumanas, como base de intensificação da produtividade, passando pela escravidão até os dias atuais.

Com o passar dos anos, a agressão física foi dando lugar a uma forma mais sutil de atingir o bem estar do trabalhador. Surge, então, o que, hoje, entre nós se denomina de assédio moral ou terror psicológico, também conhecido como mobbing (Itália, Alemanha e Escandinávia), harcèlement moral (França), bullying (Inglaterra), acoso moral (Espanha), dentre outras denominações. Na década de 60, o médico sueco, Peter-Paul Heinemann, realizando pesquisa no ambiente escolar, observou a existência de hostilidade entre as crianças frente a outras que adentrasse o seu espaço. Contudo, o termo “assédio moral” foi utilizado primeiramente pela Psicologia e, de acordo com o psicólogo alemão, Leymann (1996), o livro publicado por Brodsky (1976), nos EUA, chamado “trabalhador assediado”, foi o primeiro a abordar o assédio no local de trabalho e a publicar alguns casos como sendo assédio moral no trabalho.

Marie-France Hirigoyen, psiquiatra, psicanalista e psicoterapeuta, também é citada por alguns doutrinadores como sendo uma das precursoras no estudo deste assunto, datando de 1998 a publicação de seu livro intitulado *Le harcèlement moral: La violence perverse au quotidien*. Aos poucos, o tema foi ganhando espaço nas discussões das sociedades em geral, alcançando proporções internacionais, merecendo a atenção dos estudiosos, inclusive da área do Direito, com pesquisas, congressos, reportagens e denúncias veiculadas pela imprensa. Países como a França, a Suécia, a Noruega, a Austrália e a Itália, passaram a editar leis para coibir a prática do constrangimento moral no ambiente de trabalho. Embora já em 1996, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), bastante preocupada com o assunto, chamasse a atenção para a exposição dos trabalhadores de diferentes países a situações consideradas de violência moral no local de trabalho, o problema vem se agravando a cada ano.

No Brasil, os estudos são mais recentes, datando de 2000 a primeira publicação: A médica do trabalho Margarida Barreto realizou pesquisa junto a 2.072 trabalhadores adoecidos, de 97 empresas integrantes do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas, Farmacêuticas, Plásticas e Similares de São Paulo e Região, na qual afirma que 42% daquele universo se referiam à vivência com situações de humilhações (870 trabalhadores – 494 mulheres e 376 homens), confirmando a presença do assédio moral também entre os membros daquele setor industrial, sendo que desse percentual, 90% das mulheres e 60% dos homens foram demitidos por motivos relacionados a doenças ou acidentes de trabalho (AGUIAR, 2006, p. 23).

Somente após a divulgação desse trabalho foi que o tema ganhou importância e começou a despertar o interesse dos estudiosos e pesquisadores brasileiros. Entretanto, a violência moral no ambiente de trabalho ainda não foi plenamente incorporada pelos profissionais da área de saúde e trabalho como fator de risco psicossocial capaz de provocar danos à saúde do obreiro. Contudo, há alguns anos tem-se observado a preocupação de alguns países em editar normas específicas sobre o assunto, sendo pioneira a Suécia que, em 1993, publicou uma ordenação definindo o assédio moral de forma técnica e preventiva. Em junho de 2000, a Bélgica editou uma lei não só estabelecendo o que seria considerado assédio moral, como também, a exigência de medidas preventivas, formativas e informativas a serem adotadas pelo empregador.

Na França, em 2002, foi acrescentado ao Código do Trabalho, tipos de práticas de assédio moral que resultam na degradação do ambiente de trabalho. Em consequência, alterou-se, também, o Código Penal Francês, com a previsão de prisão e multa para o assediador. Entre nós, já foram editadas algumas leis municipais sobre o assunto, destacando-se a Lei 13.288, de Janeiro de 2001, de São Paulo, que trata da matéria no âmbito da Administração. Porém, referido preceito legal não pode ser aplicado aos empregadores em geral, por analogia, pois a competência sobre Direito do Trabalho é da União. Assim, enquanto não for aprovado o Projeto de Lei 2.369/2003, o assédio moral deve ser enquadrado ao que preceitua a atual redação do art. 483 da Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 (CLT), aplicando-se a chamada "rescisão indireta".

### **2.3. Caracterização do assédio moral**

É fundamental a análise dos elementos que caracterizam o assédio moral para que qualquer conduta não venha a ser considerada como tal. Isto pode ocorrer por que sua definição é aberta e esta abertura facilita excessos, os quais devem ser reprimidos quando seus elementos não estiverem presentes.

As condições que devem estar presentes para a caracterização do assédio moral:

A) A realização ou não de ato abusivo ou hostil

O assédio moral se caracteriza pela ação ou omissão de atos abusivos ou hostis (art. 186 a 188 do Código Civil) realizados de forma sistemática e repetitiva durante certa duração e frequência de forma consciente. Eis o que estabelecem os artigos 186 a 188 do Código Civil

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II- a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

O diagnóstico do assédio recai sobre critérios de repetição, frequência e duração de práticas hostis. Desta forma, práticas hostis pontuais não levam necessariamente ao assédio, como por exemplo, um estado de cólera excepcional. Identificar o assédio não é fácil, pois ele é formado muitas vezes de pequenas atitudes que vão atacando regularmente o alvo e não de uma vontade brutal, instantânea e perceptível<sup>7</sup>, como se vê numa tortura física por exemplo.

É importante saber que não existe assédio moral somente nas relações de trabalho e de emprego, como também fora dela, ou seja, no próprio ambiente familiar, entre marido e mulher, namoros, escola, etc..

## B) Repetição

A repetição pode ser do mesmo ato ou da mesma omissão ou então de atos e omissões diferenciados.

Estas repetições desestabilizam a vítima psicologicamente, e a levam mais facilmente a doenças, por isso, atrás de uma prática hostil pode haver outros atos que tenham sido praticados pelo assediador, como também, um ato pontual pode não representar uma situação de assédio, já que não haveria a repetição.

A repetição não deve ser vista de forma isolada, pois pode haver a repetição de atos e não haver a frequência e duração, o que poderia a não levar ao assédio.

É importante ser analisado cada ato, pois um ato pode parecer sem importância, mas atrás dele está escondida uma catástrofe!<sup>9</sup> Ainda é preciso saber que um ato só não é assédio, pode ser outra violência psíquica, como por exemplo, uma calúnia.

### C) Frequência

Estudos foram realizados por Heiz Leymann, o qual através de dados estatísticos concluiu que as pessoas assediadas sofriam práticas hostis ou abusivas pelo menos uma vez por semana. Ainda, uma tese de doutorado em medicina foi defendida na França, com a participação da associação de proteção às vítimas de assédio moral e médicos do trabalho, onde após serem entrevistadas 1.210 trabalhadores, chegou também a conclusão que a frequência era de pelo menos uma vez por semana e ainda se verificou que em 3 casos sobre 4 o assédio se produz todos os dias ou várias vezes por semana.

Tais estudos científicos não deixam dúvidas, segundo dados estatísticos, que o assédio deve ter frequência de pelo menos uma vez por semana. Se não houver esta frequência média, não será o que a nível internacional se considera assédio e sim uma nova teoria que de alguém a qual precisa ser reconhecida mundialmente, como é o assédio. Como se trata de dado estatístico parece que pode haver exceções, pois algumas pessoas podem sofrer os atos ou omissões com mais frequência e outras com menos, o que se chegará a uma média de uma vez por semana.

### D) Duração

A duração média dos ataques tem que ser de 6 (seis meses), segundo estudo estatístico realizado por Heiz Leymann. Assim como na frequência, esta é a regra, havendo exceções.

A exceção dos seis meses ocorre diante de situações onde a violência da agressão seja tão grande que não haja a necessidade de uma longa duração para haver o sofrimento devidamente provado da vítima, como ocorre com a frequência.

As práticas hostis por ação ou omissão, podem durar por tempo indefinido enquanto os protagonistas estiverem presentes; pode ocorrer que o assediador mude seu alvo, provisória ou definitivamente. O assédio não cessa jamais espontaneamente, é preciso a intervenção de um terceiro responsável.

A duração tem um aspecto muito importante na prevenção, pois, como afirmou Heinz Leymann, todos os casos em que estudou, não encontraram nenhum que teria se transformado em assédio se houvesse intervenção "Entendemos que existe a necessidade de intenção, ou seja, precisa ser comprovada a vontade do assediador, que este esteja agindo com dolo para atingir uma ou mais pessoas. Neste sentido vemos os julgados abaixo:

TRT – PR – 26-06-2007 ASSÉDIO MORAL. METAS DE PRODUTIVIDADE. COBRANÇAS. LIMITE DA RAZOABILIDADE NÃO EXCEDIDO. IMPROCEDÊNCIA.

... A prova oral trazida aos autos demonstra a existência de metas de produção, sem qualquer qualificativo que permita considerá-las exacerbadas, impossíveis ou inatingíveis, ausente, ainda, qualquer evidência de imposições diferenciadas à Autora ou de cobranças além dos limites da razoabilidade.

TRT-PR-28-11-2006 ASSÉDIO MORAL X DANO MORAL.

...Não obstante a doutrina não conceituar o instituto, há certos elementos que contribuem para a sua configuração, dentre os quais se destacam: violação à imagem ou integridade do trabalhador; violação proposital (degradação deliberada) em que haja a intenção de prejudicar a saúde psíquica do trabalhador,. TRT-PR-02529-2005-562-09-00-9- ACO-34151-2006-4ª. TURMA. Relator: LUIZ CELSO NAPP. Publicado no DJPR em 28-11-2006.

Assédio moral. Indenização. Caracterização. ...Serve, ainda, a algum propósito eticamente reprovável. Hipótese em que, porém, a indicação é de encarregada que se dirija a todos, indistintamente, de forma grosseira e inadequada. Ausência de propósito específico e de agressão grave e individualizada à dignidade da trabalhadora. Conduta que, embora reprovável, não serve, tecnicamente, à caracterização do assédio moral. TRT – 2ª. Região. Recurso Ordinário. Data de julgamento: 06/02/2007. Relator: Eduardo de Azevedo Lima. Acórdão nº 20070074237. Processo nº 00030-2006-047-02-00-2. Ano: 2006. 11ª Turma. Data de publicação: 06/03/2007.

Existe esta necessidade de intenção porque pode acontecer que haja somente um mal-entendido por falta de comunicação ou de educação mesmo. Nestes casos, os “assediadores” podem reconhecer seus erros, mudar de comportamento e pedir desculpas. Se eles fazem isso não se pode falar de assédio.

Ocorre também que uma pessoa agindo intencionalmente não esteja percebendo que está atingindo a vítima psicologicamente, por isso, é necessária a comunicação para que seja interrompido o ou os atos hostis, pois, todo comportamento, qualquer que seja sua intenção, tem um limite e este limite está na comunicação.



Esta comunicação é imprescindível porque uma pessoa pode estar sendo atingida sem que o assediador saiba que a está prejudicando psicologicamente. Isto ocorre porque todas as pessoas não são iguais e o que para uma pode estar fazendo mal para outra não, em virtude da sensibilidade de cada uma, uns são mais fortes outros menos para certo tipo de situação, o que é normal.

Se o assediador após ser comunicado que está realizando práticas hostis, mesmo sem intenção e não as interromper, será responsabilizado porque tomou conhecimento que estava praticando atos hostil e nada fez, ou seja, continuou e se deu continuidade não pode negar que não tinha mais intenção.

#### a) A influência de aspectos culturais

Os aspectos culturais dentro de uma determinada região devem ser mesurados, pois, se levarmos em conta que o assédio depende da intenção em assediar uma ou mais pessoas, pode ser que numa empresa seja normal tomarem certas atitudes e em outra não, ou seja, fazer um empregado "pagar vários micos" pela baixa produtividade frente ao demais é hábito dentro de uma organização, não representa nenhuma ofensa e em outra é uma ofensa.

Este ato sendo humilhante será considerado dano moral e não assédio porque se trata de um ato e não de atos repetitivos, não existe frequência e nem duração. Agora, se a mesma pessoa sofresse constantemente estes atos e após já na primeira vez ter comunicado que não concorda com ele, aí ficará caracterizado o assédio moral quando somado às outras condições que caracterizam o assédio moral, como por exemplo, provando estar tendo problemas psicológicos em face de estes atos.

#### b) Objetivo do assediador

A intenção deve estar presente, pois através dela é que o assediador vai buscar seus objetivos no assédio. O objetivo do assediador pode ser o de simplesmente querer destruir psicologicamente outra pessoa, o que lhe poderá gerar danos a saúde e também pode ser o de fazer com que ela não trabalhe mais com ele. Assim, não havendo estes objetivos, não fica configurado o assédio moral, como bem se vê no julgado abaixo que não responsabilizou o empregador porque este não tinha a intenção de perseguir o suposto assediado.

Assédio moral. Descaracterização. Tratamento deselegante. Ofensa não pessoal. Se as atitudes do preposto não se dirigiam de forma específica à reclamante, não tinham por finalidade impeli-la a deixar o emprego ou aceitar alteração prejudicial de seu contrato de

trabalho, não configurada a ofensa pessoal e nem se pode tomar tal conduta como revestida da gravidade necessária para a caracterização do assédio moral. TRT – 3ª Região. Recurso Ordinário. Processo nº 03595-2005-091-03- 00-3. Data de publicação do DJMG: 09/05/2006, p. 17. 6ª Turma. Relatora Convocada: Taísa Maria Macena de Lima.

F) A saúde do assediado é atingida

É importante que fique provado que o assediado foi atingido em sua saúde, seja ela física e/ou mental, pois vários sintomas nascem do assédio. Tanto é verdade que existe esta necessidade em ser atingida a saúde da vítima que a teoria do assediado moral cresceu após Heinz Leymann ver o sofrimento psíquico e físico de trabalhadores e ir analisar o porquê deste sofrimento.

TRT-PR-28-11-2006 ASSÉDIO MORAL X DANO MORAL. A prática de assédio moral no âmbito trabalhista ocasiona graves lesões de ordem psíquica e-ou física ao trabalhador, configurando inegável dano à sua moral. TRT-PR-02529-2005-562-09-00-9-ACO- 34151-2006-4ª. TURMA. Relator: LUIZ CELSO NAPP. Publicado no DJPR em 28-11-2006.

Assédio moral. Indenização. Caracterização. O assédio moral pressupõe agressão continuada e grave, a ponto de causar perturbação na esfera psíquica do trabalhador. TRT – 2ª. Região. Recurso Ordinário. Data de julgamento: 06/02/2007. Relator: Eduardo de Azevedo Lima. Acórdão nº 20070074237. Processo nº 00030-2006-047-02-00-2. Ano: 2006. 11ª Turma. Data de publicação: 06/03/2007.

Esta prova é importante porque tem pessoas que sofrem atos de assédio mais não são atingidas, trata-se, podemos dizer de uma imunidade psicológica ao assédio. Se a pessoa não foi contaminada, não existe prejuízo e quando se fala em responsabilidade civil, não existe reparação sem prejuízo.

O assédio por si só não é uma doença, o que pode ser a vir uma doença são os efeitos do assédio. Assim, por exemplo, o assediado pode passar a ter problemas de ansiedade. O problema da ansiedade é a doença, o assédio não é a doença.

Devemos buscar saber não somente se o assediado está mal, mais é preciso saber se seus problemas físicos e/ou psíquicos têm como causa ou concausa o assédio. Assim, no primeiro caso uma pessoa pode estar tendo problemas de saúde por motivos

independentes do ambiente de trabalho, logo, não haverá causa motivadora da caracterização do assédio.

Por outro lado, os problemas psíquicos e físicos que sofrem uma pessoa pode vir a se somar com outros decorrentes do assédio, por exemplo, a vítima está com problemas de saúde porque foi agredida fisicamente por outra e começa a ter problemas de sono à noite. Ao mesmo tempo deste fato, passa a sofrer assédio no trabalho através de gozações, o que acaba agravando a perturbação de seu estado emocional e lhe gerando desgaste para o trabalho, fazendo com que perca sua produtividade. Estes fatores se somam, o primeiro não exclui o segundo. Ainda poderia ocorrer o inverso, onde a causa predominante decorresse do assédio, tendo como concausa a agressão fora do ambiente de trabalho.

Pode ainda ocorrer que algumas pessoas não saibam que estão sendo assediadas e cheguem a negar que estão, atribuindo sintomas do assédio moral, como stress, ânsia, depressão, distúrbios de sono a si próprio. Aqui, ao invés da vítima atribuir a causa de seu problema ao assédio, joga a culpa a si própria. Isso ocorre pela falta de conhecimento, porém, não se pode esquecer o outro lado, onde a pessoa imagina estar sofrendo assédio ou então quando simula o assédio para obter indenização. Neste caso estaremos diante do falso assédio.

G) No ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções. Para que fique caracterizado o assédio nas relações de trabalho, o assediador deve agir no ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, pois se agir fora de suas funções não haverá a responsabilidade do empregador.

Indenização por dano moral. O assédio moral é a exposição do trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções. TRT DA 2ª. REGIÃO – Acórdão nº 20070426362 – Processo nº 00437-2006-314-02-00-3 – Ano 2006 – 12ª Turma. Data de publicação: 15/06/2007.

#### 2.4. Práticas abusivas ou hostis que caracterizam o Assédio Moral

ão existe uma lista objetiva demonstrando todas as atitudes que são consideradas hostis, em muitos casos é difícil sua constatação, assim, pode-se afirmar que “o modo específico de agressão é variável conforme o meio sócio- cultural e os setores profissionais. No setor da produção a violência é mais direta, verbal ou física. Quanto mais alta for a hierarquia e na escala sócio-cultural, mais as agressões são sofisticadas, perversas e difíceis de se constatar.”

Como não é possível enumerar todas as atitudes que são consideradas hostis, trazemos algumas elencadas por Heinz Leymann e que perfeitamente violam o artigo 187 do Código Civil, o qual estabelece: "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

#### I - Impedir a vítima de se expressar

- O superior hierárquico recusa a vítima de se expressar;
- Os colegas o impedem de se expressar;

• Criticam o trabalho e/ou questionam da vítima Constantemente. Provando-se que o empregador atuou de forma decisiva para que o trabalhador, diante da perseguição de seus superiores, fosse colocado em xeque o tempo todo, resta configurado o comportamento empresarial causador do assédio moral.

- Criticam sua vida privada;
- Aterrorizam a vítima através de chamadas telefônicas;
- A ameaçam verbalmente;
- A ameaçam por escrito;
- Recusam o contato (evitam o contato visual, gestos de rejeição);
- Ignoram sua presença, por exemplo, se dirigindo exclusivamente a terceiros.

#### II - Isolar a vítima

- Não falam mais com ela;
- Não deixam que a vítima lhe dirija a palavra;
- Atribuem-lhe um local de trabalho que se distancia e a isola dos colegas; Assédio moral. Os elementos de prova colhidos nos autos deixam entrever que a autora foi vítima de assédio moral, traduzido pela transferência desnecessária para outro setor;... TRT – 10ª Região. RO nº 01154-2005-011-10-00-0. 2ª Turma. Rel. Juiz Brasileiro Santos Ramos. DJ: 09/02/2007.

- Impedem seus colegas de lhe dirigir a palavra;
- Negam a presença física da vítima.

### III - Desconsiderar a vítima junto a seus colegas

- Mentir sobre a vítima ou a caluniar;
- Lançar rumores a sua pessoa;
- Deixar ela numa situação parecendo doente mental;
- Sugerir que faça um exame psiquiátrico;
- Imitar seu andar, sua voz, seus gestos para ridicularizá-la;
- Atacar suas convicções políticas e suas crenças religiosas;
- Zombar de sua vida privada;
- Tirar sarro de suas origens, de sua nacionalidade, etc;

TRT-PR-03-02-2006 ASSÉDIO MORAL. REPARAÇÃO DE DANOS. A designação de empregado para substituir mero equipamento eletrônico (sensor ótico) tem a clara conotação de represália e configura assédio moral, que se caracteriza por atitudes deliberadamente perversas, com o objetivo de afastar o empregado do mundo do trabalho e provoca danos à sua personalidade, à sua dignidade e até mesmo a integridade física ou psíquica, põe em perigo o emprego e degrada o ambiente de trabalho. O abuso não foi cometido de forma direta ou aberta, mas sub-reptícia, quase velada, por meio de uma simples designação funcional que colocou o autor em posição de humilhante debilidade, na substituição de um equipamento eletrônico, provavelmente à vista de colegas que passaram a contribuir com os agressores primitivos, com as chacotas relatadas na petição inicial. Trata-se de colocar o empregado numa espécie de "quarentena"... TRT-PR-20143-2003-014-09-00-2-ACO-03101-2006-2<sup>a</sup>. TURMA. Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU. Publicado no DJPR em 03-02-2006

"Na hipótese, restou provada a lesão ao patrimônio do autor, a partir de excessos no tratamento dispensado a vendedores pelos superiores da ré. A testemunha ouvida nos autos no Processo nº 00016-2006-015-06-00-2 (prova emprestada) disse que "a pressão e ameaças decorriam das vendas, propagandas, resultados; que, por exemplo, na reunião geral eram puxados relatórios dos vendedores

e apontados os piores com comentário do tipo “vendedor de merda, gay, menstruação”:...que os vendedores eram apontados desta forma duas ou três vezes na semana; que isto acontecia nas três reuniões como supervisor, com o gerente ou com o gerente-geral (f. 410)”. TRT-6ª Região. RO nº 01018-2005-015-06-00-8. 1ª Turma. Relatora: Desembargadora Valéria Gondim Sampaio.

- A constranger a um trabalho humilhante;
- Colocar em questão, contestar as decisões da vítima;
- A injuriar, usar termos obscenos e degradantes, ironizar, como “tinha que ser loira”; sustenta a demandante que a gerente das agências do tipo PAB tinha por hábito injuriá-la com expressões como “burra”, “incompetente” e “lerda”, além de ameaçá-la com a possibilidade de demissão, tudo isso diante de seus colegas de trabalho. “TRT – 10ª Região. Recurso Ordinário nº 00783-2006-016-10-00-6. 1ª Turma. Juiz Relator Pedro Luiz Vicentin Foltran. DJ: 27/04/2007”. Algumas frases utilizadas merecem aqui ser destacadas, como:

- O tempo que você leva para resolver as coisas, minha tartaruga dá duas voltas no quarteirão...

- Se incompetência pagasse imposto você estava falido...

- Aqui não é instituição beneficente: se não aguenta o ritmo, cai fora...

- Você é muito pesado para eu te carregar nas costas...

- É melhor você arrumar outra coisa para fazer porque pelo que vejo seu QI não atinge o nível desejado...

- Levar o filho ao médico! Isso não tem o menor cabimento. Afinal quem é que vai pagar as contas da sua casa?

- Você é prova viva de que papel aceita tudo, pois pelo seu currículo era para você ser bem melhor!

- Ei, tá nervosinha por quê? Vê se arruma um namorado para resolver isso!

- Eu mandei e você tem que fazer! Manda quem pode e obedece quem tem juízo!



- É bom fazer o que estou mandando, senão já sabe. A porta da rua é serventia da casa.

- É bom fazerem o que estou mandando. "A fila de desempregados aí fora é grande e estão torcendo para abrir uma vaga."

Dano moral. Assédio moral. Prática de atividades ditas "motivacionais" que atingem a dignidade da pessoa humana e o valor do trabalho humano. Fixação de indenização. Indubitavelmente que a instabilidade emocional gerada no empregado que se recusa a participar de reiteradas práticas chamadas de "motivacionais", que maculam a dignidade da pessoa e o valor do trabalho humano (dança, performance, ranking dos piores, uso de fantasias, etc.)...TRT – 12ª Região – RO nº 03837- 2006-034-12-00-6. Relatora Juíza Águeda M. L. Pereira. DJSC: 04/09/2007.

IV - Desacreditar a vítima por seu trabalho: não lhe confiar mais nenhuma tarefa. Neste sentido tivemos a primeira decisão sobre assédio moral no Brasil onde o empregador feriu a dignidade do empregado ao não lhe fornecer mais trabalho.

#### ASSÉDIO MORAL - CONTRATO DE INAÇÃO - INDENIZAÇÃO

POR DANO MORAL - A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por consequência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado. (TRT - 17ª Região - RO 1315.2000.00.17.00.1 - Ac. 2276/2001 - Rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio - 20/08/02, in Revista LTr 66-10/1237).

Bem como outras vieram posteriormente, como se vê no exemplo abaixo:

TRT – PR – 04-05-2007 DESLIGAMENTO OBRIGATÓRIO DO AMBIENTE DE TRABALHO. EXCLUSÃO DO EMPREGADO. ASSÉDIO MORAL CONFIGURADO. Da análise dos autos, percebe-se claramente a prática de atos ilícitos que causaram inequivocamente

danos de ordem moral no obreiro, por meio de atitudes de superiores hierárquicos que importaram em assédio moral no ambiente de trabalho, de não permitirem a prestação de serviços por parte do reclamante nos últimos meses que antecederam a ruptura do contrato de emprego, tendo como objetivo a sua exclusão do mundo do trabalho, expondo o empregado a situação humilhante e constrangedora, principalmente ao se considerar o direito ao trabalho como sendo um direito humano fundamental ( art. 6º. CF ).TRT-PR-18056-2004-006-09-00-1-ACO- 11077-2007-4ª TURMA – Relator: LUIZ CELSO NAPP. Publicado no DJPR em 04-05-2007.

- A privar de toda ocupação e cuidar para que ela não encontre nenhuma por ela mesma;
- A constrangir a realizar tarefas totalmente inúteis e/ou absurdas;
- A encarregar de tarefas inferiores a sua competência;
- Dar-lhe sem parar tarefas novas;
- Fazer-lhe executar tarefas humilhantes;
- Confiar à vítima tarefas exigentes e qualificações superiores a suas competências, de forma a desacreditar;
- Exigir-lhe metas de difícil ou impossível alcance.

TRT – PR – 24-04-2007 ASSÉDIO MORAL. CONDUTA AGRESSIVA. METAS DE DIFÍCIL ALCANCE. O abuso no exercício do poder diretivo, pela conduta agressiva e constrangedora do superior hierárquico, configura assédio moral, da mesma forma que a exigência de metas de extrema dificuldade, com o claro intuito de solapar a auto-estima do empregado que, frustrado pelo insucesso no cumprimento das ordens, aceita ou mesmo pede o desligamento. TRT – PR – 15788-2003- 012-09-00-0-ACO-10305-2007-2ª TURMA – RELATOR: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU. Publicado no DJPR em 24-04-2007

#### V - Comprometer a saúde da vítima

- Constranger a vítima a trabalhos perigosos e nocivos a sua saúde;
- Ameaçá-la com violências físicas;
- Agredir fisicamente, mais sem gravidade, a título de advertência;

- Ocasionar desgastes no domicílio da vítima ou no seu posto de trabalho.

## 2.5. Violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição de 1988 estabelece que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III). Além disso, CF/88 afirma que toda a ação econômica tem como finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170). Por sua vez, no art. 226, § 7º, ficou determinado que o planejamento familiar é livre decisão do casal fundado no princípio da dignidade da pessoa humana. Já o art. 227 determina que cabe à família, à sociedade e ao Estado assegurar a dignidade à criança, ao adolescente e ao jovem. No art. 230, a Constituição de 1988 prevê que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar. (MORAES, 2018)

A Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece, já no seu preâmbulo, a necessidade de proteção da dignidade humana por meio da proclamação dos direitos elencados naquele diploma, estabelecendo, em seu art. 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos”. Os dois Pactos Internacionais da Organização das Nações Unidas têm idêntico reconhecimento, no preâmbulo, da “dignidade inerente a todos os membros da família humana”. (MORAES, 2018)

A raiz da palavra “dignidade” vem de dignus, que ressalta aquilo que possui honra ou importância. Com São Tomás de Aquino, há o reconhecimento da dignidade humana, qualidade inerente a todos os seres humanos, que nos separa dos demais seres e objetos. São Tomás de Aquino defende o conceito de que a pessoa é uma substância individual de natureza racional, centro da criação pelo fato de ser imagem e semelhança de Deus. (RAMOS, 2018)

Nessa linha, a dignidade da pessoa humana consiste que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados, não possuindo preço. Consequentemente, o ser humano tem o direito de ser respeitado pelos demais e também deve reciprocamente respeitá-los. Assim, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. (RAMOS, 2018)

Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc. Tanto nos diplomas internacionais quanto nacionais, a dignidade humana é inscrita como princípio geral ou fundamental, mas não como um

direito autônomo. De fato, a dignidade humana é uma categoria jurídica que, por estar na origem de todos os direitos humanos, confere-lhes conteúdo ético. Ainda, a dignidade humana dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer. (RAMOS, 2018)

Diferentemente do que ocorre com direitos como liberdade, igualdade, entre outros, a dignidade humana não trata de um aspecto particular da existência, mas sim de uma qualidade inerente a todo ser humano, sendo um valor que identifica o ser humano como tal. Logo, o conceito de dignidade humana é polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção. (RAMOS, 2018)

Há dois elementos que caracterizam a dignidade humana: o elemento positivo e o elemento negativo. O elemento negativo consiste na proibição de se impor tratamento ofensivo, degradante ou ainda discriminação odiosa a um ser humano. Por isso, a própria Constituição dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III) e ainda determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI). Já o elemento positivo do conceito de dignidade humana consiste na defesa da existência de condições materiais mínimas de sobrevivência a cada ser humano. Nesse sentido, a Constituição estabelece que a nossa ordem econômica tem “por fim assegurar a todos existência digna” (art. 170, caput). (MORAES, 2018)

Na mesma linha, há aqueles que defendem que o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um “conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade”. Para compor esse mínimo existencial indispensável à promoção da dignidade humana, é necessário, levar em consideração a implementação dos direitos à educação básica, à saúde, à assistência social e acesso à justiça (RAMOS, 2018).

A dignidade humana pode ser composta por quatro princípios: o da igualdade, integridade física e psíquica, liberdade e solidariedade. Por fim, Ramos (2018, p.82) sustenta que a dignidade humana é um princípio que pode ser dividido em três componentes: o primeiro consiste no valor intrínseco de cada ser humano, que é único e especial, merecendo proteção; o segundo consiste na autonomia, que permite que cada indivíduo tome decisões que devem ser respeitadas; o terceiro componente é o valor comunitário, que consiste na interferência estatal e social legítima na fixação dos limites da autonomia.

Ainda que não exista nenhuma legislação federal específica sobre o assunto, a proteção contra o assédio não está desprotegida, assim os princípios gerais do direito, como o da proteção a dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da

Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência são utilizados nesta proteção, ou seja, o trabalhador não fica sem proteção.

Outras normas constitucionais também servem como fundamento legal, assim podemos citar os artigos 7º, inciso XXII, 170, inciso VI e 225, *caput*, os quais obrigam o empregador a garantir um meio ambiente de trabalho seguro e sadio, livre de fenômenos maléficis que causem danos à saúde física e/ou psíquica do trabalhador, como é o caso do assédio moral, sob pena de ser responsabilizado.

## 2.6. Assédio moral e Responsabilidade Civil

Para proteger o trabalhador em sua dignidade, Siqueira e Memória (2019, p.8), insiste na possibilidade de indenização por danos decorrentes de assédio moral no trabalho, como violação da dignidade humana, e salienta que devem ser levados em conta. na avaliação do dano imaterial: o grau de culpabilidade do agressor, a dignidade da pessoa humana, a extensão e a gravidade do dano, a necessidade econômica da vítima e a capacidade econômica do infrator. Segundo Sebastião Geraldo de Oliveira (2006) citado por (SIQUEIRA E MEMÓRIA, 2019, p.7), para configurar o preconceito moral, não é necessário comprovar o sofrimento da vítima, pois o autor entende que não é necessário demonstrar que é comum e vem da própria natureza humana.

Considerando que, se o dano afeta a dignidade da pessoa humana, não importa se a pessoa lesada sente a dor e o sofrimento de ter direito a um dano. compensação. A dignidade seria assim protegida em uma dimensão objetiva. No entanto, o perfil do agressor é sempre tratado como essencialmente subjetivo. (SIQUEIRA E MEMÓRIA, 2019).

Deve-se enfatizar que, para caracterizar o assédio, os seguintes elementos devem estar presentes:

- É um fenômeno de risco invisível, mas com consequências concretas;
- A intencionalidade do ato, um elemento revelado como resultado dessa perversidade e que é precisamente verificado pela repetição e duração do comportamento abusivo;
- Incapacidade do agente de assédio criminal de considerar os outros como seres humanos. Assim, a pessoa é tratada como uma coisa ou como um animal. O assediador viola o princípio da dignidade da pessoa humana;
- e) repetição de comportamento de assédio;
- f) Extensão no tempo.

Para Siqueira e Memória (2019), demos nos preocupar cada vez mais com o problema ocasionado pelo bullying. Chama-se atenção para o processo de destruição moral provocado por esse tipo de assédio, que pode até mesmo levar o agressor a desenvolver uma doença mental ou mesmo a praticar o suicídio. Deve-se ressaltar que as doenças mais comuns relacionadas ao assédio no local de trabalho são: depressão, estresse e suicídio. Portanto, o dano moral nasce da prática de um ato ilícito, realizado por dolo ou culpa, quando atinge um direito subjetivo ou um interesse juridicamente protegido.

Uma vez sendo provados os fatos, os prejuízos sofridos pelo assediado e seu nexo de causalidade, o juiz fixará o valor da indenização pelo assédio e verificará também se existem danos materiais para serem cumulados com aqueles. A reparação dos danos materiais e morais têm como base o Código Civil e a Constituição Federal. (ZANETTI, 2018)

“Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a alguém, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito

Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186/187), 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, riscos para o direito de outrem”.

Ainda, a Constituição Federal estabelece: Art. 5º (...) V – “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;” - Da reparação dos danos psicológicos e eventualmente físicos decorrentes do assédio moral.

Uma vez presente o assédio moral, a reparação dos danos psicológicos possui dois problemas: um se refere ao valor da indenização e o outro aos seus beneficiários.

### *2.7. Do quantum indenizatório dos danos morais*

Para ser fixado o valor da indenização por danos morais, veremos como estes danos são avaliados e também como propomos que sejam avaliados. A partir daí, deve-se demonstrar especificamente como devem ser avaliados os danos psíquicos decorrentes do assédio moral, pois os critérios de fixação dos valores de indenização por danos morais nos serviram como referencial para chegarmos a um critério de avaliação dos danos psíquicos decorrentes do assédio moral. (ZANETTI, 2018)



Importante dimensão dos efeitos conexos do contrato de trabalho é a que diz respeito às indenizações a que o empregado faz jus em caso de danos sofridos como decorrência de atos praticados pelo empregador ou por seus prepostos durante a execução do contrato.

Os danos sofridos pelo empregado em razão do contrato de trabalho podem ser de ordem material ou de ordem moral, gerando, em cada um dos casos, o direito à indenização correspondente. O dano material “implica lesão aos bens materiais de alguém, sujeitos à avaliação econômica. Compreende o dano emergente traduzido pelos gastos feitos pela vítima que deverão ser ressarcidos pelo autor do dano e o lucro cessante constituído de vantagens que a vítima deixou de auferir durante certo período em virtude do dano”. (ZANETTI, 2018, p.126)

Dano moral é aquele que decorre do prejuízo ou lesão causados aos bens ou direitos estritamente pessoais do sujeito de direito; é o dano que atinge os direitos da personalidade. O dever de indenizar o empregado pelos danos materiais e morais por ele sofridos decorre da ordem jurídica constitucional, mais especificamente dos seguintes dispositivos: dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho (art. 5º, III e IV); proibição de qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV, e art. 7º, XXX, XXXI e XXXII); direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem (art. 5º, V); inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação (art. 5º, X); proteção da saúde e da integridade física do trabalhador, assegurado o direito a indenização quando o empregador incorrer em dolo ou culpa (art. 7º, XXII e XXVIII).

### **3. CONCLUSÃO**

Ante o exposto, ainda que existam diversos tipos de assédio e diversas características atribuídas aos perfis do assediador e até certo ponto do assediado, percebe-se que o assédio é um problema organizacional.

Desta forma, o empregador tem a obrigação de prevenir a ocorrência do assédio através da informação e da formação e quando ele estiver se instalando de sancionar os assediadores impedindo assim que ele se efetive. Esta prevenção deve ser monitorada, pois existe a entrada e saída de empregados das empresas e com a entrada de novas pessoas, estas precisam receber informação e formação. O monitoramento permitirá ao empregador acompanhar o processo de assédio evitando que o mesmo se caracterize. Um programa de software é capaz de fazer isso, basta de vontade e determinação para isso.

A ausência de prevenção e da tomada de medidas necessárias para evitar o assédio acaba acarretando a responsabilidade de seus responsáveis. Esta responsabilidade não está limitada ao ressarcimento da vítima, mais ela vai muito além, ela procura criar um mecanismo de auto-regulamentação social para fazer com que as pessoas ajam com verdadeiro amor ao próximo e que as pessoas não sejam tratadas como objetos.

É importante saber que o assédio moral pode ser evitado, basta a prevenção, para isso, é importante a boa vontade dos empresários. Se não houve a prevenção, dependendo do nível em que está o assédio, também é possível o tratamento antes que haja a responsabilidade do empregador, pois a pessoa que sofre práticas hostis tem a obrigação de comunicar seu empregador delas.

Prevenindo e tratando logo o assédio moral, inclusive utilizando bem a mediação, o empresário pode se ver livre do pagamento de indenizações altas, já que mostrou estar de boa-fé e querer resolver o problema. Além das indenizações, que se trata de um custo financeiro, através da prevenção estará sendo evitando um altíssimo custo social e principalmente humano, pois o assédio moral é muito grave para a saúde das pessoas, podendo levar a morte.

#### **4. REFERÊNCIAS**

DIAS, José Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

LEYMANN, Heinz. *La persécution au travail*. Paris: Éditions du Sueil, 1996

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. São Paulo: LTr, 2006, p. 262-263

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil / Caio Mário da Silva Pereira; Gustavo Tepedino. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMOS, André de Carvalho Curso de direitos humanos . 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do trabalho; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018

SIQUEIRA, Natercia Sampaio. MEMÓRIA, Caroline Viriato. A "BANALIDADE DO MAL" NAS EMPRESAS: REVISITANDO HANNAH ARENDT. Disponível em

file:///C:/Users/Andr%C3%A9/Downloads/31009-181552-1-PB(3)%20(6).pdf acesso em 28 de nov. de 2022.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

ZANETTI, Robson. Assédio Moral no Trabalho. E-book. 2018.

## **A REDE DE INTERNET, AVANÇOS, DESAFIOS E CIBERCRIMES.**

**ALESSANDRA CRISTINA SANTANA PICANÇO LIMA:**

Pós-graduada em Direito pela Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI <sup>150</sup>

**RESUMO:** Esse estudo escreve uma análise histórica e acompanha o desenvolvimento da Rede de Internet, sua interferência positiva e negativa no contexto atual, como se trata de uma ferramenta “fenômeno” em constante evolução, o material utilizado para construção deste artigo foram livros, artigos e como fonte principal a rede de Internet, Apesar de existir uma gama de materiais acerca do tema, torna-se um desafio artificar um conteúdo fixo, pois o mesmo está em constante mutação. Diante da disseminação de informações em alcance mundial, é evidente que o Tema Rede de Internet e seus condicionantes serão desafiadores a cada publicação de um novo artigo. Será que a Rede de Internet é um mundo paralelo ou realmente faz parte do mundo, porém é preciso conhecer os benefícios e malefícios que o acompanham tais como: cibercrimes, conectividade empresarial e globalização. A Internet foi criada em 1969, nos Estados Unidos. Chamada de Arpanet, tinha como função interligar laboratórios de pesquisa. Naquele ano, um professor da Universidade da Califórnia passou para um amigo em Stanford o primeiro e-mail da história. Essa rede pertencia ao Departamento de Defesa norte-americano.

**PALAVRAS-CHAVE:** Rede de Internet. Cibercrimes. Avanços. Desafios.

**ABSTRACT** - This study writes a historical analysis and affects the development of the Internet Network, its positive and negative interference in the current context, as it is a tool "phenomenon" in constant evolution, the material used to build this article were books, articles and as a main source the Internet network, Although there is a range of materials on the subject, it becomes a challenge to artifice a fixed content, because it is constantly changing. Given the spread of information in a global scope, it is evident that the Internet Network Theme and its constraints will be challenging to each publication of a new article. The Internet Network is a parallel world or really part of the world, but it is necessary to know the benefits and harms that accompany it such as: cybercrimes, business connectivity and globalization. The Internet was created in 1969 in the United States. Called Arpanet, its function was to interconnect research laboratories. That year, a professor at the University of California passed to a friend at Stanford the first email in history. That network belonged to the United States Department of Defense.

**Key Words:** Internet network. Cybercrimes. Advances. Challenges.

---

150 E-mail alessandrapicano5@hotmail.com

## 1. Introdução

As contribuições de John Dewey, Marie Montessori, Célestin Freinet, Jean Piaget, Lev Vygotsky, Carl Rogers e Paul Freire continuam a inspirar aqueles que pensam e criam conhecimento no campo da inovação educacional. São referências importantes para pensadores contemporâneos que agregaram mais um elemento às propostas de inovação educacional: a tecnologia. O progresso científico, o desenvolvimento tecnológico, tudo o que pode apoiar e facilitar a vida social e privada multiplica-se a uma velocidade espantosa graças a este fenômeno: a comunicação e a informação disponível são compartilhadas e processadas a grande velocidade simultaneamente nos lugares mais inusitados do mundo. O planeta é a propagação do conhecimento.

Ao mesmo tempo, a World Wide Web, representa um mecanismo de disseminação de informações mundiais e um meio de interação e cooperação entre pessoas e computadores, independentemente de sua localização geográfica. Um exemplo notável encontrado no recente lançamento da Biblioteca Digital Mundial da UNESCO (Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura).

O produto da humanidade, além de suas virtudes, também abriga vícios e defeitos humanos, as piores atrocidades nele são os indivíduos organizados indicam se devem causar danos, destruir e prejudicar por puro prazer, as importantes ferramentas de proteção como firewall software anti-código não são 100% eficazes na luta contra todos os tipos de ataques e fraudes existentes e a intenção do conteúdo e está além de seu controle. Mas como saber quando a "maré está baixa para os peixes"? Existe uma tábua de marés, muito utilizada na região de Porto de Galinhas, no litoral de Pernambuco, que indica diariamente os melhores horários para visitar as belas piscinas naturais, com base no movimento do mar? Existe um melhor momento para navegar na Internet, mesmo que seja vulnerável a ataques e golpes, e um melhor momento para obter dados, informações e conhecimentos valiosos e precisos? A resposta é não! O alcance da rede é mundial e a maré é sempre para os peixes nela, porque a rede não dorme! Não há descanso ao transportar conteúdo. Funciona online. Tudo o que ele tem, bom ou ruim, está onipresente em sua mente!

Como um todo, este trabalho destaca a vulnerabilidade do sistema devido à velocidade com que novos avanços tecnológicos ocorrem, a necessidade constante de ferramentas de suporte capazes de neutralizar interrupções e invasores e a variabilidade jurisdicional de direitos e deveres, que acompanha essa avalanche de inovação em rede em larga escala. Dessa forma, é possível visualizar que os detentores de grandes redes são indústrias altamente ricas e poderosas, cenário que nos alerta para a necessidade de investir em pesquisa de informações e consequentemente deixarmos de ser reféns dos

detentores de grandes redes. Seria necessário implementar uma política de investimentos na área de pesquisa e tecnologia por meio da educação básica, média e superior.

Este artigo utilizou referências recentes para contextualizar o cenário tecnológico atual, embora o escopo das informações aqui compartilhadas possa ficar desatualizado em pouco tempo. Por isso, é necessário, continuamente criar recursos financeiros em pesquisas sobre o desenvolvimento de redes e tecnologias para que não nos tornemos escravos sistêmicos de corporações estrangeiras.

## **2 Desenvolvimento**

### **2.1. A rede de Internet**

Sim, a internet não tem só coisas sociais boas. O poder dos artefatos e tecnologias irá surpreendê-lo em pouco tempo com algo que poderia ser considerado um luxo ou uma simples comodidade extra, torna-se uma necessidade. Já imaginaram nos dias atuais uma semana sem Internet, colapso, sim essa seria a palavra para descrever tal acontecimento.

A nova geração possui contornos digitais, como ao nascer: inúmeros hospitais utilizam a grande Rede de Internet, programas no setor administrativos, além da utilização das mídias sociais para compartilhar momentos de alegrias e tristezas. No entanto surge conflitos referente a invasão de privacidade, pane no sistema de dados, dentro outros.

De acordo com o Decreto MCT 148, de 31 de maio de 1995, que aprovou a Portaria 004/95, que regulamenta o uso dos recursos da rede pública de telecomunicações para acesso à Internet, a Internet pode ser definida como: "nome genérico que se refere a um conjunto de redes, meios transmissão e comutação, roteadores, dispositivos e protocolos necessários para a comunicação entre computadores, bem como o software e os dados em andamento nesses computadores.

O acesso à Internet é, portanto, independente do tipo de computador, sistema operacional, tecnologia de rede ou dispositivo utilizado, desde que os protocolos TCP/IP estejam disponíveis.

No início dos anos 1980, a ARPA (Advanced Research Project Agency), começou a integrar as redes de computadores de outros centros de pesquisa na Arpanet, a ANSF (National Science Foundation Network), conectou os supercomputadores de seus centros de pesquisa, criando uma rede conhecida como NSFNET, que em 1986 foi conectada à Arpanet, uma coleção de todos os computadores, e a rede conectada a esses dois backbones ficou oficialmente conhecida como Internet. Em 1988, foi lançado o primeiro cabo transatlântico de fibra ótica conectando a América do Norte à Europa.



Em 02 de novembro de 1998, foi detectado em vários computadores da Internet um programa capaz de replicar e bloquear máquinas por onde passava um worm de Internet (verme da Internet). Criado por um aluno da Cornell University para demonstrar a vulnerabilidade dos computadores em uma rede.

O engenheiro britânico Tim Berners-Lee, do Conselho Europeu de Pesquisa Nuclear (CERN), com sede na Suíça, é creditado por atingir o WWW, abreviação de WORD WIDE WEB, em 1990, a World Wide Web, tornou-se o auge da Internet. Dois anos depois, surgiu o termo "Surfing the Internet", introduzido pela bibliotecária americana Jean Armour Polly, que deu o título à sua obra de mesmo nome.

Lançamento da mídia social Instagram em 6 de outubro. No dia de Ano Novo de 2016, a Internet Society comemora seu 25º aniversário da adoção pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU de uma resolução para promover, proteger e desfrutar dos direitos humanos na Internet. 150.000 dispositivos. O IPv6 hackeado atinge 10% de implantação em todo o mundo, tornando-o o protocolo de Internet dominante (mais de 50%) para redes móveis nos EUA. Domínios milionários hg.com, vivo.com, jade.com e la.com. Com aproximadamente um bilhão de usuários ativos no Instagram no final do ano, o número de internautas ultrapassou 5.000.000,00 representando 64,2% da população mundial.

## **2.2. Internet no Brasil**

A Internet chegou ao Brasil apenas em 1988 por iniciativa da comunidade acadêmica de São Paulo, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPSP) e da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e da Fundação Nacional de Computação Científica Laboratório (INCC), originalmente reservado à comunidade acadêmica.

Somente em 1994 iniciou-se o uso comercial da Internet em nosso país a partir do projeto-piloto da Embratel, que inicialmente permitia o acesso à Internet por meio de linha telefônica discada; posteriormente através de circuitos dedicados ou permanentes.

### **2.2.1. Princípio do setor público na era digital**

Além do setor privado, a administração pública teve que vincular redes de internet para a divulgação das atividades públicas, o que aumentou a agilidade e economia do processo. Sobre a disponibilidade de informações.

Neste texto, é importante ressaltar que o descumprimento da regra geral de divulgação de informações contidas em bancos de dados da administração pública seria inócuo, caso não fosse prevista a responsabilização. em relação aos agentes.

Nesse sentido, a matéria é regulada pelo dispositivo do procedimento previsto no art. 5º da Constituição Federal, XXX, art. 32.

No caso do referido dispositivo, também é importante destacar o dispositivo definido no § 2º, que abre a possibilidade de autuação dos servidores também por improbidade administrativa, o que deixa claro o quão importante é o descumprimento das instruções estipuladas.

Lei nº 13.709/2018, ainda sobre o princípio da divulgação, agora é necessário elaborar comentários sobre a referida lei, editada em agosto deste ano, que diz respeito à proteção de dados pessoais.

Em relação a esse diploma legal, destacaremos, de início, itens de ordem geral, para depois focarmos aqueles relacionados à administração pública.

A título liminar, refira-se que o objetivo desta Lei é estabelecer regras sobre a forma como os dados pessoais devem ser conservados, com o objetivo claro de introduzir a proteção especial aos direitos fundamentais de Liberdade de privacidade, tendo como destinatários pessoas jurídicas tanto de direito público como de direito privado, conforme se verifica no disposto em seu artigo 1º. Configura-se:

Artigo 1º esta lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com objetivo de resguardar os direitos básicos à liberdade e privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade de uma pessoa natural.

Trata-se de tema de Extrema importância em um mundo globalizado, em que a busca por informações relacionadas aos consumidores é uma constante, de forma a alimentar a economia digital. Nesse sentido, era necessária a imposição de limites para utilização desses dados, de forma a coibir práticas abusivas, a prejuízo dos comer os consumidores em outras palavras, impunha se a necessidade de estabelecimento de um controle de uso desses dados pessoais, promovendo um empoderamento dos titulares dessas informações.

Assim, a aprovação desta lei veio em um momento importante tendo em vista a impressionante proliferação de novas tecnologias que envolvem a coleta contínua de dados pessoais dos usuários sem a menor preocupação com o uso destes, bem como com a preservação do direito constitucional a intimidade.

Trata-se de matéria que se encontra na ordem do dia, e que gera desdobramento para inúmeras situações que ocorrem, de forma reiterada, no cotidiano de todos nós, assim se verifica com acesso ao Facebook, ao Instagram ou qualquer outra rede social, bem como

ao portal de transparência do setor público, em que a empresa ou terceira passa a coletar dados pessoais relacionados com aquele usuário. Nesse banco de dados a informações sobre o seu nome, e-mail, cidade, profissão, círculo de amizades e, principalmente, seus gostos e interesses, o mesmo se você verificando em relação ao Google, WhatsApp, Uber, Waze etc.

Tais dados são muito valiosos economicamente para definir, porque define tendências de consumo, bem como tendências políticas, religiosas, comportamentais, direcionando estratégias de mercado. Portanto, a edição dessa lei apenas reflete a mesma preocupação dos demais países com a utilização indevida de dados de natureza pessoal, conclusão que não se revela gratuita tendo em vista a entrada em vigor, em 25/05/2018, do "Regulamento Geral de Proteção de Dados", conhecido como (GDPR), legislação editada pela União Europeia, que estabelece regras sobre a utilização pelas empresas e os órgãos públicos.

Feitas essas observações gerais, cabe agora ressaltar o alcance dessa lei, o que é observado por meio da previsão apresentada em seu art. 3º caput. verificar que: O artigo 3º aplica a presente lei a todos os tratamentos efetuados por pessoa singular ou coletiva pública ou privada, independentemente do meio, do país da sede ou do país onde se situem, o legislador, por outro lado, também teve o cuidado de estabelecer um limite, ou seja, as situações a que a lei não se estende, o que está escrito em seu inciso IV, destacando-se especialmente a previsão estabelecida no inciso III, que volta por força da lei. Gerenciamento correto das informações.

### **2.2.2. Violação do princípio da publicidade dos processos oficiais.**

Os princípios diretores da administração pública incluem a divulgação, para divulgar o ato e criar seus efeitos externos, o que significa que todo ato administrativo é uma manifestação unilateral. Da vontade da administração pública, que tenha por objeto imediato obter, assegurar, transferir, alterar, cancelar e anunciar direitos, ou de seu dever para com os administradores ou para si mesma, é requisito para a eficiência e competência de suas atividades. o público negar a divulgação de uma ação administrativa relacionada ao tipo deste dispositivo.

Ressalte-se que o artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal dispõe expressamente sobre a publicação do sumário da execução orçamentária e do relatório da gestão pública, bem como dos planos, orçamentos e diretrizes orçamentárias., bem como a preparação da prestação de contas e do correspondente relatório preliminar.

Atualmente, refere-se a tecnologia da informação, principalmente o desenvolvimento da tecnologia da informação, que por meio da internet disponibiliza

informações online, todos podem ter conhecimento das ações executivas, nomeações, contas, legislação, gestão, seja ela municipal, estadual e federal, contratos e aquisições. O desenvolvimento da tecnologia da informação relacionado ao desenvolvimento das telecomunicações promoveu a expansão dos volumes de armazenamento de dados, sua digitalização e publicação obrigatória.

### **3. Crimes de informática (cibercrimes)**

O ano de 2006 foi significativo para esta nova área do direito, com destaque para as discussões em torno da Lei do Senado 76/2000, sobre crimes de informática. Orkut e Google estiveram bastante em voga, graças à iniciativa do Ministério Federal da Administração Pública da São Paulo. São Paulo teve um papel significativo na coibição da pornografia infantil.

O ano de 2007 começou com uma polêmica decisão judicial de bloquear o YouTube, que, entre outras coisas, relacionava as cenas provocativas da apresentadora brasileira com o namorado, captadas por um paparazzo em uma praia espanhola. Alguns importantes precedentes do STJ foram discutidos sobre os temas de videoconferência, furto qualificado, provas, software, informações fornecidas pelo site. O processo eletrônico sinaliza que o Conselho Nacional de Justiça veio para ficar e a adoção do domínio jus.br, que substitui o gov.br, para o Judiciário.

O cibercrime dominou as notícias em 2008. O projeto Azeredo, que estabelece 14 novos tipos de crimes, foi aprovado no Senado em julho e encaminhado à Câmara dos Deputados para revisão, a questão continua tramitando com urgência, duas correntes: quem defende a atualização do código penal entende que a criação de novos tipos penais é fundamental, e aqueles que entendem que há exageros e pequenos ajustes seria suficientes, além do potencial de violação da privacidade, controle doloso e ameaças às garantias individuais, porém, o Itamaraty ainda estuda o cumprimento da Lei de Budapeste pelo Brasil Convenção do Conselho da Europa (2001) sobre crimes cibernéticos. O país nem foi formalmente convidado a aderir. Temas como CPI da pedofilia Google Orkut YouTube, eleições e internet, videoconferência, televisão digital e informática jurídica também foram recorrentes nesse período.

A privacidade é cada vez mais relativizada, os gostos e preferências pessoais continuam a ser expostos publicamente, fazendo com que boatos sejam replicados como verdades.

Em 2014, a frase repetida e banal que cita "a internet é uma terra sem lei" já não faz muito sentido: temos agora duas leis específicas contra o cibercrime, ambas de 2012, e a Lei 12.965, de 23/04/2014, ou o Marco Civil para a Cível da Internet, que entrou em vigor em junho de 2014, com o Marco Civil vigente há cinco meses, foram identificados 119 varas

de segunda e terceira instância e mais de 10 varas regionais eleitorais. Foi um ano de maior crescimento e conscientização sobre questões de segurança. Falhas de segurança por vulnerabilidade, ataques cibernéticos e invasões continuaram ocorrendo, com destaque para o Heartbleed, que inclusive rendeu uma advertência do Departamento de Justiça.

Em 2018, o MPF ajuizou ação contra a Microsoft por coleta de dados pessoais sem consentimento com o sistema operacional Windows 10, sancionada pela Lei 13.709 de 14/08/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais LGPD).

A Portaria CNJ 242/2020, publicada em 11 de novembro, visa fortalecer a segurança digital dos tribunais e demais jurisdições brasileiras por meio da criação do Comitê de Segurança Cibernética do Ministério da Justiça - CSCPJ.

Os pontos de luz foram ativados nos satélites Starlink da empresa norte-americana Espaço Full, de Elon Musk. Em janeiro de 2021, ocorreu a maior violação de dados da história do nosso país, certamente com 223 milhões de CPF. Temas relacionados à proteção de dados e privacidade tiveram destaque, com toda a vigência da LGPD (a partir de 1º de agosto de 2021) e a instituição da Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) por meio da EC 115, de 10 de fevereiro, a proteção de dados pessoais passam a ser direito fundamental na Constituição (art. 5º inciso LXXIX). Criação de um governo digital (Lei 14.129 de 29 de março).

Não há mecanismos 100% que alerte o risco eminente, devido a rapidez com que as redes evoluem, corroborando para a vulnerabilidade da rede e de seus usuários, quando encontram ferramentas que neutralizam ataques cibernético, a rede cria novos dispositivos exigindo atualizações de ações contra invertidas inovadoras.

Pela nova composição do código, o crime de atentado a dispositivo de computador será punido com reclusão de um a quatro anos e multa que aumentará de um terço a dois terços se a invasão causar prejuízo econômico. Antes, a pena era de reclusão de três meses a um ano e multa. Se, em resultado da intrusão, for obtido o conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações confidenciais ou controlo remoto não autorizado do dispositivo comprometido, será punido com pena de prisão de dois a cinco anos e multa. A pena variava de seis meses a dois anos e, antes da nova lei, multa. Em caso de prisão, o regime de cumprimento pode ser encerrado.

### **3.1. Furto agravado**

A sanção, neste caso, será de reclusão de quatro a oito anos e multa. Se a violação for cometida contra pessoas idosas ou vulneráveis, a pena é elevada de um terço para o

dobro. E se praticado em servidor de computador administrado fora do país, o aumento da pena pode variar de um terço a dois terços.

### **3.2. Peculato**

O texto inclui no código correctional que a pena para peculato será de reclusão de quatro a oito anos e multa pecuniária se a vítima for enganada e prestar informações por meio de redes sociais. Assim como no furto qualificado, a pena para fraude por meio eletrônico aumenta se o servidor for utilizado fora do estado ou se o delito for cometido contra pessoa idosa ou vulnerável.

### **3.3. Caso de explosão**

Segundo o senado, um dos motivos seria uma legislação branda para punir esse tipo de atividade criminosa. “zilches líderes da fraude de segurança deploram todos zilches esforços para combater esse tipo de crime, enquanto o legislador trata essa prática como um crime menor, cujas punições são frequentemente substituídas por punições alternativas”, argumentou o senado. Após primeira aprovação no Senado, o texto foi para a Câmara e voltou com alterações que foram aprovadas pelos senadores.

### **3.4. Avanços e desafios**

O acesso à Internet é essencial nos dias de hoje, sem acesso à Internet não podemos definir o mundo globalizado, mesmo que existam lugares remotos sem esta ferramenta, em sua totalidade, cada dia que passa torna-se um número insípido. A grande questão é se realmente somos obrigados a incorporar essa ferramenta ao nosso dia a dia? Com o avanço dessa tecnologia, estamos fadados ao ostracismo digital se não formos adeptos dessa inovação.

Ressaltamos que já somos dependentes da tecnologia da rede Internet, prova disso são zilches bancos que utilizam a rede para otimizar o atendimento aos seus clientes, bancos digitais com o objetivo de facilitar a vida dos usuários que vivem em constante mobilidade, Fast Food redes de alimentação, com foco na comodidade e praticidade para quem precisa, acesso à rede de internet no setor público, visibilidade da atuação dos agentes públicos e posteriormente da administração pública, controle operativo de empresas multinacionais em tempo hábil, entre outros.

A Internet tem se mostrado um caminho sem volta, com capacidade de influenciar tudo ao seu redor e com velocidade surpreendente afetar positiva e negativamente todos que a ela tiverem acesso. Como podemos definir a Internet por todas as suas implicações, inúmeros defensores exaltarão ferozmente suas qualidades e benefícios, isentando tal ferramenta de qualquer responsabilidade maliciosa e delegando este fato a erro humano, tornando a discussão mais complicada se crimes de erro cometidos na Internet, pela



dificuldade de encontrar criminosos escondidos por trás desse mecanismo, ou criar um cenário que impeça definitivamente zilches ataques do cibercrime. Assim, o discurso da responsabilidade pelos crimes cibernéticos torna-se obsoleto e as redes evoluem rapidamente.

Em 1989 foi estabelecido o primeiro provedor de acesso à Internet comercial do Mundo, o The World. Com a liberação do acesso à rede Internet para o público em geral, até então reservado à comunidade acadêmica, houve um aumento vertiginoso em sua estrutura e no número de usuários.

A redução do custo de acesso e o aumento da velocidade de transferência de dados afetaram o uso da Internet. O impacto na economia é incalculável, tornando-nos verdadeiros escravos digitais. Uma empresa de qualquer tipo, sem computadores conectados à Internet e as Redes de Informática, simplesmente não pode coexistir com seus concorrentes na sociedade atual.

Desde o início, com a criação do ábaco, estimado em 550a.C. e atribuído ao matemático grego Pitágoras, até recentemente, na década de 1980, marcado pela criação do computador pessoal (o Personal Computer que restou, que se tornou conhecida mundialmente pela sigla "PC"), introduzida pela IBM e fundada por o software também foi desenvolvido pela empresa americana Microsoft, houve um salto tecnológico inegável.

#### **4. Conclusão**

World Wide Web representa uma forma de divulgação de informações ao redor do mundo. Internet pode ser definida como um conjunto de redes, meios de transmissão e troca, roteadores, dispositivos e protocolos necessários para a comunicação entre computadores. O acesso à Internet independe do tipo de computador, sistema operacional, tecnologia de rede ou dispositivo utilizado. O Internet Group comemora 25 anos desde que foi endossado pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas com uma resolução para promover, proteger e usufruir dos direitos humanos na Internet.

O IPv6 (Internet Protocol Version 6) hackeado responde por 10% do uso mundial, tornando-o o protocolo de internet dominante para as redes móveis dos EUA. A Internet chegou ao Brasil em 1988. Em 1994, iniciou-se o uso comercial da Internet em nosso país. As administrações públicas devem conectar redes online para publicar obras públicas.

Essa lei visa estabelecer regras sobre como os dados pessoais devem ser armazenados, com o objetivo expresso de estabelecer proteção especial para direitos fundamentais de privacidade, devido à privacidade. Este é um tema de extrema

importância em um mundo globalizado, onde a busca por informações relevantes para era digital. É necessário estabelecer limites ao uso desses dados para evitar abusos nocivos contra os consumidores que detêm essas informações. O Regulamento Geral de Dados entrou em vigor em 25 de maio de 2018.

A Proteção, conhecida como GDPR (General Data Protection Regulation), é uma lei promulgada pela União Europeia que estabelece regras quanto ao uso de dados por empresas e órgãos públicos. O ano de 2006 foi marcante para essa nova área do direito, com destaque para as discussões em torno da Lei do Senado 78/2006, sobre crimes de informática. O projeto Azeredo, que estabelece 14 novos tipos de criminosos, foi aprovado no Senado em julho e encaminhado à Câmara dos Deputados para análise.

Em 2018, o MPF ajuizou ação contra a Microsoft. Em janeiro de 2021 ocorreu a maior violação de dados da história do nosso país. A proteção de dados pessoais passa a ser um direito fundamental na Constituição, pois, não existem mecanismos 100% que alertem o risco iminente.

Existem muitos recursos legais que são ineficazes para acompanhar o ritmo de desenvolvimento das grandes redes. Para desenvolver efetivamente novos produtos, serviços e tecnologias, é necessário investimento na ciência, pesquisa e tecnologia, possibilitando uma possível competitividade com as grandes redes, assim deixando de ser dependente das grandes redes.

## 5.Referências

SIGNIFICADO. <https://www.significados.com.br/internet/> Acesso em 16 de fevereiro de 2023.

BRASIL.Congresso.Senado.SENADONOTICIAS.[https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/05/28/lei-com-penas-mais-duras-contra-crimes-ciberneticos-e-sancionada-dia-04/01/2023http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Lei/L14155.htm](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/05/28/lei-com-penas-mais-duras-contra-crimes-ciberneticos-e-sancionada-dia-04/01/2023http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14155.htm) Acesso em 16 de fevereiro de 2023

PROJURIS.<https://www.projuris.com.br/blog/direito-digital/#h-o-que-e-direito-digital>.Acesso em 18/02/2023

Zaniolo, Pedro Augusto. **Crimes modernos: O Impacto da tecnologia no direito**. 5.ed.rev., ampl. E atual, - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

Adayr Cabral Filho & Yanina Huck. **Manual do administrador público**. Adayr Cabral Filho & Yanina Huck - Manaus: Editora Valer, 2007. Administração pública I.Huck, Yanina II. Título

Bezerra Filho, Aluizio. **Processo de improbidade administrativa: anotado e comentado**. Ed rev., atual e ampl. - Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

Epitzcovsky, Celso. **Direito administrativo esquematizado**. 2 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Ferraz, Ana Candida da Cunha. **Constituição Federal interpretada**. 10 ed. - Barueri- SP: Manole , 2019.

## **LEI DA ADOÇÃO E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS SOBRE A ENTREGA VOLUNTÁRIA**

**AMANDA DA SILVA OLIVEIRA.**  
Bacharelanda em Direito pela  
Universidade de Gurupi – UnirG<sup>151</sup>.

GLEIDY BRAGA RIBEIRO<sup>152</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Muitas mulheres vem ao longo dos últimos anos entregando os bebês de forma voluntária para a adoção. Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude. O sigilo no processo é direito da gestante e também da criança. No entanto, essa prática ainda é pouco discutida e analisada, seja sob o viés legislativo como também sobre os efeitos desse ato no campo jurídico e social. Dessa forma, o presente estudo teve o objetivo de analisar os aspectos jurídicos e sociais da entrega voluntária no processo de adoção no Brasil. Os materiais utilizados na sua elaboração foram unicamente bibliográficos e teóricos retirados de livros, periódicos e decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros. Nos resultados, ficou claro entender que primeiramente a entrega voluntária de bebês à adoção não é considerado crime. A jurisprudência brasileira tem julgado positivamente sobre a entrega voluntária, desde que respeitado os procedimentos da adoção e que o contexto seja benéfico ao bebê. Soma-se a isso o fato de que se deve ter maior apoio institucional e social sobre a mulher que realize esse ato, vide o fato de que a entrega voluntária ainda se encontra muito estigmatizada na sociedade.

**Palavras-chave:** Adoção. Entrega voluntária. Consequências jurídicas e sociais.

## **LAW OF ADOPTION AND THE STATUTE OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: LEGAL AND SOCIAL ASPECTS ON VOLUNTARY DELIVERY**

**ABSTRACT:** Many women have come over the last few years by delivering babies voluntarily to adoption. According to the Statute of the Child and Adolescent (ECA), the pregnant woman or mother who expresses interest in delivering her child for adoption, before or soon after birth, will be sent to the childhood and youth court. Confidentiality in the process is right of the pregnant woman and also of the child. However, this practice is

---

151 E-mail: [amandasoliveira@unirg.edu.br](mailto:amandasoliveira@unirg.edu.br).

152 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

E-mail: [gleidy.braga@unirg.edu.br](mailto:gleidy.braga@unirg.edu.br).

still little discussed and analyzed, whether under the legislative bias as well as the effects of this act on the legal and social field. Thus, the present study aimed to analyze the legal and social aspects of voluntary delivery in the process of adoption in Brazil. The materials used in their elaboration were only bibliographic and theoretical taken from books, periodicals and jurisprudential decisions of the Brazilian courts. In the results, it is clear to understand that firstly the voluntary delivery of babies to adoption is not considered a crime. Brazilian jurisprudence has judged positively on voluntary delivery, provided that the adoption procedures are respected and the context is beneficial to the baby. In addition, the fact that there should be greater institutional and social support on the woman who performs this act, see the fact that voluntary delivery is still very stigmatized in society.

**Keywords:** Adoption. Voluntary delivery. Legal and social consequences.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Da adoção no Brasil: Aspectos gerais. 3. A entrega voluntária na adoção. 4. Consequências jurídicas em contexto. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos bens mais tutelados pelo indivíduo é a família. Ela constitui o alicerce para o crescimento e desenvolvimento humano. Devido a sua importância, o Direito brasileiro, conforme preceituado na Constituição Federal de 1988 (art. 227) e no Código Civil (art. 1.618 e 1.619), e disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe de maneira específica, os assuntos relacionados à família dentre os mais variados, e encontra-se, para fins desse estudo, o instituto da adoção.

Como explica Macedo (2012) a adoção é uma modalidade de constituição familiar caracterizada por “aceitar” um estranho na qualidade de filho, uma vez que não houve uma relação biológica, mas de manifestação de vontade e/ou de sentença judicial.

A norma jurídica brasileira traz em seu bojo as regras para a adoção. Sendo assegurada pela Constituição Federal de 1988, bem como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), encontra-se os requisitos, obrigações e direitos relacionados à adoção.

Uma situação pouco discutida, mas que nos últimos anos vem ganhando destaque diz respeito a entrega voluntária no processo de adoção. A previsão legal de entrega voluntária de bebês para adoção foi incluída no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 2017 pela Lei nº 13.509, com a entrada em vigor do artigo 19-A.

Cabe lembrar que a indicação de vontade de fazer a entrega voluntária pode ser feita em órgãos de assistência, como o Ministério Público, Centro de Referência da Assistência Social (Cras), Centro de Referência Especializado de Assistência Social (Creas) e Conselho Tutelar, por exemplo. A gestante, então, é ouvida por "equipe interprofissional" da Justiça da Infância e da Juventude.

A presente norma trata-se de um mecanismo que procura proteger as crianças e evitar práticas que não são permitidas no Brasil, como aborto fora das hipóteses previstas em lei, abandono de bebês e adoção irregular (ZANICOTTI, 2021). Ou seja, a entrega voluntária não é um ato ilícito, sendo plenamente normatizado no ordenamento jurídico brasileiro.

Durante a análise da presente temática, procurou-se responder a seguinte questão: quais os efeitos jurídicos e sociais da entrega voluntária na adoção? Diante desse cenário, o presente estudo teve o objetivo de analisar os aspectos envolvendo a entrega voluntária no processo de adoção. Buscou-se com esse tema compreender os efeitos jurídicos e sociais dessa ação, seja no campo jurídico e/ou social.

A metodologia empregada foi a de revisão da literatura, tendo como fonte de pesquisa a base de dados digitais como Google, Scielo, etc., e em livros, periódicos, artigos científicos e na legislação e jurisprudência brasileira.

## **2. DA ADOÇÃO NO BRASIL: ASPECTOS GERAIS**

Antes de se adentrar na discussão central desse estudo é preciso delimitar alguns termos, como a adoção e a entrega voluntária. Nesse tópico, contudo, será descrito os principais aspectos da adoção no Brasil. Insta salientar que não é o intuito apresentar detalhadamente sobre a adoção, apenas os pontos principais.

Inicialmente, é preciso delinear o processo histórico que levou a adoção a ser regulada de forma mais concisa e coerente nos dias atuais na legislação pátria. Alves (2019) explica que a adoção – termo este oriundo do latim “adoptio”, que significa “tomar alguém como filho” – sempre existiu no Brasil. O autor explica que a razão que levaram os pais a adotarem bebês e crianças são variados, mas esta ação sempre esteve presente na história da sociedade brasileira.

Em termos conceituais, cabe mencionar, a adoção pode ser entendida como o processo legal que consiste na ação de aceitar de forma natural e espontânea como filho determinada pessoa (MACIEL; CRUZ, 2020). Nos dizeres de Nery (2017) é uma medida de aceitação espontânea de alguém como parte integrante da vida de uma família, de uma casa.



De maneira mais direta, Itaboraí (2017) conceitua que a adoção é o processo afetivo e legal por meio do qual uma criança passa a ser filho de um adulto ou de um casal. Ou ainda, é o caminho jurídico ao qual um adulto utiliza para integrar em sua família uma terceira pessoa como filho.

Voltando ao processo histórico, Maciel e Cruz (2020) acentuam que o sistema adotivo brasileiro a priori, era feito de forma informal, onde em algumas situações o adotante objetivava não um filho, mas sim uma mão de obra. Por essa razão, nos primórdios, diversas crianças eram acolhidas na verdade para serem escravizadas em troca de comida e abrigo.

Em 1916 houve a promulgação do Código Civil, que em seu texto trouxe a normatização da adoção, pelo qual, sem a interferência do Estado, era feito um contrato entre as partes interessadas em adotar. Cabe lembrar, que esse regramento jurídico não trazia a previsão dos direitos dos adotados (FARAJ. 2018).

Por conta da ausência de direitos dos adotados, estes continuavam a serem colhidos para trabalho, e não como membro de uma família. Soma-se a isso, que no Código de 1916, como bem acentua Nery (2017), as regras não traziam qualquer benefício aos menores. Isso se deve pelo fato de que no texto civilista de 1916, ainda que se tenha a garantia da transferência do pátrio poder dos pais biológicos para os pais adotantes, os filhos adotados não tinham direitos iguais em relação aos filhos biológicos.

Soma-se a isso, que o presente Código, exigia a condição de ter a diferença de 18 anos entre o adotante e o adotado e que os adotantes teriam de ter mais de 50 anos de idade. E por fim, não poderiam ter filhos naturais/biológicos (MEDEIROS; ANDRADE; COSTA-DALPINO, 2021).

Ainda no Código de 1916, em relação ao processo adotivo, este também era informal, uma vez que tudo era resolvido em cartório, que registrava os filhos como legítimos. Além desse Código, menciona-se ainda a Lei nº 3.133/1957, e a Lei nº 4.655/1965, que modificaram alguns procedimentos do processo de adoção, tais como a idade dos adotantes (30 anos ou mais) e diferença mínima de 18 anos, além da irrevogabilidade da adoção, sem, contudo, trazer alguma alteração no direito dos menores (SOUZA, 2019).

No ano de 1977 houve a entrada em vigor da Lei nº 6.515 denominada de Lei do Divórcio. Nessa lei a adoção se tornou irrevogável. Posteriormente teve-se o Código de Menores (Lei nº 6.697/77) renovou esse tema ao trazer a adoção simples (crianças abandonadas e vulneráveis socialmente) e adoção plena, onde os adotados detinham direitos iguais dos filhos biológicos até os 7 anos de idade (ALVES, 2019).

Ainda no Código de Menores alguns requisitos se impunham, como o casal adotante teria de ter pelo menos 5 anos de casamento, sendo que uma das partes deveria ter no mínimo 30 anos de idade, além da diferença de 16 anos de idade em relação ao adotado. Soma-se ainda que as pessoas solteiras e casais homossexuais não poderiam adotar (FARAJ, 2018).

Essas regras foram, de forma justa e necessária, alteradas com o advento da Constituição Federal de 1988. Chamada de Constituição Cidadã, a norma principal do país trouxe um processo mais coeso e justo para a adoção. Isso é visto principalmente quando o texto constitucional deixa claro que as crianças e adolescentes devem receber tratamento integral e de proteção. Ou seja, aqui eles são os protagonistas e não apenas coadjuvantes (CÉSAR; LOURES; ANDRADE, 2019).

Para Mazzotti (2022) com a entrada da Constituição Federal de 1988 a adoção ficou mais clara e igualitária, uma vez que introduziu a proteção integral às crianças e adolescentes, dando ênfase aos direitos fundamentais (art. 227), como a vida, saúde, alimentação, educação, lazer, etc., além de garantir um tratamento igualitário dos filhos adotivos e filhos legítimos (art. 227, §6º).

Para dar melhor embasamento sobre essa questão, em 1990 por meio da Lei nº 8.069 criou-se o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) que garantiu os direitos descritos pela Constituição Cidadã e trouxe novas regras para os procedimentos de adoção no Brasil.

A título de exemplo, tem-se que a idade básica para se habilitar à adoção é de 18 anos, seja homem ou mulher. Além disso, não importa mais o estado civil, desde que se tenha 16 anos de diferença em relação ao adotado. Outra mudança significativa foi que a adoção poderá ser realizada por pessoa solteira e por casais homoafetivos (STF, RE 846.102, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 05/03/2015), ao contrário do encontrado no Código de Menores de 1977 (BRASIL, 1990).

Sobre os procedimentos práticos da adoção, os interessados devem procurar a Vara da Infância e Juventude da cidade onde reside e dar início ao processo de adoção através de advogado ou defensor Público. É obrigatório a participação em curso de preparação psicossocial e jurídica (BRASIL, 1990).

Uma mudança também trazida por esse regime jurídico é que o pretendente pode detalhar o perfil desejado da criança e isso ocorre durante a entrevista técnica, que é previamente agendada. Escolhe-se o sexo, faixa etária, estado de saúde do menor, dentre outras características. Salienta-se que irmãos não podem ser separados, conforme vedação legal (BRASIL, 1990).

Realizado os trâmites legais, é feito um laudo pela equipe técnica da Vara da Infância e Juventude, um parecer emitido pelo Ministério Público e, por fim, o juiz dará a sentença. Sendo o pedido acolhido, o nome do pretendente será incluso no Cadastro Nacional de Adoção (BRASIL, 1990).

O pretendente à adoção será notificado pela Vara da Infância e Juventude quando aparecer a criança com perfil compatível. Dando tudo certo, ambos serão apresentados. A partir daí serão marcados encontros com o menor no abrigo onde ele mora, podendo haver pequenos passeios para que haja interação entre o adotando e a futura família. Após esse período, e dando positivo para a criação do vínculo afetivo, a adoção é proferida pelo juiz, e assim a criança ou adolescente terá a partir disso, todos os direitos de um filho biológico (CÉSAR; LOURES; ANDRADE, 2019).

Cabe mencionar também a Lei nº 12.010/2009 que regula sobre a adoção. Esta lei estabeleceu a formação e implementação de cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção. Como bem destaca Mazzotti (2022), a presente norma favoreceu o processo de adoção, haja vista que as crianças são cadastradas no Sistema Nacional de Adoção facilitando o elo entre elas e sua futura família.

Frente ao exposto, verifica-se que a adoção no Brasil, no que se refere à legislação, é um ordenamento justo e seguro. No entanto, a realidade brasileira em muitos casos foge à norma. No caso presente, em algumas situações a entrega da criança é feita de forma voluntária, mostrando-se uma situação excepcional. Sobre esse ato, descreve-o no tópico seguinte.

### **3. A ENTREGA VOLUNTÁRIA NA ADOÇÃO**

A Lei de Adoção trouxe mudanças no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), incluindo a denominada "entrega voluntária", ou seja, quando uma mãe entrega seu filho voluntariamente para adoção em um processo assistido pela Vara da Infância e Juventude. Neste caso, especificamente, não há crime. Esta atitude permite a preservação dos interesses da criança e adolescentes.

A Lei nº 13.509/2017 trouxe algumas mudanças para o ECA no que se refere à entrega voluntária. Foi introduzido o art. 19-A do ECA, determinando que grávidas e mães que têm interesse em entregar seu filho para adoção, devem ser encaminhadas à Justiça da infância e juventude para iniciar o processo de procura da família extensa, ou seja, os parentes e familiares próximos. Se, porventura, não se encontre nenhum parente próximo, a autoridade judiciária determinará a guarda provisória para aquela pessoa que estiver apta

a adota-las ou será encaminhada para entidade que desenvolva acolhimento familiar ou instituição (PEREIRA, 2020).

É o que afere a seguinte jurisprudência:

CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR**. REQUERIMENTO. VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL. ADOÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. FISCAL DA LEI. 1. **A Lei 13.509/17 alterou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente para normatizar os procedimentos de entrega voluntária**, destituição do poder familiar, acolhimento, apadrinhamento, guarda e adoção de crianças e adolescentes. 2. O § 4º do art. 19 do ECA estabelece que na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, **a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional**. 3. É pacificado o entendimento de que a ausência de participação ministerial não acarreta nulidade dos atos se observados os interesses da criança. 4. Recurso desprovido. (00029198720198070013 - (0002919-87.2019.8.07.0013 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. TJDFT. 8º Turma Cível. Relator: Mario-Zam Belmiro. Data de Julgamento: 17/10/2019. Publicado no PJe: 21/10/2019).

No entendimento de Alves (2022, p. 01) “a gestante tem direito de não exercer a maternidade. Tendo sido ou não vítima de estupro”. Dias (2017, p. 40) por sua vez aponta que a previsão legal da entrega, diz, é importante “para evitar procedimentos de aborto, que são sempre traumáticos para a gestante e familiares, e situações de abandono de crianças”.

Zanicotti (2021) frisa que a criança não fica desamparada e destaca que as recém nascidas são “rapidamente adotadas”. De acordo com autor “a maioria dos pretendentes à adoção, que são em torno de 30 mil inscritos no Cadastro Nacional, preferem crianças com menos de 3 anos, principalmente recém-nascidos” (ZANICOTTI, 2021, p. 02).

O supracitado autor acrescenta que “são menos de 6 mil crianças cadastradas e disponíveis a serem adotadas que já tiveram o poder familiar destituído por decisão judicial, ficando sem vínculos familiares até serem adotadas” (ZANICOTTI, 2021, p. 02).

No que se refere aos procedimentos para que ocorra a entrega voluntária, destaca-se o Quadro 1:

**QUADRO 1 – PROCEDIMENTO PARA ENTREGA VOLUNTÁRIA**

PROCEDIMENTO	DESCRIÇÃO
Manifestação	A gestante ou mãe pode manifestar o interesse de entregar seu filho para adoção antes ou logo após o nascimento em postos de saúde, hospitais, conselhos tutelares ou qualquer órgão da rede de proteção à infância.
Análise da gestante/mãe	A mulher será então encaminhada à Vara da Infância e da Juventude, onde será ouvida por profissional da equipe técnica (psicólogo e/ou assistente social), que analisará se ela realmente está convicta e em condições de tomar a decisão, considerando-se inclusive eventuais efeitos do estado gestacional ou puerperal. Após a conversa, a equipe técnica produzirá um relatório para ser entregue à autoridade judicial.
Encaminhamento Judicial	Sendo desejo expresso da mulher, de posse do relatório, o juiz poderá determinar o encaminhamento da gestante ou mãe à rede pública de saúde e assistência social para atendimento especializado, de modo a receber o apoio necessário para exercer a maternidade de forma adequada e responsável.

Decisão Judicial	<p>Se o parecer técnico apontar que a mulher (ou casal) está convicta de sua escolha, em audiência apenas com o juiz, o promotor e um defensor público, serão feitos esclarecimentos quanto às consequências jurídicas da entrega, bem como novamente questionada a mãe (ou os pais) se a decisão é definitiva e consciente. Em caso afirmativo, no próprio ato, é proferida uma sentença extinguindo o poder familiar em relação ao filho. Nessa audiência, a mulher poderá optar por informar ou não o nome do pai, bem como se deseja manter o nascimento em sigilo de familiares e conhecidos.</p>
Contato social	<p>Uma vez encaminhada a criança para adoção, a pessoa que a entregou voluntariamente não pode mais ter contato e nem obter informações sobre ela. Não poderá ainda escolher quem irá adotá-la.</p>
	<p>Após a audiência, a criança será encaminhada para acolhimento. Caso a mãe não procure a Justiça para manifestar seu arrependimento no prazo de dez dias corridos, contados a partir da data da audiência, o bebê será imediatamente encaminhado para ser adotado por pessoa ou casal inscrito no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – apresentando, portanto, plenas condições para recebê-lo. Entretanto, a criança não é encaminhada para uma família qualquer, mas apenas para pessoa ou casal previamente habilitado para fins de adoção na Vara da</p>



Encaminhamento da criança	Infância e Juventude, que já entregou documentos para comprovar sua idoneidade moral, participou de curso de preparação e foi avaliado pelas psicólogas e assistentes sociais do Fórum, tendo sido considerado apto para o exercício de maternidade e paternidade de forma responsável.
---------------------------	---

**Fonte:** Guterres (2021)

Ainda nesse cenário, destaca-se a questão do sigilo. Nakamura (2019) explica que é necessária investigação sobre o vazamento de informações. Os profissionais do hospital ou da vara, se divulgaram dados, podem responder por crime de violação de sigilo previsto no Código Penal, com pena de multa ou de reclusão de até seis anos.

Guterres (2021) acentua que o sigilo serve para preservar a gestante e o bebê, uma vez que no caso de haver uma exposição do caso, com a repercussão, a criança pode ser estigmatizada, já que no abrigo e nos órgãos sociais e judiciais, saberão do histórico dela.

No entanto, essa questão não é pacífica na doutrina jurídica. No entendimento de Paes (2022) não se revela compatível com o superior interesse da criança privá-la do conhecimento da sua origem paterna, bem como extirpar-lhe a possibilidade e conviver com seu pai, acaso este pretenda e deseje exercer uma paternidade responsável, a pretexto de salvaguardar, em absoluto, o sigilo absoluto no ato da entrega voluntária pela mãe.

Sobre os benefícios proporcionados pela entrega legal, Alves (2022) destaca que a mãe ou os pais que optam pela entrega voluntária têm a garantia de que não serão responsabilizados pelo ato nas esferas civil, penal e administrativa. Eles se resguardam de serem eventualmente investigados, por exemplo, pelo crime previsto no artigo 238 do ECA, que ocorre quando há indícios de que foram pagos ou receberam qualquer vantagem para entregar o filho para adoção, bem como não são acionados em ação de destituição do poder familiar.

Nakamura (2019) acrescenta que quem opta pela entrega legal também tem a tranquilidade de saber que o bebê será bem cuidado e rapidamente inserido em uma família adotiva. Todo o procedimento é sigiloso, estando protegido por segredo de Justiça e não acessível ao público.

Dias (2017) afirma que a entrega voluntária previne um eventual trauma decorrente do aborto praticado por mulheres que não estão preparadas para isso, mas que não veem alternativa para a situação em que se encontram. A entrega legal, inclusive, evita o eventual abandono de bebês, o que, isso sim, configura crime.

#### 4. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS EM CONTEXTO

No tópico anterior ficou evidente que a entrega voluntária é uma forma de dar melhores condições sociais e afetivas ao bebê pela genitora. Ocorre que esse tipo de situação é bastante complexo, como toda relação humana, em especial a familiar, que a jurisprudência brasileira tem julgado essas situações de forma distinta, observando cada caso concreto.

Os julgados nacionais que discorrem sobre esse tema não são unânimes, no sentido de dar razão à entrega voluntária. O que é evidente em todos os casos, é a atenção redobrada sobre o melhor interesse da criança.

A princípio encontra-se o caso de entrega voluntária ao qual os adotantes ao realizarem o processo de adoção possuem todos os direitos a eles assegurados, inclusive sobre os genitores.

Importante destacar no que concerne aos direitos maternidade para o adotante, não havendo distinção em relação a mãe biológica, sendo disciplinado pela CLT, no que tange a licença maternidade e ao salário-maternidade para o pai ou a mãe por 120 dias (Art.392, 392-A), pausa para amamentação do filho, até completar os 6 meses (Art.396).

Aos casais homoafetivos um dos homens ou mulheres também recebe o benefício. Ressaltando que independentemente da orientação sexual, os benefícios serão direcionados somente a um dos cônjuges.

Contudo, na situação onde há uma entrega voluntária feita à margem da legislação, ainda assim, os Tribunais tem julgado favoravelmente aos pais adotantes. É o que dispõe o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PERDA DO PODER FAMILIAR. **ENTREGA DA MENOR PELA MÃE BIOLÓGICA. PEDIDO DE ADOÇÃO.** PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO SUPERIOR INTERESSE DO MENOR. SENTENÇA MANTIDA. 1. Conforme preconizam a Lei n. 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente - e a Constituição Federal de 1988, **à criança e ao adolescente deve ser despendida proteção integral, com absoluta prioridade à efetivação dos seus direitos fundamentais pela família, comunidade, sociedade e poder**

**público.** 3. É fato incontroverso a **entrega voluntária** pela mãe biológica aos Autores da menor, quando ela estava em seus primeiros meses de vida. Além de haver documento assinado e reconhecido em cartório anuindo com a entrega da criança aos adotantes, apenas com o ajuizamento da presente ação em junho de 2017 manifestou-se pela primeira vez a genitora em discordância com a adoção. 4. A perda do poder familiar foi decretada em razão de descumprimento dos deveres parentais, tais quais abandonar a filha menor e a entregar de forma irregular para adoção. Não perdeu a genitora o poder familiar por qualquer motivo atrelado às suas condições financeiras. Dentre outras condutas, evidenciou-se ainda a negligência em não manter o mínimo vínculo afetivo, mantendo-se ausente da convivência da menor durante anos, sem nem sequer conferir as condições em que se encontrava com os então guardiões. 5. **Desde o nascimento da menor, em janeiro de 2014, até o primeiro registro de discordância com a adoção (06 de junho de 2017) não há qualquer comprovação de tentativa de contato e aproximação da genitora biológica. Anos durante os quais, até o momento, manteve-se ausente, não criando vínculos nem participando de qualquer forma da criação e educação da adotanda, bem como não comprovando sequer ter tentado seja faticamente, seja judicialmente, assegurar tal convivência. Assim, não se configurou vínculo afetivo entre a criança e sua mãe biológica.** 6. Ademais, a prioridade do pleno desenvolvimento da criança, que corresponde ao dever dos pais de prover seu sustento, guarda e educação não se afasta nem pode ser relativizada consoante as variações das condições de vida dos genitores, não sendo legítimo afirmar a existência de um momento financeiro e psicológico difícil para se abandonar o menor e, depois, acreditar que a melhora eventual deste cenário faça jus à retomada da criança para a convivência com a família biológica. A construção de um lar, a integração ao sistema familiar, a manutenção de vínculos concretos de afeto, o sentimento efetivo de pertencimento ao núcleo familiar por parte da criança, bem como a manutenção de condições objetivas ao seu pleno desenvolvimento não podem dar lugar à relatividade das contingências da vida pessoal dos pais, os quais, entendendo subjetivamente possuir ou não melhores condições de criar o menor, resolvem por optar exercer ou não o poder familiar sazonalmente. 7[...] Ademais, **a criança esteve praticamente desde**

**seu nascimento com os pais adotantes, e, segundo laudo técnico, tem neles a identificação da figura parental desde então.** 8. Não há comprovação de má-fé dos adotantes, os quais, **apesar de não se valerem efetivamente do regular trâmite legal para o processo de adoção**, também não incidiram, segundo a prova dos autos, nas figuras previstas nos arts. 237 ou 238 do ECA. Nesse ensejo, dispõe o Estatuto, em seu art. 50, §13º, III que será deferida a adoção em favor de candidato não cadastrado previamente quando oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei. 9. Verificadas as condutas descritas, a prevalência da estada da menor com a genitora biológica, que voluntariamente a entregou ao casal postulante da adoção, se ausentando por diversos anos da convivência com a criança, deve dar espaço ao melhor interesse da criança, em especial de conviver em local que assegure seu desenvolvimento integral e de ter sua saúde e integridade psíquica e moral garantidas, preservando-a na maior medida possível de novas formas de negligência, consoante art. 39, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. [...] Não é este o caso em apreço. [...] 12. Incabível o reconhecimento de pluralidade de vínculos, uma vez que a adoção implica o rompimento dos vínculos com os ascendentes biológicos do adotando, conforme disposição do art. 41 do ECA. 13. Apelação conhecida e desprovida. (00018984720178070013 - (0001898-47.2017.8.07.0013 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. TJDFT. 1º Turma Cível. Relator: Roberto Freitas. Data de Julgamento: 04/09/2019. Publicado no PJe: 18/09/2019).

No caso acima mencionado, verificou-se inicialmente que a entrega voluntária e o processo de adoção foram feitos à margem da Lei. No entanto, como aferido nos autos e citado na ementa, a genitora perdeu o poder familiar em razão de descumprimento dos deveres parentais, tais quais abandonar a filha menor e a entregar de forma irregular para adoção. Dentre outras condutas, evidenciou-se ainda a negligência em não manter o mínimo vínculo afetivo, mantendo-se ausente da convivência da menor durante anos, sem nem sequer conferir as condições em que se encontrava com os então guardiões. A criança esteve praticamente desde seu nascimento com os pais adotantes, e, segundo laudo técnico, tem neles a identificação da figura parental desde então.

Diante dos fatos apresentados no caso aqui em destaque, o magistrado decidiu em permanecer a adoção da criança com os pais adotantes, haja vista que a mãe biológica não demonstrou qualquer vínculo afetivo ou interesse na filha. Não há de se falar, portanto, de arrependimento ou alteração do *status quo*.

Importante destacar que nos casos de entrega voluntária em sede de adoção, tanto a criança quanto um adolescente possuem a garantia de ser ouvida sobre a situação. A oitiva deles se faz presente no decorrer do processo, principalmente quando se está julgando o restabelecimento da relação familiar e da situação da adoção. É o que confirma a presente jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. GUARDA PROVISÓRIA. MEDIDA CAUTELAR. URGÊNCIA. AUSÊNCIA. **ENTREGA VOLUNTÁRIA PROMOVIDA PELA GENITORA. RESTABELECIMENTO DA GUARDA. OITIVA DA ADOLESCENTE.** CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL. ESTUDO PSICOSSOCIAL. CONSTRANGIMENTO DESNECESSÁRIO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITA. ADEQUAÇÃO. Em sede de cognição sumária, restando incontroverso que **a genitora da menor exercia a guarda e entregou a menor aos cuidados do genitor e dos avós paternos**, não se pode mudar a guarda de fato sem haver motivo idôneo e comprovado para a adoção da medida em sede liminar. Havendo dificuldade de contato entre a genitora e sua filha, a questão deve ser resolvida por regulamentação do direito de visitas. Se a questão mais urgente na relação familiar já foi resolvida pelo magistrado de origem, que impôs o regime de visitação da agravada à adolescente, não há razão para se modificar provisoriamente a guarda. Mais prudente que se aguarde o desenvolvimento do processo, com a tentativa de conciliação e a realização de estudo psicossocial, **levando em consideração, inclusive, a vontade da adolescente, a ser ouvida em ambiente adequado, sem a influência nem orientação de nenhuma das partes envolvidas na demanda e sob a tutela de profissionais capacitados para tanto.** Com o julgamento de mérito do Agravo de Instrumento, fica prejudicado o Agravo Interno interposto contra a decisão liminar. (07107098620208070000 - (0710709-86.2020.8.07.0000 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. TJDFT. 6º Turma Cível. Relator: Esdras Neves. Data de Julgamento: 22/07/2020. Publicado no DJE: 05/08/2020).

Outro ponto apontado sobre essa temática, diz respeito ao instituto do arrependimento. A Lei nº 13.509/17 trouxe a possibilidade de os genitores exercer o arrependimento no prazo de dez (10) dias, contado da data de prolação da sentença de extinção do poder familiar, a teor do art. 166, § 5º, in fine, do ECA.

É o que assegura a Lei e reafirmado pelo seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ECA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. DECADÊNCIA. CABIMENTO DO RECURSO. ARTS. 487, INCISO II, E 1.015, INCISO II, DO CPC. **ENTREGA VOLUNTÁRIA DE MENOR. EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR. RETRATAÇÃO. DIREITO DE ARREPENDIMENTO.** ART. 166, § 5º, DO ECA. DEFENSORIA PÚBLICA. INTIMAÇÃO PESSOAL. PRAZO EM DOBRO. PEDIDO TEMPESTIVO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. REFORMA DO DECISUM AGRAVADO. 1. [...] 2. **A entrega voluntária pela mãe ou gestante de seu filho ou recém-nascido para adoção em procedimento assistido pela Justiça da Infância e da Juventude foi introduzida no ECA, em seu artigo 19-A, pela Lei nº Lei 13.509/17. Contudo, é possível aos genitores exercer o arrependimento no prazo de dez (10) dias, contado da data de prolação da sentença de extinção do poder familiar, a teor do art. 166, § 5º, in fine, do ECA.** 3. [...] 4. **Constatada a tempestividade do pedido de retratação à entrega voluntária, proposto pela Defensoria Pública dentro do prazo legal, impõe-se a reforma da decisão resistida para, afastando a decadência, determinar a retirada do nome da menor do cadastro de adoção e entrega imediata aos cuidados da genitora, em atenção à manifestação de vontade, ao equilíbrio emocional e ao melhor interesse da criança.** 5. Agravo de instrumento conhecido e provido. (07316889820228070000 - (0731688-98.2022.8.07.0000 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. TJDFT. 4º Turma Cível. Data do Julgamento: 09/12/2022. Publicado no PJe: 02/01/2023).

Feito essas ponderações jurisprudenciais sobre o tema em destaque, na parte social, é preciso frisar o estigma que a mulher possui em relação ao ato de entregar voluntariamente um bebe ou criança.

De acordo com Souza (2019) existe uma mistificação sobre a maternidade e a respeito do que é ser mãe, que no geral está diretamente ligado a algo "sagrado" e a um amor incondicional e imediato. Segundo essa autora, acaba por idealizar um sentimento



que não é encontrado em todos, além de reforçar papéis já estabelecidos. Em razão disso, muitas mulheres não se permitem fazer qualquer tipo de questionamento sobre exercer ou não a maternidade.

Rosi (2018) ao adentrar sobre essa questão, afirma que a ausência de discussões e o desconhecimento sobre esse tema, facilitam para que práticas preconceituosas sejam feitas, além de violar os direitos da mulher e da criança nesse processo. Para essa autora, é de extrema importância que haja uma percepção da necessidade da realização de um trabalho de apoio a essa mulher, entendendo que este não se limita à unidade judiciária, devendo-se articular a rede de saúde, conselhos tutelares, serviços de assistência social, dentre outros.

Essa equipe tem de vir acompanhada de profissionais preparados/as para acolher essa gestante, refletindo com a mesma sobre a legalidade do ato, de forma cautelosa, para não exercer coação ou constrangimento, seja para efetuar a entrega, colocar a criança sob guarda de membro da família extensa, ou para permanecer com a criança (CÉSAR; LOURES; ANDRADE, 2019).

Tenório (2019) acentuam que é necessário entender que existem diversos fatores que levam uma mulher a entregar voluntariamente o seu bebê. Os autores citam como exemplo a falta do genitor e/ou seu desinteresse na paternidade, a existência de muitos filhos, a falta de uma rede de apoio, a instabilidade financeira, contextos sociais de violência sexual e doméstica, dentre outras, que acabam por tornar insustentável o bem estar da criança e o desejo de cuidá-lo.

Em razão dessa realidade, algumas medidas no Brasil trazem buscar uma proteção à essas mulheres. Como exemplo, encontra-se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que criou em 2015, a Política de Atenção à Gestante, cujo foco foi elaborar procedimentos de atendimentos à mulher que expressa a vontade de realizar a entrega do filho para a adoção logo após o nascimento do bebê. Nesse sentido, esse programa elaborou e dispôs a Cartilha de Política de Atenção à Gestante. O protocolo inclui o atendimento a ser realizado pela rede socioassistencial dos municípios: saúde, saúde mental, assistência social e judiciário (TJSP, 2015).

De todo modo, entende-se nesse estudo que a prática da maternidade, bem como a da paternidade, deve ser uma escolha pessoal e fazer parte do projeto de vida dos sujeitos, apesar de se viver em uma sociedade que tende a estabelecer quais serão os papéis a serem exercidos por mulheres e homens.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A adoção é um meio de uma nova constituição familiar, onde os menores que foram abandonados pela sua família natural podem se reintegrar em uma nova possuindo os mesmos direitos e deveres de qualquer outro consanguíneo. Para essa reintegração existem regras e requisitos estabelecidos em Lei, não sendo qualquer pessoa apta a se tornar adotante.

Ocorre que dentro do cenário da adoção, a par das suas formalidades, encontra-se a entrega voluntária. Estar-se falando de um procedimento que possui embasamento na Constituição Federal de 1988, e previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que oferece a mulheres (ou casais) que engravidaram sem planejamento ou de modo indesejado e que não podem ou não desejam ficar com os bebês a opção de fazerem a entrega das crianças para adoção.

Nos últimos anos, diversos casos tem sido divulgados na grande mídia mostrando esse ato. Na mesma quantidade também se tem analisado quais os procedimentos seguir. Apesar de ser um tema pouco discutido, muito tem-se chamado a atenção sobre essa possibilidade.

Diante desses fatos, a escolha por discutir os aspectos da adoção voluntária se deu por entender que essa temática vem sendo discutida em razão de uma sociedade ainda muito resistente ao processo de adoção e ao ato de adotar. Muitas mulheres vêm preferindo alternativas ilegais para “desfazer” de seus bebês. A entrega voluntária vem como uma alternativa a esses casos.

Discutir sobre a entrega voluntária é importante porque traz luz a uma situação que ainda precisa ser mais discutida. Enquanto muitos acreditam que entregar um recém-nascido a adoção seja um crime, a Lei de Adoção deixa claro que esse ato não é crime. A entrega voluntária é uma realidade cada vez mais encontrada nas cidades do país, situação ao qual o Direito não pode se ausentar e a sociedade não pode fechar os olhos.

No decorrer desse estudo ficou evidenciado que a entrega voluntária é permitida tanto na lei quanto na jurisprudência. Contudo, é importante frisar que ela deve sempre ser feita respeitando os procedimentos encontrados em Lei e sempre na observância no melhor para a criança e ao adolescente.

Em que pese essa possibilidade, é preciso que haja mais programas de apoio a mulher que decide entregar voluntariamente o seu bebê. O estigma social desse ato ainda é muito forte na sociedade, devendo a mulher receber apoio jurídico e familiar, para que a entrega não seja danosa para ela e o bebê.

## **6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALVES, Ariel de Castro. **Klara Castanho: entrega à adoção é legal e gestante tem direito ao sigilo.** 2022. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/splash/noticias/estadaoconteudo/2022/06/26/klaracastanho-entrega-a-adocao-e-legal-e-gestante-tem-direito-ao-sigilo.htm?>>>.

ALVES, Gabriela F. **Adoção no Brasil à luz do Neoconstitucionalismo.** Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2019.

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)>.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm)>.

BRASIL, **Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre Adoção.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm)>.

BRASIL. **Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm)>.

CÉSAR, R. C. B., LOURES, A. F., & ANDRADE, B. B. S. **A romantização da maternidade e a culpabilização da mulher.** Revista Mosaico, 10(2): suplemento, 68-75; 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto– Questões Jurídicas.** 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FARAJ, S. P., MACHADO, M. S., SIQUEIRA, A. C., & CAMPEOL, A. R. **“Doeu muito em mim!”: Vivência da entrega de um filho para adoção na visão de mães doadoras.** Estudos e Pesquisas em Psicologia, 17(2), 475-493; 2018.

GUTERRES, Luciana Freire. **“Separar ou não eis a questão!”: uma análise sobre a adoção de irmãos.** São Luís: Centro Universitário UNDB, 2021.

ITABORAÍ, Núbia R. **Mudanças nas famílias brasileiras (1976-2012): uma perspectiva de classe e gênero.** Rio de Janeiro: Garamond, 2017.

MACEDO, Suellen Caroline Alves. **Adoção por parceria Homoafetiva e seus Reflexos no Âmbito Jurídico.** Monografia apresentada em Bacharelado em Direito pela Universidade da Paraíba. Campina Grande – PB, 2012.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACIEL, Milena Ataíde; CRUZ, Fátima Maria Leite. **Do abandono de crianças à entrega para adoção: aspectos históricos e legais**. Revista Direitos Sociais e Polícias Públicas (UNIFAFIBE). Vol. 08, nº 3, 2020.

MAZZOTTI, Ivanir Neves. **Sistema adotivo brasileiro**. 2022. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/99313/sistema-adotivo-brasileiro>>.

MEDEIROS, Ana Paula; ANDRADE, Marcela Lança de; COSTA-DALPINO, Lilian Regiane de Souza. **Maternidade e entrega de um bebê para a adoção: um estudo de caso**. Pensando fam. 2021, vol.25, n.2, pp. 129-142.

NAKAMURA, Carlos Renato. **Criança e adolescente: sujeito ou objeto da adoção? Reflexões sobre menorismo e proteção integral**. Serviço Social & Sociedade. 2019, n. 134, pp. 179-197.

NERY, Cyntia Mauricio. **Reflexões sobre a entrega responsável de crianças para adoção**. Centro de Estudos Jurídicos – Recife: TJPE, 2017.

PAES, Nadinne Sales Callou Esmeraldo. **O instituto brasileiro da entrega voluntária em face do direito à identidade do filho e da paternidade responsável**. RJLB, Ano 8; nº 6, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Editora Forense, 2020.

ROSI, Karyne Ribeiro Barbosa S. **A voz das mães que entregam o bebê em adoção**. Tese (Doutorado em Psicologia). Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2018.

SANTOS, Lara Cintia de Oliveira. **A Constitucionalidade do Conceito de Família e a Adoção de Criança por Pares Homoafetivos**. Monografia apresentado ao curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília –DF, 2013.

SANTOS, V. D.; CANDELORO, R. J. **Trabalhos Acadêmicos: Uma orientação para a pesquisa e normas técnicas**. Porto Alegre/RS: AGE Ltda, 2006.

SOUZA, Adriana Costa Oliveira. **Trocando as lentes: um olhar sobre mulheres e homens que procuram a Justiça para entregar uma criança para adoção**. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica). Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2019.

TENÓRIO, Emilly Marques et al. **Reflexões sobre o protagonismo da mulher na entrega voluntária de recém-nascidos/AS**. 16º Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais. Brasília (DF, Brasil), 30 de outubro a 3 de novembro de 2019.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2015). **Política de Atenção à Gestante: Apoio profissional para uma decisão amadurecida sobre permanecer ou não com a criança.** TJSP. Disponível em: de: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/Pdf/CartilhaGestante2015.pdf>>.

ZANICOTTI, Francisco. **Lei da entrega voluntária para adoção benéfica crianças e mães biológicas.** 2021. Disponível em: <<https://mppr.mp.br/2021/01/23315,10/Lei-da-entrega-voluntaria-para-adocao-beneficia-criancas-e-maes-biologicas.html>>.

## ASPECTO JURÍDICO DA DESAPROPRIAÇÃO DE BENS PARA FINS DE IMPLANTAÇÃO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL

**SAMARA MOREIRA SILVA:**  
Acadêmica do Curso de Direito  
do Centro Universitário UnirG.  
Gurupi – TO.<sup>153</sup>

FÁBIO ARAÚJO SILVA<sup>154</sup>

(orientador)

**RESUMO:** A Constituição Federal assegura que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental essencial para a dignidade humana, assim também reconhecido pelos Tratados Internacionais, fato que ensejou a criação de Leis voltadas para sua preservação e uso sustentável. Dentre os mecanismos legais de proteção, tais como políticas públicas de conscientização, normas que regulamentam o uso de recursos naturais e criação de crimes ambientais, merece destaque a implantação de Unidades de Conservação, entendidas como áreas territoriais que são regidas pelo Poder Público em razão de sua relevância para o equilíbrio do meio ambiente. Disciplinada pela Lei que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) – Lei 9.935/2000, as unidades de conservação podem ser instituídas em áreas de propriedade pública ou privadas. Assim sendo, a pesquisa objetiva discutir acerca da desapropriação de bens para fins de implantação de unidades de conservação. Por meio de pesquisa pautada em material bibliográfico, de natureza descritiva exploratória, o estudo pretende solucionar o questionamento sobre ser justificável ou não a desapropriação para fins de implantação dessas unidades, demonstrando quais as garantias e reparações são concedidas ao proprietário que teve sua área desapropriada para fim de preservação ou uso sustentável de recursos naturais.

**Palavras-chave:** Meio ambiente, Equilíbrio ecológico Unidades de Conservação. SNUC. Poder Público. Desapropriação.

**ABSTRACT:** The Federal Constitution ensures that the ecologically balanced environment is a fundamental right essential for human dignity, as well as recognized by International Treaties, a fact that gave rise to the creation of Laws aimed at its preservation and sustainable use. Among the legal protection mechanisms, such as public awareness policies, norms that regulate the use of natural resources and the creation of environmental

---

153 E-mail: samaramsilva@unirg.edu.br

154 Professor Orientador do curso de Direito do Centro Universitário UnirG. Gurupi – TO. E-mail: [fabiosilva2020@yahoo.com.br](mailto:fabiosilva2020@yahoo.com.br), pós graduado em direito ambiental e agrário, mestre em produção vegetal.



crimes, it is worth mentioning the implementation of Conservation Units, understood as territorial areas that are governed by the Public Power due to its relevance to the balance of the environment. Disciplined by the Law that established the National System of Nature Conservation Units (SNUC) – Law 9.935/2000, conservation units can be established in areas of public or private property. Therefore, the research aims to discuss about the expropriation of assets for the purpose of implementing conservation units. Through research based on bibliographical material, of an exploratory descriptive nature, the study intends to solve the question about whether expropriation is justifiable or not for the purpose of implementing these units, demonstrating what guarantees and reparations are granted to the owner who had his area expropriated for purpose of preservation or sustainable use of natural resources.

**Keywords:** Balanced environment. Conservation units. SNUC. Public Power. Expropriation.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1 Unidades de Conservação segundo a Lei nº 9.985 de julho de 2000. 2.2 Classificação das Unidades de Conservação. 2.3 Aspectos gerais da desapropriação. 2.4 Desapropriação de áreas com a finalidade de transformação em Unidade de Conservação Ambiental. 2.5 O direito à indenização em razão da desapropriação para criação de Unidade de Conservação. 3. Considerações finais. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Diante dos desastres ambientais recentes, que podem ter origem natural como também podem ser resultado do desequilíbrio ambiental decorrente do uso indiscriminado e irresponsável do ser humano na busca pelo crescimento econômico, é patente a preocupação do ordenamento jurídico com a preservação do meio Ambiente e a necessidade de se garantir que no futuro ele se mantenha ecologicamente equilibrado, não apenas para as presentes mas também para as futuras gerações.

Seja por questões relativas ao ecossistema, ao clima ou à extinção de vários animais, o meio ambiente é um direito humano e fundamental assegurado pela Constituição Federal e pelas normas internacionais de que o Brasil é signatário. Por isso o Estado prevê meios efetivos de assegurar esse direito.

Assim sendo, existem políticas públicas e mecanismos legais que impedem a degradação da fauna e da flora brasileira, dentre elas a implantação de unidades de conservação ambiental.

Previstas na Lei 9.985/2000 que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), as unidades de conservação são áreas territoriais com

relevância ambiental que são instituídas pelo Poder Público com o propósito de preservar o ambiente ecológico e impedir que venha a ser degradado pela sua utilização indevida e que são divididas em dois grupos: as unidades de proteção integral e as unidades de Uso Sustentável.

Uma das ferramentas legais concedidas ao Poder Público para implantação dessas unidades de conservação é a possibilidade de se desapropriar uma propriedade privada para assegurar que suas características naturais não sejam alteradas pela ação do ser humano.

Por ser tema de relevância jurídica e social, que é a necessidade de se proteger o meio ambiente, sua fauna e flora, essenciais para a vida de todo ser vivo, a pesquisa tem o propósito de discorrer sobre o aspecto jurídico da desapropriação de bens para fins de implantação de unidade de conservação ambiental.

Deste modo, a pesquisa irá dar conceito às unidades de conservação ambiental e seus objetivos para em seguida discorrer acerca da desapropriação da propriedade com o propósito de implantar uma unidade de conservação e da reparação dada pelo Poder Público ao antigo dono da terra desapropriada.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 Unidades de Conservação segundo a Lei nº 9.985 de julho de 2000**

Antes de discutir os aspectos jurídicos da desapropriação é de crucial importância discorrer acerca das unidades de conservação objeto deste estudo, que estão regulamentadas no direito brasileiro por intermédio da Lei nº 9.985, sancionada em 18 de julho do ano 2000.

Esta Lei foi criada com o propósito de tornar efetivo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225 da Constituição Federal, e criar mecanismos para atender às incumbências do Poder Público disciplinadas no parágrafo 1º, incisos I, II, III e VII do mencionado artigo.

Dando cumprimento a determinação constitucional, esta normativa instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), que consiste em um agrupamento de todas as unidades de conservação, sejam elas municipais estaduais ou federais, com objetivos traçados no artigo 4º da Lei. São eles:

- Contribuir para a conservação das variedades de espécies biológicas e dos recursos genéticos no território nacional e nas águas jurisdicionais;

- Proteger as espécies ameaçadas de extinção;
- Contribuir para a preservação e a restauração da diversidade de ecossistemas naturais;
- Promover o desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais;
- Promover a utilização dos princípios e práticas de conservação da natureza no processo de desenvolvimento;
- Proteger paisagens naturais e pouco alteradas de notável beleza cênica;
- Proteger as características relevantes de natureza geológica, morfológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural;
- Recuperar ou restaurar ecossistemas degradados;
- Proporcionar meio e incentivos para atividades de pesquisa científica, estudos e monitoramento ambiental;
- Valorizar econômica e socialmente a diversidade biológica;
- Favorecer condições e promover a educação e a interpretação ambiental e a recreação em contato com a natureza; e
- Proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente (MINISTERIO DO MEIO AMBIENTE, 2023).

Portanto, o SNUC consiste em um conjunto de objetivos e regras voltadas para a criação, proteção e implantação de unidades de conservação voltadas para a preservação do meio ambiente brasileiro. Esse sistema é o meio de gerir de forma organizada todas as unidades de conservação, para que elas atendam ao fim a que se destinam.

As Unidades de Conservação aqui estudadas tem definição legal contida no inciso I do artigo 2º da referida lei, como sendo:

espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente

instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção; (BRASIL, 2000).

Essas unidades de conservação ambiental são, portanto, um espaço ambiental que por ter relevância para o equilíbrio ambiental, são geridos pelo Poder Público.

Uma vez conceituado esse instituto, passemos agora à sua classificação.

## 2.2 Classificação das Unidades de Conservação

As unidades de conservação previstas na Lei nº 9.985/2000 são variadas, as quais se dividem inicialmente em dois grandes grupos: as unidades de proteção integral e as unidades de uso sustentável. Elas se distinguem quanto aos seus objetivos, conforme comenta Terence Trennepohl:

As unidades de conservação que compõem o SNUC estão divididas em dois grupos, Unidades de Proteção Integral e Unidades de Uso Sustentável, de acordo com o uso que pode ser feito dos seus recursos naturais. O primeiro deles, Unidades de Proteção Integral, têm como objetivo básico a preservação da natureza e é admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais. O objetivo básico das Unidades de Uso Sustentável é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais, sendo, então, permitido o uso direto de seus recursos (TRENNEPOHL, 2020, p. 451).

De acordo com o artigo 8º da Lei do SNUC são unidades de proteção integral: Estação Ecológica, voltada para a realização de pesquisas científicas; Reserva biológica, que objetiva preservar integralmente a biota; Parque nacional, que busca preservar ecossistemas naturais ecologicamente relevantes; Monumento natural, voltado à preservação de sítios naturais raros; e o Refugio de vida silvestre, que protege ambientes que reproduzem a fauna e a flora (TRENNEPOHL, 2020). Apesar de possuírem características distintas, todas essas unidades admitem apenas o uso indireto de seus recursos naturais.

Por sua vez, são unidades de uso sustentável previstas no artigo 14 e seguintes da Lei. São elas:

- I - Área de Proteção Ambiental;
- II - Área de Relevante Interesse Ecológico;
- III - Floresta Nacional;

IV - Reserva Extrativista;

V - Reserva de Fauna;

VI – Reserva de Desenvolvimento Sustentável; e

VII - Reserva Particular do Patrimônio Natural (BRASIL, 2000).

Essas unidades de uso sustentável são fixadas a depender do objetivo a que se destina a conservação da natureza, admitindo o proveito de uma parcela de determinado recurso natural desde que usado de forma sustentável. A forma de implantação e utilização de cada uma das unidades de uso sustentável estão previstas/descritas nos artigos 15 a 21 da Lei 9.985/2000.

Assim sendo, a depender do recurso natural a ser protegido pode ser implantada uma Unidade de Conservação Ambiental, que pode ser tanto de proteção integral ou de uso sustentável.

As Unidades de Conservação são instituídas pelo Poder Público, por meio de decreto ou de lei, cuja desafetação ou diminuição de seu limite territorial somente poderá ocorrer por meio de uma Lei específica (BRASIL, 2000).

A sua criação não deve ocorrer de forma indiscriminada, apenas pela função política do Poder Público, conforme explica Terence Trennepohl:

A criação de uma unidade de conservação deve ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública, com o fornecimento de informações adequadas à população local e às partes interessadas, que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade. Essa consulta pública não é necessária para a criação de Estação Ecológica ou Reserva Biológica (TRENNEPOHL, 2020, p. 171).

Uma vez que o fator central para a sua implantação é a proteção de uma área ambiental de relevância para o equilíbrio do meio ambiente, as unidades de conservação podem ser instituídas em propriedades públicas ou privadas, sendo admitida inclusive a desapropriação de áreas particulares.

### 2.3 Aspectos gerais da Desapropriação

A desapropriação é um instituto jurídico admitido pelo Ordenamento Jurídico brasileiro previsto no artigo 5º, inciso XXIV da Constituição Federal nos seguintes moldes:

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; (BRASIL, 1988).

Portanto, a desapropriação é uma das formas de perda de propriedade previstas no artigo 1.275 do Código Civil, que consiste em um “procedimento de direito público mediante o qual o Estado, ou quem a lei autorize, retira coercitivamente a propriedade de terceiro e a transfere para si – ou, excepcionalmente para outras entidades” (ALEXANDRINO e PAULO, 2017, p. 1133).

Suas características são elencadas por Odete Medauar nos seguintes termos:

a) é uma figura jurídica que expressa a face autoridade da Administração, acarretando limitação ao caráter perpétuo do direito de propriedade; b) tem como resultado a retirada de um bem do patrimônio do seu proprietário; c) tem por fim o atendimento do interesse público, visando a um resultado benéfico a toda a coletividade; d) em troca do vínculo de domínio, o proprietário recebe uma indenização (MEDAUAR, 2018, p. 348).

Ela tem início através de um procedimento administrativo em que o Poder Público reconhece seu interesse sobre a área desapropriada e, em casos de concordância com o antigo proprietário, encerra-se ainda na via administrativa. Quando não há acordo o processo de desapropriação se dá por via judicial, cuja celeuma é solucionada pelo Magistrado.

As hipóteses legais de desapropriação de uma propriedade privada estão previstas no artigo 1.228, parágrafo terceiro, do Código Civil que determina:

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.

[...]

§ 3º - O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente (BRASIL, 2002).

São, portanto, pressupostos para a desapropriação de um bem móvel ou imóvel privado é a utilidade ou necessidade pública ou o interesse social.



## 2.4 Desapropriação de Áreas com a finalidade de transformação em Unidade de Conservação Ambiental

Tendo em vista as hipóteses legais que permite ao Poder Público desapropriar um bem particular, não existe óbice legal à desapropriação para fins de implantação de uma unidade de conservação ambiental, seja ela de proteção integral ou de uso sustentável do recurso natural.

Nesse caso, a desapropriação se encaixa na modalidade utilidade pública, que segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo “é caracterizada em hipóteses nas quais a desapropriação do bem atende a mera conveniência do Poder Público sem ser imprescindível” (ALEXANDRINO E PAULO, 2017, p. 1.134).

Deste modo, a desapropriação para implantação das Unidades de Conservação está prevista e regulamentada pelo Decreto-lei nº 3.365/1941, normativa que dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública e se adequa a hipótese prevista no inciso K do artigo 5º, que assevera:

Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

[...]

k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; (BRASIL, 1941).

Ou seja, quando há necessidade de se instituir uma Unidade de Conservação de uma área particular e esta área não é doada pelo proprietário ao poder público, pode o Estado realizar a sua desapropriação na modalidade utilidade pública (AMADO, 2014).

Todavia, por se tratar de uma medida drástica que enseja a perda da propriedade, a desapropriação de áreas particulares para fins de implementar uma unidade de conservação ambiental somente deve ocorrer quando demonstrada a incompatibilidade total entre a proteção do meio ambiente e o uso do particular, caso contrário não será justificável a desapropriação do imóvel. Nesse sentido é o Aresto proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO AMBIENTAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROTEÇÃO - UNIDADES DE

CONSERVAÇÃO AMBIENTAL - ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - REFÚGIO DE VIDA SILVESTRE - LEI 9985/2000 - PLANO DE MANEJO - MEDIDA JÁ EM ESTUDO - REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA - DESAPROPRIAÇÃO - DESNECESSIDADE - ADOÇÃO DE MEDIDAS DE COEXISTÊNCIA - CONSELHO DO MOSAICO - REGIMENTO INTERNO - OBRIGATORIEDADE - ART. 4º, I DA LEI 44.518/2007 - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - A Constituição Federal de 1988 veio para reforçar a necessidade da preservação ambiental, prevendo que "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" - Os planos de manejo da APA São José e REVS Libélulas da Serra São José estão previstos para o ano de 2019, como parte do Plano de Ação enviado ao Tribunal de Contas Estadual, em resposta a Auditoria Operacional realizada para cumprimento de acórdão do processo TCE nº 872.163, que analisou a criação, implantação e gestão das Unidades de Conservação de Proteção Integral - UCPI - A desapropriação apenas se mostraria necessária se restasse demonstrada a incompatibilidade entre os objetivos da área protegida e as atividades privadas ali exercidas ou o desrespeito dos proprietários às condições propostas pelos órgãos responsáveis, nos termos do art. Art. 13, § 2º da Lei 9985/2000 - O Regimento Interno do Mosaico, composto pelas Unidades de Conservação APA São José, REVS Libélulas da Serra de São José e Área de Proteção Especial Serra São José, trata-se de medida prevista no art. 4º, I da Lei 44.518/2007. (TJ-MG - AC: 10625140055041001 São João del-Rei, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 03/05/2018, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/05/2018).

Nessa modalidade de desapropriação é exigida pelo Decreto-lei 3.365/1941 que seja feito, por meio de decreto do Prefeito, Governador ou Presidente, uma declaração de utilidade pública, a qual caducará no prazo de 5 anos caso não seja efetivada a desapropriação pelo Poder Público.

Além disso, a desapropriação pode ensejar para o particular que perdeu a propriedade do bem o direito ao recebimento de uma indenização, a ser fixado nos moldes seguintes.

2.5 O Direito à indenização em razão da Desapropriação para criação de Unidade de Conservação

Ao admitir a perda da propriedade pela desapropriação o inciso XXIV do artigo 5º da Constituição Federal determina expressamente que o procedimento acontece mediante justa e prévia indenização ao proprietário.

Odeto Medauar tece os seguintes comentários acerca desses requisitos constitucionais:

A Constituição Federal, ao possibilitar a desapropriação, exige indenização justa e prévia em dinheiro, salvo disciplina diversa prevista na própria Constituição Federal, como ocorre na desapropriação para fins de reforma agrária. O requisito “justa” diz respeito, em primeiro lugar, ao valor do bem expropriado, que deve corresponder ao valor real do bem. Vários aspectos são considerados pelos peritos avaliadores para se fixar tal valor – isso quer dizer que o bem não há de ser nem subavaliado, nem superavaliado, pois nesses dois casos o requisito constitucional estaria desatendido. Em segundo lugar, a indenização justa supõe o ressarcimento de todos os prejuízos financeiros arcados pelo expropriado em virtude da expropriação. (MEDAUAR, 2018, p. 351).

Portanto, é admitida e devida a indenização pela desapropriação por instituição de Unidades de Conservação ambiental, a qual deve ser fixada com base na época em que o Laudo Pericial foi realizado no local desapropriado, e não com base na época em que foi publicado o Decreto de expropriação. Nesse sentido é a interpretação do STJ sobre a matéria:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. OMISSÃO. AUSÊNCIA. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. INDENIZAÇÃO. VALOR CONTEMPORÂNEO À AVALIAÇÃO JUDICIAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando ausentes, no julgado, omissão, contradição e/ou obscuridade. 2. O valor da indenização por desapropriação deve ser contemporâneo à avaliação judicial do bem, independentemente da data do decreto expropriatório, da imissão na posse ou de sua vistoria administrativa. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1286479 PE 2011/0243657-3, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 23/06/2015, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2015).

Ainda segundo entendimento do STJ, é admitida a atualização monetária do valor nas hipóteses em que transcorrer lapso temporal entre a avaliação do bem e o adimplemento da obrigação. Nesse sentido é a decisão proferida em sede de Recurso Especial julgada pelo referido órgão Superior:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. DUPLICAÇÃO DE RODOVIA FEDERAL. VALOR INDENIZATÓRIO. CONTEMPORANEIDADE. AVALIAÇÃO DA PERÍCIA JUDICIAL. TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. LAUDO PERICIAL. INAPLICAÇÃO. MOMENTO INDENIZATÓRIO DISTINTO. 1. Como regra, o predicado da contemporaneidade da indenização por desapropriação deve observar o momento da avaliação judicial do perito, sendo desimportante a data do decreto de utilidade pública ou a data da imissão na posse. 2. No entanto, o órgão julgador pode, em razão de particularidades do caso concreto, e imbuído de persuasão racional, concluir que o atendimento da justeza da indenização implica a adoção de critério distinto, como, por exemplo, os mencionados anteriormente, isso sendo comum e aceitável em situações nas quais há um lapso razoável entre a imissão e a avaliação pericial, bem como uma valorização imobiliária exorbitante. Precedentes. 3. Não é essa, contudo, a hipótese dos autos, firmada a premissa de que o perito judicial refutou a ocorrência de valorização imobiliária decorrente das obras edificadas a partir da desapropriação. 4. A correção monetária tem como finalidade a preservação do valor da moeda, a recomposição do valor do capital depreciado pelo transcurso do tempo. Assim, portanto, justifica-se que o valor indenizatório, quando apurado a partir do laudo pericial, seja corrigido monetariamente a partir do momento em que essa aquilatação é feita, ou seja, corrige-se monetariamente o valor indenizatório apurado pelo laudo pericial desde quando este foi elaborado. 5. Indevida, portanto, nessas circunstâncias a estipulação da correção monetária com base no laudo administrativo elaborado em momento anterior, contemporâneo com o ato de desapropriação ou com a data da imissão na posse. 6. Em desapropriação, o termo inicial da correção monetária deve ser sempre o da avaliação do imóvel: se feita com base no laudo pericial, então deste correrá; se, do contrário, avaliado em consideração à data da imissão na posse, devida a correção desde então. 7. Recurso especial provido parcialmente. (STJ - REsp: 1672191 SE 2017/0112843-1, Relator:

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 22/08/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2017).

Portanto, considerando os aspectos jurídicos acerca do tema, o que se conclui após o estudo realizado é que a lei permite a desapropriação para fins de instituir unidades de conservação e que os principais efeitos dessa medida do Poder Público é a perda da propriedade após procedimento administrativo em que se comprova a utilidade pública da medida após realizado um estudo técnico na área, com consulta pública, assegurando ao particular o direito ao recebimento de indenização fixada a partir de avaliação realizada no imóvel.

Essa medida, apesar de extrema, é justificável haja vista que objetiva proteger e preservar o meio ambiente, bem jurídico de relevância monumental para toda a sociedade, que deve sempre ser observado pelo Estado a fim de impedir a sua degradação.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988 que deve ser protegido pelo Estado através de políticas públicas que garantam sua preservação para as presentes e futuras gerações. Isto posto, compete ao Poder Público criar mecanismos para regulamentar o uso sustentável das áreas verdes a fim de resguardar os recursos naturais e impedir o desequilíbrio ambiental, que causa a extinção de animais silvestres e a ocorrência de variados desastres ambientais.

Dentre os instrumentos legais existentes no ordenamento merecem destaque as Unidades de Conservação disciplinadas pela Lei nº 9.985/2000 – Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Instituídas para assegurar a proteção integral e o uso sustentável de áreas de relevância ambiental, as Unidades de Conservação cumprem um papel fundamental no direito ambiental brasileiro.

Conforme estudo realizado ao longo desta pesquisa bibliográfica, as unidades de conservação são instituídas pelo Poder Público sobre qualquer área, seja ela pública ou privada. Quando recair sobre a propriedade privada e for inviável sua manutenção sob o domínio de particular, é admitida a desapropriação por utilidade pública nos termos do que dispõe o Decreto-Lei nº 3.365/1941.

Contudo, por ser a propriedade direito fundamental previsto no artigo 5º da CF/88, a sua perda pela desapropriação para instituir Unidade de Conservação somente deve ocorrer após realizada a declaração de utilidade pública acompanhada de estudo técnico, consulta pública e da indenização ao antigo proprietário.

Diante do estudo realizado, o que se conclui é que ordenamento jurídico tem uma preocupação tamanha com a preservação e conservação do meio ambiente ao ponto de admitir a adoção de medidas extremas para assegurar a proteção aos recursos ambientais, ainda que para isso seja necessário desapropriar bens particulares para que o meio ambiente seja preservado de forma integral ou tenha seu uso limitado a sua sustentabilidade. Isto é, a Carta Magna de 1988 determina ser dever do proprietário usar os recursos ambientais segundo as normas ambientais e concede ao Poder Público o direito de desapropriar as terras em que estas determinações legais não são atendidas, a fim de tornar efetiva a proteção ao meio ambiente através da implantação de Unidades de Conservação ambiental.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. – 25. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. – 5.<sup>a</sup> ed. – Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:  
<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em:  
<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9985.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Agravo Regimental em Recurso Especial. AgRg no REsp: 1286479 PE 2011/0243657-3, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 23/06/2015, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2015. Disponível em:  
<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/857131319>>. Acesso em: 07 mar. 2023.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial. REsp: 1672191 SE 2017/0112843-1, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 22/08/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860676638>>. Acesso em: 08 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJ-MG – Apelação Cível - AC: 10625140055041001 São João del-Rei, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 03/05/2018, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/05/2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/938053073>>. Acesso em: 07 mar. 2023.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. Ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Sistema Nacional de Unidades de Conservação - SNUC. **Ministério do Meio Ambiente (MMA)**, 2023. Disponível em: <<https://antigo.mma.gov.br/areas-protegidas/unidades-de-conservacao/sistema-nacional-de-ucs-snuc.html>>. Acesso em: 28 fev. 2023.

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de direito ambiental**. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

## **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E AS LACUNAS DO DIREITO BRASILEIRO**

**ADRIA XAVIER MIRANDA:**  
Bacharelada em Direito pela  
Universidade de Gurupi – UnirG<sup>155</sup>.

KÁRITA LUSTOSA BARROS<sup>156</sup>

(orientadora).

**RESUMO:** A violência obstétrica vem se tornando um acontecimento recorrente em diversos serviços de saúde no Brasil. Essas práticas projetadas através da naturalização e banalidade, onde submetem as mulheres a uma variedade de procedimentos ofensivos e humilhantes que causam sofrimento físico, sexual e psicológico, colocando-as e seus bebês em risco. Frente a essa situação, o presente estudo teve o objetivo de discutir a prática de violência obstétrica e suas consequências sociais e jurídicas, em especial no que concerne a ausência de norma reguladora federal. Os materiais utilizados na sua elaboração foram unicamente bibliográficos e teóricos retirados de livros, periódicos e decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros. Nos resultados, evidenciou-se que a legislação federal é ausente na questão de criminalização da violência obstétrica. O que se tem hoje, é a aplicação de condutas lesivas à mulher gestante tendo como base o Código Penal. Em alguns Estados brasileiros, contudo, há normas que penalizar aqueles que cometem maus tratos às mulheres gestantes e ao bebê. De todo modo, sugere-se nessa pesquisa que se crie de maneira urgente uma lei federal dessa natureza, para que mais mulheres possam se sentir seguras no período gestacional.

**Palavras-chave:** Violência obstétrica. Legislação brasileira. Lacuna.

### **OBSTETRIC VIOLENCE AND THE GAPS IN BRAZILIAN LAW**

**ABSTRACT:** Obstetric violence has become a recurring event in various health services in Brazil. These practices projected through naturalization and banality, where they submit women to a variety of offensive and humiliating procedures that cause physical, sexual and psychological suffering, putting them and their babies at risk. Faced with this situation, the present study aimed to discuss the practice of obstetric violence and its social and legal consequences, especially regarding the absence of federal regulatory norm. The materials used in their elaboration were only bibliographic and theoretical taken from books, periodicals and jurisprudential decisions of the Brazilian courts. In the results, it was evident that federal legislation is absent in the question of criminalization of obstetric violence.

---

155 E-mail: [@unirg.edu.br](mailto:@unirg.edu.br).

156 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: [karitablustosa@unirg.edu.br](mailto:karitablustosa@unirg.edu.br).

What is today is the application of harmful conduct to the pregnant woman based on the Penal Code. In some Brazilian states, however, there are rules to penalize those who commit abuse to pregnant women and the baby. In any case, it is suggested in this research that a federal law is urgently created so that more women can feel safe in the gestational period.

**Keywords:** Obstetric violence. Brazilian legislation. Gap.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Violência obstétrica: aspectos gerais. 3. Efeitos da violência obstétrica. 4. O direito brasileiro frente à violência obstétrica. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A violência obstétrica é marcada por dor, visto que um momento que deveria ser marcado pela emoção de poder dar a luz a outrem, onde a mulher deveria ser protagonista de suas próprias histórias e ter a oportunidade de compreender plenamente seu próprio corpo e vontade, se torna, em grande parte das vezes, suscita preocupações sobre os horrores que marcam a vida da vítima fisicamente, psicologicamente e sexualmente.

O que se pode observar é que existe uma relação entre dor e parto, onde fica interligada a cultura brasileira, se tornando corriqueiro ouvir de alguém que já “deu à luz”, que tudo que acontece durante o procedimento é normal, fazendo parte de um processo que ocorre durante o parto. A percepção é que o sofrimento das mulheres nesta situação em particular está sendo constantemente normalizado, e as que sofrem ainda sentem que a resposta de repúdio por parte do meio social.

Por outro lado, há médicos, enfermeiros e funcionários públicos que cometem diversos tipos de violências obstétricas. Na grande maioria das vezes, analisam as gestantes e mães de uma perspectiva extremamente técnica, minimizando seus sentimentos e emoções, em um dos momentos mais delicados e estressantes de suas vidas, visto que, o parto torna-se um procedimento mecânico e não sendo levado em conta as peculiaridades de cada mulher.

Ocorre que no Brasil, esses atos não são especificamente criminalizados. Não há no país uma lei federal que traga em seu texto a penalização específica da violência obstétrica. Diante dessa realidade cruel e alarmante, essa pesquisa teve como base responder a seguinte questão: qual o impacto que a lacuna da lei sobre a violência obstétrica gera no âmbito jurídico e social?

O objetivo do presente estudo, foi analisar os efeitos que a violência obstétrica possui para as vítimas e verificar o impacto prático da ausência de norma reguladora

federal para esses casos.

## **2. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: ASPECTOS GERAIS**

Um dos momentos mais delicados e vulneráveis da mulher é o período gestacional. A gravidez, para muitas, representam um sonho. Sonho de ter um filho, de constituir uma família, de realizar-se como mulher. Como bem menciona Mantelli (2022), a gravidez é um período de redescobrimto da mulher, consigo mesmo, com seu corpo, com seus objetivos de vida, de entendimento sobre sua existência.

Por conta disso, quando se analisa a violência obstétrica pode-se observar uma enorme indignação das mulheres, justamente por ser uma violência que prejudica esse momento tão especial em suas vidas, deixando inúmeras marcas negativas ao longo da sua vida.

De modo conceitual, a violência obstétrica é caracterizada por ser qualquer tipo de agressão em desfavor de uma mulher gestante, seja no período do pré-natal, no parto ou posteriormente, ou ainda em casos de abortamento (NASCIMENTO et al., 2019).

O termo “violência obstétrica” surgiu na América Latina em 2000, com o surgimento dos movimentos sociais em defesa do nascimento humanizado. O termo, muitas vezes generalizado, é usado para descrever desde a assistência ao parto excessivamente medicalizado, até a violência física contra a parturiente (PICKLES, 2015).

De todo modo, a definição sobre o que seja uma violência obstétrica é já se encontra acentuada e formalizada. Para entender melhor o seu conceito, cabe destacar as seguintes palavras:

Violência obstétrica são atos que provoquem danos físicos e ou psicológicos à mulher, praticados por profissional da saúde ou de outras áreas, mas que atuem indiretamente nessa assistência, assim como atos que firam os princípios de autonomia e liberdade de escolha sobre procedimentos a serem realizados no corpo da mulher e aos direitos garantidos, como acesso à informação e assistência baseada em evidência (RODRIGUES, 2022, p. 01).

Nos dizeres de Oliveira e Albuquerque (2018) a violência obstétrica consiste na apropriação do corpo e dos processos reprodutivos da mulher pelos profissionais de saúde, que se exterioriza por meio do tratamento violento, o abuso de medicalização e da patologização dos processos naturais, que acarretam na perda de autonomia da paciente e na capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade de forma negativa.

Apesar desses conceitos serem os mais aceitos pela doutrina e pela área científica brasileira, o seu termo não é unânime pela classe médica. Embora conscientes do problema, grande parte dos médicos professores adotam uma postura defensiva sobre a questão. Oliveira (2018) nos explica que muitos profissionais da área da saúde não aceitam o significado que a doutrina brasileira tem dado ao termo por entenderem ser antiquado e que denigre à classe médica.

As razões para o cometimento da violência obstétrica são variadas. Primeiramente, as mulheres se submetem a tais procedimentos invasivos e violentos por acreditarem que existe uma real necessidade de intervenção e por confiarem que o médico e os demais profissionais da saúde que as assistem utilizam-nos para protegerem sua saúde e a do bebê (AGUIAR; D'OLIVEIRA, 2019).

Uma vez que a confiança seja estabelecida, os maus profissionais agem de modo antiprofissional e criminoso, no sentido de que utilizam de métodos que de certo modo acaba prejudicando o corpo da mulher e colocando em risco a integridade do bebê (BRÜGGEMANN et al., 2020).

Outro ponto que merece menção diz respeito ao fato de que há um machismo já enraizado na sociedade que acaba por afetar também mulheres gestantes. Nesse ponto, Oliveira (2018) afirma que existe um pensamento machista e misógino da mulher na sociedade que acaba refletindo também dentro dos estabelecimentos de saúde e na sala de parto.

No que tange à conduta profissional, verifica-se que alguns profissionais da área da saúde utilizam condutas violentas que se institucionalizam, quando efetuadas habitualmente, e são utilizadas como parte de procedimento médico-hospitalar. Alguns desses procedimentos podem ser enquadrados como aqueles que não são recomendados pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como o uso da cesariana sem necessidade terapêutica, o que acaba por submeter as parturientes a uma cirurgia de grande porte, somadas aos riscos de qualquer intervenção cirúrgica (AGUIAR; D'OLIVEIRA, 2019).

Outro fator nesse cenário é o aborto. O procedimento, que, comumente, é realizado em locais precários devido à sua criminalização, já expõe a mulher ao risco de morte. Estima-se que a cada ano são feitos 22 milhões de abortamentos em condições inseguras, acarretando a morte de cerca de 47.000 mulheres e disfunções físicas e mentais em outras 5 milhões (OMS, 2019).

Importante frisar que a violência obstétrica pode ser feita por qualquer profissional da área da saúde e não somente por médicos, em especial um obstetra. Citam Bitencourt, Oliveira e Rennó (2022) que abuso à mulher em período gestacional é um ato realizado

por médicos, enfermeiras, doulas, gestores públicos ou, no geral, por quaisquer profissionais de saúde contra o corpo e/ou processos reprodutivos das mulheres, feito por meio de ações desumanizadas, uso indevido de medicalização e transformação dos processos fisiológicos de parturização.

Indo mais além nesse entendimento, Nogueira (2021) inclui nesse rol os familiares da mulher grávida. Para esse autor, a violência obstétrica também pode ser praticada por um parente. Nesse caso, a depender do contexto, estar-se focando na violência obstétrica como uma forma de violência doméstica, e em razão disso, vai incidir na Lei nº 11.340/2006, conhecida como a Lei Maria da Penha.

Sobre as formas de violência obstétrica encontradas, Oliveira e Albuquerque (2018) explicam que ela pode ocorrer de vários modos. *A priori*, pode ser feita através de violência psicológica, como a discriminação: *Tinha que ser! Olha aí, pobre, preta, tatuada e drogada! Isso não é eclampsia, é droga!*

Também ocorre por meio da violência física, com ações que causem dor (exame de toque para a verificação da dilatação do períneo, quando ocorrida para fins didáticos aos estudantes da área da saúde) e até mesmo como uma violência sexual como a episiotomia, conceituada inclusive por alguns estudiosos como mutilação genital feminina, dentre outras formas (OLIVEIRA; ALBUQUERQUE, 2018).

Nos dizeres de Medeiros e Nascimento (2022), os eventos mais comuns que se rotulam como violência obstétrica é qualquer tipo de destrato na relação que se estabelece entre o sistema de saúde (sua estrutura), os profissionais de saúde e a mulher grávida. Qualquer tipo de violência, como não respeitar a sua identidade e sua sexualidade, se caracteriza como violência obstétrica.

Insta acrescentar também que a violência obstétrica pode ocorrer, principalmente durante o parto. No meio científico, já é consenso que algumas atitudes mais específicas correspondem a uma violência obstétrica no decorrer do parto.

O primeiro exemplo é a episiotomia, que é o corte na região do períneo, localizado entre a vagina e o ânus. Esta ação possui o objetivo de expandir o canal do parto para que o bebê possa fazer a passagem de forma rápida (SILVA et al., 2023).

O segundo exemplo é o uso da ocitocina, que é indicada para a indução do parto, é uma droga usada quando não há evolução de dilatação após muito tempo de contrações. Se ela for aplicada sem o paciente saber e sem necessidade, pode ser considerada uma violência (MORAES et al., 2022).

Há também o ponto do marido, que é um ponto que se faz ao término da sutura de uma episiotomia, onde se "aperta" a entrada da vagina, cujo objetivo é torna-la mais



estreita, teoricamente, aumentando a satisfação sexual do homem. Como consequência, pode gerar dores e incômodos à mulher (MENDES; SANTOS; TAVARES, 2022).

Outro exemplo é a manobra de Kristeller, que nada mais é do que empurrar/pressionar a barriga da grávida para dar rapidez a saída do feto. Tal manobra inclusive é banida em solo brasileiro, em razão de que se feita inadequadamente ou com muita força pode deslocar a placenta, fraturar as costelas da mãe e causar traumas encefálicos no bebê (MENDES; SANTOS; TAVARES, 2022).

Tem-se a lavagem intestinal, cujo objetivo é reduzir os riscos de escape de fezes no decorrer do parto. Apesar de ser comum o seu procedimento, ele não é indicado anterior ao procedimento do parto, porque pode atrapalhar na passagem do bebê, além de ocasionar possíveis dores na gestante. (BITENCOURT; OLIVEIRA; RENNÓ, 2022).

A restrição alimentar e de bebida também é um ato de violência contra a mulher grávida, haja vista que não se encontra cientificamente estudos que comprovem a sua eficácia nesses casos. Mulheres em fase de parto, podem – a depender do caso – consumir alimentos e bebidas, desde que seja com acompanhamento médico (FARIAS et al., 2021).

Outra ação considerada como violência obstétrica é o impedimento da mulher em gritar ou se expressar. Como explicam Costa et al. (2022), as contrações do trabalho de parto causam muitas dores e incômodos nas parturientes. Dessa forma, uma maneira de reduzir essas dores é elas poderem gritarem ou expressarem a sua dor. No entanto, muitos profissionais indicam o silêncio, o que nesses casos é difícil de serem feitos.

O impedimento de livre posição e movimentação no decorrer do trabalho de parto também é considerada uma violência obstétrica. Nesse caso, é importante que os movimentos físicos feito pelas gestantes seja permitido. O foco sempre deve ser o seu conforto e segurança. Não pode haver qualquer impedimento por parte da equipe médica de mudança de posição das parturientes nesses casos (COSTA et al., 2022).

Cita-se ainda o não oferecimento de métodos de alívio da dor. O ideal, de acordo com Nogueira (2021) é que antes do parto, no período do pré-natal seja ofertado a gestante algumas ações preventivas de redução da dor, como por exemplo, massagens, anestésias ou outra técnica que possa aliviar a dor. O seu não oferecimento é entendido como uma forma de violência obstétrica.

A não permissão a entrada de acompanhante indicado pela mulher também é uma forma de violência obstétrica. *In casu*, havendo um impedimento ao acompanhante, infringe-se a Lei nº 11.108/2005 - Lei do Acompanhante, que deixa claro que toda mulher

grávida tem direito a um acompanhante indicado por ela, tanto nas consultas de pré-natal, bem como na hora do parto (BRASIL, 2005).

Frente a esses métodos, entende-se que a violência obstétrica é uma medida extrema, que impede o desenvolvimento sadio e correto de uma gestação. Quando praticado, ele traz uma série de consequências, aos quais serão analisadas no tópico a seguir.

### **3. EFEITOS DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

Uma vez identificado o que seja uma violência obstétrica e seus métodos, é importante dimensionar os efeitos que ele traz para as mulheres, famílias e bebês. Por essa razão, nesse tópico serão apresentadas as principais consequências desse tipo de violência.

A principal vítima desse cenário é a mulher, sendo, portanto, para elas os maiores dissabores de uma agressão na sua gestação. Discorrendo sobre essa questão, Silva e Freire (2019) cita especificamente como principal efeito da violência obstétrica o Transtorno do Estresse pós-traumático (TEPT). Os autores explicam que é um tipo de transtorno de ansiedade que pode se desenvolver em pessoas que vivenciaram um evento traumático. Essa condição causa sofrimento intenso e prejuízos a vários aspectos da vida, como trabalho e relacionamentos.

Desse modo, é facilmente identificado o TEPT nos casos de violência doméstica, haja vista que os vários métodos agressivos aos quais são submetidas acabam por inibir qualquer vontade ou ação positiva às pacientes. O parto, que deveria ser um momento de emoção e sensibilidade, acaba por gerar um trauma nas mulheres (SILVA; FREIRE, 2019).

Simas (2021) acrescenta, no entanto, que um dos grandes pontos é que este transtorno não se resume apenas às lesões físicas, podendo encontrar muitos relatos de dores subjetivas, relacionadas à inadequação na assistência médica durante os procedimentos de urgência.

A supracitada autora, explica que o parto traz grandes alterações físicas, hormonais, psíquicas, a mulher se vê diante de uma transformação dos seus papéis sociais e suas relações. Por consequência, existem possibilidades do aparecimento de um quadro de tristeza ou surgimento de transtornos psiquiátricos que interfere no vínculo afetivo saudável entre a mãe e bebê, que é potencializado no caso de violência obstétrica.

No trabalho de Carvalho e Cunha (2021) que tinha o objetivo de analisar quais os efeitos que a violência obstétrica causa nas mulheres, nos resultados desse estudo, ficou evidente constatar que as principais consequências são depressão, vergonha, medo de repetir a experiência, cicatrizes, queloides, dores físicas e baixa autoestima.

Em resultado semelhante, Ladislau (2022) aponta que o constrangimento é o primeiro sentimento que as mulheres enfrentam após a violência. A angústia é intensificada e podem desenvolver e potencializar uma sensação de inferioridade, medo e insegurança, através da humilhação, reforçando sentimentos de incapacidade, inadequação e impotência da mulher e do seu corpo.

A mesma autora ainda acrescenta que outro ponto extremamente relevante é que, tanta dor e sofrimento podem desencadear o medo de uma nova gestação por causa da experiência vivida. Em geral, a grande maioria aponta indícios de depressão pós-parto (LADISLAU, 2022).

Além disso, a vida sexual e a autoestima são afetadas, interferindo na sua imagem corporal e despertando incômodos físicos. Neste sentido, é muito difícil a mulher responder de maneira imediata à violência sofrida, de forma a se defender, pois, é normal que, inicialmente, ela permaneça passiva por se encontrar totalmente desamparada (LADISLAU, 2022).

Carnaval e Silva (2021) apontam que como efeito desta violência, começa a aparecer sentimento de indignação, revolta e de incapacidade por não ter conseguido se manifestar diante do abuso; o que acontece com grande parte das mulheres, já que nem todas conseguem ter essa consciência sobre o trauma.

Fato é que, as vivências experimentadas desse momento fazem parte dos sentimentos, pensamentos e das relações das mulheres no processo de construção do significado da maternidade, por isso, é preciso considerar o impacto que o trauma provoca em cada mulher. Ou seja, significa que as consequências de uma violência obstétrica atravessam o sentido de ser mãe e a própria história dessa gestante (CARNAVAL; SILVA, 2021).

Cabe lembrar que a violência obstétrica está diretamente relacionada aos Direitos Humanos. Do ponto de vista dos direitos humanos dos pacientes, a violência obstétrica infringe diversos direitos humanos, como: o direito à vida, direito de não ser submetido à tortura e tratamento cruel ou degradante, direito ao respeito pela vida privada, direito à informação, direito a não ser discriminado e direito à saúde, que serão discutidos mais adiante. Assim, deve-se considerar a violência obstétrica como prática que detém elevada propensão à violação dos direitos humanos da mulher (SANTIAGO; SOUZA, 2017).

Frisa-se que, além de sofrerem a violência, a institucionalização da violência obstétrica retira a autonomia da mãe, quando coage a parturiente a realizar procedimento diverso do desejado e a constrange de diversas formas, como chamá-la de irresponsável. Como bem mencionam Santiago e Souza (2017) como ninguém deseja ser constrangido,

principalmente no momento de vulnerabilidade, as mulheres vão se adequando ao padrão proposto intensamente violento.

Gomes (2020) ao discutir sobre os efeitos que a violência obstétrica traz para as vítimas, afirma que a mulher que dá à luz em uma situação de violência tem mais risco de desenvolver blues puerperal (melancolia da maternidade) e depressão pós-parto. Além disso, pode ter mais dificuldade em amamentar e cuidar do bebê, desenvolver medo de uma futura gestação e isso limitar seu planejamento reprodutivo.

Em casos mais graves, a violência obstétrica pode levar a óbito a mulher ou a criança ou ambos. Procedimentos invasivos e malsucedidos podem acarretar em morte da vítima.

Para além do óbito, no entendimento de Ribeiro et al. (2021), a violência obstétrica pode “matar em vida”. Explica essa autora que, o parto passa a ser tão traumático para a mulher que isso interfere no exercício da sua personalidade e da sua sexualidade, na sua autoestima, na maneira como ela confia nas pessoas e isso pode interferir inclusive na relação que ela mantém com o filho, que foi gerador de uma situação traumática, supostamente.

Do ponto de vista psicológico, Silva, Silva e Araújo (2017) acentuam que as relações se dão de uma forma tão complexa que isso pode inviabilizar a mulher socialmente. Em outras palavras, é tão grave os danos trazidos pela violência obstétrica que a mulher acaba tendo dificuldades de relacionamento social após esse episódio.

No estudo de Amaral, Klein e Grunewald (2021) que buscou analisar os efeitos da violência obstétrica às mulheres, apontou que a saúde psicológica da mulher é a mais afetada, causando traumas, pânico, depressão, ansiedade, medo, angústia, insegurança e entre outros aspectos emocionais que prejudicam seu funcionamento.

#### **4. O DIREITO BRASILEIRO FRENTE À VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

Uma das grandes reclamações doutrinárias e sociais a respeito do tema aqui analisado diz respeito a sua ausência de normatização. O Direito Brasileiro em seu ordenamento jurídico ainda não possui uma legislação federal que regule de forma específica a prática de violência obstétrica.

No país, o que é possível encontrar são leis esparsas de natureza estadual que criminaliza a presente prática. No entanto, ainda que se tenha uma lei federal que trate sobre essa matéria, os agressores não ficam impunes. O Direito Penal tem sido apontado como o melhor caminho a penalizar os agentes que cometem tal ato (BITENCOURT; OLIVEIRA; RENNÓ, 2022).

Antes, em matéria de Direito Civil, esse tema tem como efeito a aplicação da

responsabilidade civil, baseando-se no art. 5º incisos V e X da Constituição Federal de 1988. Com base nesse artigo constitucional, entende-se que qualquer atividade que traga algum dano a outrem gera a responsabilização de indenização à vítima. Aquele (seja pessoa natural ou jurídica) que vier a cometer um prejuízo a um terceiro deve arcar com os resultados (BRASIL, 1988).

O art. 186 do Código Civil, traz-nos que a responsabilidade civil pode ser extracontratual ou extranegocial. Para o caso específico aqui analisado, tem-se a responsabilidade civil objetiva, que é caracterizada por exigir determinados requisitos, tais como “a conduta, seja omissiva ou não, o dano e o nexo de causalidade. Nesse caso, não se exige a comprovação da culpa do agressor” (RIPOLL, 2022, p. 30).

Com fundamento nesse texto constitucional e civilista, entende-se que qualquer profissional de saúde que venha praticar um ato de abuso à mulher grávida responderá civilmente pelo dano causado (PAIVA et al., 2022).

Uma questão muito recorrente nesses casos, é interligar a violência obstétrica ao erro médico. O erro médico é uma falha profissional que gerou um dano. Nesses casos, o médico é responsabilizado na área civil e na área penal, além das sanções administrativas do Conselho Federal de Medicina onde o profissional pode até ficar impossibilitado de exercer sua profissão (RIPOLL, 2022).

Na esfera do Direito do Consumidor, a mulher grávida ela é a consumidora na relação de consumo em relação ao hospital ou estabelecimento de saúde. O Código consumerista em seu art. 14 afirma que a responsabilidade é objetiva (independente da culpa), sendo assim, o médico é responsabilizado nesses casos (BRASIL, 1990).

Em território penal, não há uma lei penalista que trate sobre esse tema. Embora a tipificação não exista com relação ao crime específico, existem uma série de crimes meios (ou sejam, que foram praticados no período da gestação) que podem ensejar em uma ação penal.

Tem-se como exemplo a injúria, onde há ofensas direcionadas a gestante, atingindo sua honra e dignidade, a pena prevista é de 1 a 6 meses de detenção e multa (BRASIL, 1940).

Nos maus-tratos, que no caso presente corresponde a limitação da atenção e dos cuidados médicos necessários para a gestante, a pena é de até 1 ano de detenção. Na ameaça e pena encontrada é de 1 a 6 meses de detenção. No constrangimento ilegal, que é configurado pela exposição das partes íntimas da parturiente ou outro ato que humilhe ou denigre a mulher, a pena é de 3 meses a 1 ano de detenção e multa (BRASIL, 1940).

Há ainda a lesão corporal, que nesses casos pode ser configurada pelo procedimento de episiotomia, cuja pena pode ser de até 8 anos de reclusão. E por fim, nos casos mais graves o profissional pode ser responsabilizado pelo crime de homicídio, quando motivado pelas lesões encontradas na parturiente ou no feto, gerou o óbito. A pena nesses casos é de reclusão de 6 a 20 anos (BRASIL, 1940).

Soma-se aos casos supracitados, o aborto provocado por terceiro, onde as ações delituosas da violência obstétrica acabam por acarretar na morte do feto. Aqui, conforme o art. 125 do Código Penal, a pena será de reclusão de 3 a 10 anos podendo aumentar em caso de morte à gestante.

Ainda neste cenário, Lacerda, Mariano e Passos (2022) citam que no caso de haver alguma intervenção cirúrgica não permitida previamente pela gestante, o médico será responsabilizado pelo crime de lesão corporal.

Havendo a prática da Manobra de Kristeller, por exemplo, aplica-se o art. 129 do texto penalista. No caso de haver um resultado lesivo, aplica-se o § 6º, do art. 129 (BRASIL, 1940).

No campo jurisprudencial, frente a ausência de Lei, os tribunais tem ao seu modo penalizado a violência obstétrica, conforme a análise de cada caso. *A priori*, cita-se como exemplo o seguinte julgado:

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA.** Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. **Parto realizado pelo método fórceps e manobra Krisller.** Ausência de fatores indicativos da necessidade da utilização do procedimento. Perícia que se utilizou de dados não objetivos. Ausência de registros médicos e hospitalar suficientes para o deslinde da controversa. Réus que tinham plena condição de comprovarem que os procedimentos adotados foram necessários para a saúde do bebê e que as sequelas foram consequência da correta utilização dos meios adequados. Ônus que não deve recair ao menor incapaz. Dano material. Cabimento. **Os réus deverão custear o tratamento da lesão sofrida.** Os valores já desembolsados deverão ser restituídos. Apuração em liquidação de sentença. Pagamento de pensão mensal de um salário mínimo após os 16 anos e até 75 anos de idade. Dano moral e estético. Cabimento. Valor adequado de R\$20.000,00, que deve ser acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, desde o arbitramento. Sucumbência invertida. Honorários majorados para 15% sobre o valor da condenação. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO EM



PARTE. (Apelação Cível nº 1006803-24.2017.8.26.0248 TJSP. Comarca: Indaiatuba. 8º Câmara de Direito Privado. Relator: Benedito Antônio Okuno. Data do Julgamento: 30/11/2022. Data de Publicação: 01/12/2022). (grifo meu)

No caso julgado acima, a vítima afirmou que não lhe foi cogitada a possibilidade de realizar o parto por cesariana, mas utilizados os métodos fórceps e manobra Krisller sem indicação dos motivos. Alegou que não teve assistência médica adequada durante a espera de 12 horas para o parto e após, os réus (médicos) se omitiram ao tratamento da lesão permanente sofrida pela autora.

O que se buscou no presente julgado foi a indenização por falha na prestação do serviço desde a entrada da genitora no hospital réu. Ou seja, a ausência de acompanhamento médico até o parto, a ausência de critérios objetivos de indicação do método de extração e a ausência de acompanhamento do bebê, tanto para detectar a lesão, quanto para tratá-lo. Ao fim, decidiu o magistrado conceder os danos materiais, morais e estéticos a vítima.

Contudo, a jurisprudência brasileira também já negou possibilidade de reparação de danos à parturientes diante da ausência de comprovação de provas. Esse fato é importante porque a responsabilização dos agentes causadores de violência obstétrica só ocorre quando há provas contundentes sobre a violência sofrida. É o que apresenta o julgado abaixo:

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. **RELAÇÃO DE CONSUMO**. PARTO HUMANIZADO. ALEGAÇÃO. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**. RESSARCIMENTO. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. **NÃO COMPROVAÇÃO**. PRELIMINARES. NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Recurso próprio, regular e tempestivo. 2. No mérito, requerem a reforma da sentença, diante do robusto conjunto probatório que revela a violência obstétrica sofrida pela primeira recorrente, motivo pelo qual, pleiteiam sejam ressarcidos pelos danos materiais sofridos. [...] 7. De acordo com a distribuição ordinária do ônus da prova (art. 373 do CPC), **cabe ao autor a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, a demonstração dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos**. 8. Em que pesem as argumentações expendidas pelos autores, o fato de o funcionário do hospital exigir-lhes documentos pessoais para a internação, bem como o fato da primeira

autora/recorrente quase desmaiar após o parto, **não revela falha na prestação do serviço por parte do hospital, tampouco violência obstétrica, pois tais fatos são decorrências naturais do procedimento realizado pela parturiente**, que não descreveram ou provaram a prática de procedimentos considerados invasivos ou danosos à parturiente. 9. **A reparação de danos materiais deve estar necessariamente adstrita a um desfalque patrimonial efetivamente demonstrado, o que não sói ocorrer no caso.** Não demonstrada, sequer por elementos mínimos, a existência de ato ilícito por parte do demandado, vislumbra-se escorregadia a sentença que julgou improcedente a pretensão deduzida em tal sentido, posto que não comprovado o efetivo prejuízo de ordem material, tampouco ofensa moral, elementos imprescindíveis à tutela do direito vindicado. 10. Sentença mantida. (07109918120178070016 - (0710991-81.2017.8.07.0016 - Res. 65 CNJ). TJDF. Primeira Turma Recursal. Data do Julgamento: 01/02/2018. Publicado no DJE: 16/02/2018). (grifo meu)

O que o julgado acima mostra é que no campo da violência obstétrica é de enorme importância a prova. Como bem mencionado no julgado, a reparação de danos materiais ou morais deve estar necessariamente adstrita a um prejuízo ou dano efetivamente demonstrado. Esse fato é que se discute quando se fala em violência obstétrica.

Apesar de difícil à primeira vista, a violência obstétrica pode ser provada. Seja por meio físico (através de uma perícia ou laudo médico) ou psicológica, através de depoimento de testemunhas, como o acompanhante, por exemplo. Assim, ao avaliar o bem-estar psíquico da paciente, o magistrado pode analisar as provas por meio da prova testemunhal.

Desse modo, fica claro observar que a violência obstétrica deve ser analisada de acordo com cada caso, ao qual deve ser devidamente comprovada não apenas a prática técnica, mas sobretudo, os seus efeitos no campo físico, moral e psicológico da mulher.

No âmbito legislativo, algumas leis estaduais têm abordado de maneira mais objetiva esse tema. Em São Paulo, por exemplo, há o Projeto de Lei nº 1.130/2017 que penaliza no âmbito civil, penal e administrativo os agentes que praticarem maus tratos às mulheres grávidas (BRASIL, 2017). A mesma matéria se encontra no Projeto de Lei nº 8.219/17, cuja pena se dá entre 6 meses a 2 anos de detenção e multa. (BRASIL, 2017).

No Estado do Tocantins, encontra-se a Lei nº 3.674/2020, que dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra esse tipo de violência no presente Estado. Ao trazer conceitos e aspectos gerais sobre a violência

obstétrica, a Lei trouxe como medida de prevenção o art. 4º que aduz que para acesso às informações constantes desta Lei, os estabelecimentos hospitalares deverão disponibilizar um exemplar da Lei às gestantes, parturientes e/ou seus acompanhantes (BRASIL, 2020).

Pegando gancho na Lei supracitada, é também necessário destacar que medidas podem ser feitas para que a violência obstétrica seja cada vez menos praticada. Para Gomes (2020) há determinadas condutas que podem ser feitas para que essa violência não seja efetivada. A autora menciona como exemplo, o melhoramento do planejamento reprodutivo e a assistência ao pré-natal, a exposição de informações de qualidade e adequação dos serviços de saúde melhorando a infraestrutura.

Para Xavier (2022) é preciso investir em treinamento e qualificação permanente dos profissionais e estimular a aproximação das gestantes aos serviços de saúde no período gestacional.

Com tais medidas pode-se buscar um caminho para que os abusos cometidos em desfavor das mulheres no período gestacional não sejam mais presentes nos estabelecimentos de saúde, e que cada vez menos mulheres possam serem vítimas dessas atrocidades.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O parto é uma experiência exclusivamente feminina que afeta todos os aspectos da mulher como o psicológico, biológico e principalmente o cultural, pois a mulher planeja a forma de parir com a qual se identifica e de acordo com seus valores éticos, morais e sociais.

Sendo assim, a violência obstétrica que consiste na apropriação do corpo e dos processos reprodutivos da mulher pelos profissionais de saúde se exterioriza por meio do tratamento violento, do abuso de medicalização e da patologização dos processos naturais, que acarretam a perda de autonomia da parturiente e da capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade de forma negativa.

A violência obstétrica ocorre de modo variado e complexo por meio da violência institucional, física, psicológica, dentre outros, bem como é de difícil detecção, tendo em vista que as vítimas não possuem conhecimento técnico-científico para contradizer falácias utilizadas pelos profissionais da saúde, a fim de coagi-las a algo diverso do pretendido por elas.

Ademais, conclui-se que a legislação brasileira não protege, de modo incisivo, a figura do paciente descrevendo seus direitos, os meios protetivos e de defesa. Em vista

disso, a violência obstétrica não possui uma ferramenta legal eficaz para sua erradicação, uma vez que a paciente se encontra desamparado no ordenamento jurídico.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Janaína Marques; D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas. **Violência institucional em maternidades públicas: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de gênero**. 2019. Tese (Doutorado)-Departamento de Medicina Preventiva, Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

AMARAL, Aléxia Fortes; KLEIN, Ana Paula; GRUNEWALD, Evelyn Sofia. **A violência obstétrica e os seus danos à saúde psicológica da mulher**. Anais do 19º Encontro Científico Cultural Interinstitucional – 2021.

BITENCOURT, Angélica de Cássia; OLIVEIRA, Samanta Luzia de; RENNÓ, Giseli Mendes. **Violência obstétrica para os profissionais que assistem ao parto**. Rev. Bras. Saude Mater. Infant., 2022.

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)>. Acesos em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Decreto – Lei 2.848 de 1940. **Código Penal Brasileiro**. 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: 28 mar. 2023.

BRASIL. Lei 8.078 de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº11.108 de 07 de abril de 2005**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.674 de 26 de maio de 2020**. Altera a Lei nº 3.385, de 27 de julho de 2018, que dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=396083>>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRÜGGEMANN, Odaléa Maria et al. **No parto vaginal e na cesariana acompanhante não entra: discursos de enfermeiras e diretores técnicos**. Revista Gaúcha de Enfermagem, Porto Alegre, v. 36, p. 152-158, 2020.

CARNAVAL, Cristiane Aparecida; SILVA, Tainá Hellen da. **A violência obstétrica e suas consequências para as mulheres.** Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação, 7(7), 850–883; 2021.

CARVALHO, Larissa Lorraine; CUNHA, Fabíola Vieira. **Consequências à mulher vítima de violência obstétrica.** Revista Multidisciplinar Em Saúde, 2(4), 44; 2021.

COSTA, Juliana Alves; SILVEIRA, Juliana de Almeida; GONÇALVES, Sebastião Jorge da Cunha; SOUZA, Maria Cristina Almeida de. **Violência obstétrica e humanização no parto: percepção de alunos de graduação em Medicina e Enfermagem.** Revista De Saúde, 13(1), 28–33, 2022.

FARIAS, Maria Mariana Pontes Castro et al. **Análise da violência obstétrica pela mulher: vivência e reconhecimento de procedimentos obstétricos associados.** Brazilian Journal of Development. 2021; 7(2): 18425-18437.

FERREIRA, Francisco Eduardo. **No Brasil, uma mulher é vítima de violência a cada quatro horas.** 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-03/no-brasil-uma-mulher-e-vitima-de-violencia-cada-quatro-horas>. Acesso em: 29 mar. 2023.

GOMES, Denise. **25% das mulheres já sofreram violência obstétrica no país.** 2022. Disponível em: <https://edicaodobrasil.com.br/2022/07/15/25-das-mulheres-ja-sofreramviolenciaobstetricanobrasil/#:~:text=Dados%20do%20Relat%C3%B3rio%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es,ou%20tratar%20complica%C3%A7%C3%B5es%20no%20parto>. Acesso em: 29 mar. 2023.

LACERDA, Giovanna Maria Oliveira de; MARIANO, Valéria da Costa; PASSOS, Sandra Godói de. **Violência obstétrica e os direitos das gestantes: o que as mulheres sabem?** Revista JRG de Estudos Acadêmicos, Brasil, São Paulo, v. 5, n. 10, p. 42–53, 2022.

LADISLAU, Andréa. **A violência Obstétrica e a Saúde Mental da Mulher.** 2022. Disponível em: <https://guiadobebe.com.br/a-violencia-obstetrica-e-a-saude-mental-da-mulher/>. Acesso em: 18 mar. 2023.

LEITE, Tatiana Henriques et al. **Desrespeitos e abusos, maus tratos e violência obstétrica: um desafio para a epidemiologia e a saúde pública no Brasil.** Ciência & Saúde Coletiva. v. 27, n. 02, pp. 483-491, 2022.

MANTELLI, Erica. **O que tudo muda no corpo da mulher na gravidez?** 2022. Disponível em: <https://bebe genial.com.br/mudancas-do-corpo-na-gravidez/>. Acesso em: 18 mar. 2023.



MEDEIROS, Rita de Cássia da Silva; NASCIMENTO, Ellany Gurgel Cosme do. **“Na hora de fazer não chorou”**: a violência obstétrica e suas expressões. Rev Estud Fem. 30(3), 1-15, 2022.

MENDES, José; SANTOS, Ana Paula Sousa; TAVARES, Márcio. **Percepções da violência obstétrica pelas parturientes e profissionais de saúde: uma revisão scoping**. Revista Portuguesa De Investigação Comportamental E Social, 8(2), 1–15, 2022.

NOGUEIRA, Neiva Vieira. **O reconhecimento da violência obstétrica no Brasil e sua repercussão sociolegislativa por intermédio do movimento feminista**. Insurgência: revista de direitos e movimentos sociais, 7(2), 261-286, 2021.

OLIVEIRA, Amanda Lima de. **Violência obstétrica: uma análise de suas dimensões nas normativas Brasileiras**. 2018. 69 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

OLIVEIRA, Luaralica Gomes Souto; ALBUQUERQUE, Aline. **Violência obstétrica e direitos humanos dos pacientes**. Revista CEJ, Brasília, Ano XXII, n. 75, p. 36-50, maio/ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde**. 4. ed. Tradução de: Silvia Piñeyro Trias. Genebra: OMS, 2019.

PAIVA, Antônia de Maria Gomes et al. **Representações sociais da violência obstétrica para puérperas e profissionais da saúde: análise fatorial de correspondência**. Cogitare Enfermagem, 27, 2022.

PICKLES, Camilla. **Eliminating abusive ‘care’: a criminal law response to obstetric violence in South Africa**. SA Crime Quarterly, Pretoria, n. 54, p. 5-16, Dec. 2015.

RIBEIRO, Karla Gracindo et. al. **Caracterização da violência obstétrica na produção científica: uma revisão integrativa**. REAS. 2021; 13(4): 1-8.

RIPOLL, Fabiana. **Responsabilidade civil médica na configuração da violência obstétrica**. Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Repositório Universitário da Ânima (RUNA), 2022.

RODRIGUES, Karine. **Tese faz análise histórica da violência obstétrica no Brasil**. 2022. Disponível em: <https://agencia.fiocruz.br/tese-faz-analise-historica-da-violencia-obstetrica-no-brasil>. Acesso em: 20 mar. 2023.

SANTIAGO, Dayze Carvalho; SOUZA, Wanessa Kerlly. **Violência obstétrica: uma análise das consequências**. Revista Científica da FASETE 2017.2.



SILVA, Bruna L. Pontes da; FREIRE, Carolina Djovana da Silveira et al. **Violência obstétrica e direitos humanos**. Brasília, DF.: UniCeub, 2019.

SILVA, Fausto; SILVA, Mário; ARAÚJO, Fabiano. **Sentimentos causados pela violência obstétrica em mulheres de Município do Nordeste Brasileiro**. Rev Pre Infec e Saúde, Campina Grande, 3(4), p. 25-34, 2017.

SIMAS, Raquel. **O caso Adelir e o movimento pela humanização do parto: reflexões sobre violência, poder e direito**. Vivência: Revista de Antropologia. Rio de Janeiro, n. 48, p. 89-104, 2021.

XAVIER, Laura Luísa da Conceição. **A violência obstétrica vivenciada pelas mulheres brasileiras: da realidade ao discurso jurídico-normativo**. Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Brasília, 2022.

## A CARACTERIZAÇÃO DA DEPRESSÃO COMO DOENÇA OCUPACIONAL

**LEANDRO ALVES DA PAZ.**

Bacharelado em Direito pela  
Universidade de Gurupi – UnirG<sup>157</sup>.

FERNANDO QUEIROZ POLETTO<sup>158</sup>

(orientador).

**RESUMO:** Com o aumento do adoecimento psicológico das pessoas, muitas vezes decorrente do desempenho de sua atividade laboral, os trabalhadores as vezes precisam se ausentar de seus postos de trabalho, necessitando, nos casos mais graves, de afastamento por longos períodos. Nesse contexto, a Depressão se apresenta como uma das doenças comuns na sociedade brasileira, cujas causas podem sofrer influências laborais. Marcada pelo desânimo e tristeza profunda do indivíduo, entre tantos outros sintomas, é uma doença que afeta significativamente o trabalho, levando à ausência no posto, causando prejuízos materiais e morais para os envolvidos na relação laboral. Por tal motivo, esta pesquisa analisa a depressão como doença ocupacional segundo os critérios estabelecidos na legislação trabalhista em vigor. O método adotado consiste na realização de pesquisa bibliográfica, realizada em materiais obtidos por meio gratuito e oneroso, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, com resultados apresentados na forma textual, partindo de premissa genérica acerca das doenças ocupacionais admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, para concluir especificamente sobre a possibilidade de a depressão ser assim considerada, com destaque para a exposição dos efeitos decorrentes dessa caracterização como doença laboral, principalmente a estabilidade provisória que impede a demissão sem justa causa do empregado pelo período de um ano.

**Palavras-chave:** Depressão. Doença Ocupacional. Caracterização. Efeitos. Estabilidade.

**ABSTRACT:** With the increase in people's psychological illness, often resulting from the performance of their work activity, workers sometimes need to be absent from their jobs, requiring, in the most serious cases, leave for long periods. In this context, Depression is one of the common illnesses in Brazilian society, whose causes may be influenced by work. Marked by the individual's discouragement and deep sadness, among many other symptoms, it is a disease that significantly affects work, leading to absence from work, causing material and moral damage to those involved in the employment relationship. For this reason, this research analyzes depression as an occupational disease according to the criteria established in the current labor legislation. The method adopted consists of carrying

---

157 E-mail: leandroadpaz@gmail.com

158 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: fqpoletto@hotmail.com

out a bibliographical research, carried out on materials obtained free of charge and at a cost, doctrinal and jurisprudential positions, with results presented in textual form, starting from a generic premise about the occupational diseases admitted in the Brazilian legal system, to conclude specifically on the possibility of depression being thus considered, highlighting the exposition of the effects resulting from this characterization as an occupational disease, mainly the provisional stability that prevents the dismissal without just cause of the employee for a period of one year.

**Keywords:** Depression. Occupational disease. Description. Effects. Stability.

**Sumário:** Introdução. Material e Métodos. 1. A Saúde do Trabalhador: o direito ao meio ambiente laboral saudável. 2. As Doenças Ocupacionais e do Trabalho. 3. A Depressão como Doença Ocupacional. 3.1. Diagnóstico e Sintomas da Depressão. 3.2. A caracterização da depressão ocupacional. 4. Efeitos da Depressão Ocupacional: afastamento laboral e estabilidade provisória do trabalhador. Considerações Finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

A regulamentação constitucional e infraconstitucional da proteção dos trabalhadores, principalmente com a garantia de proteção à sua saúde em ambientes laborais, é resultado da evolução constante da sociedade, cabendo aos operadores do direito realizar o acompanhamento das mudanças sociais a fim de que a aplicação das leis se mantenha eficaz diante dos casos concretos apresentados ao Poder Judiciário.

Certo é que, dentre as demandas laborais em destaque na atualidade, o crescimento dos diagnósticos de trabalhadores ocasiona uma preocupação quanto ao desenvolvimento do trabalho de forma saudável.

Isto porque, apesar de haver o ideal de cumprimento integral da jornada de trabalho contratada, infelizmente, muitas doenças levam à incapacidade do empregado, seja temporária ou definitiva, parcial ou total, levando às faltas laborais.

É direito do trabalhador justificar a ausência com a apresentação de atestado médico comprovando a sua patologia. Ocorre que, as doenças, que não se limitam às questões de ordem física, mas também são psíquicas, com consequências reais na vida do empregado muitas vezes se originam em razão do próprio labor.

Neste contexto, é inegável o aumento dos diagnósticos da doença de Depressão na sociedade. Decorrente de várias situações anteriores e questões pessoais, o trabalho desempenhado pode ser fator determinante para o diagnóstico do trabalhador,

especialmente quando as condições laborais levam a situações que desencadeiam a ocorrência dos sintomas, etc.

Diante de tais situações, é crescente o entendimento de que a Depressão, assim como várias outras, pode ser considerada uma doença laboral, o que surte efeitos não apenas para o trabalhador, mas também para o seu empregador, que pode vir a ser responsabilizado em caso de uma dispensa indevida, por exemplo.

No Brasil, para proteger o empregado das dispensas ilegais do trabalho, a legislação brasileira prevê a responsabilidade do empregador pela doença ocupacional, surgida ou agravada em razão do trabalho desempenhado.

Nesse contexto, considerando que a depressão tem como consequência real a incapacidade do trabalhador em executar suas atividades diárias, é importante analisar a possibilidade de ser ela considerada uma doença ocupacional. Dado a relevância do assunto e a sua atualidade, esse tema é o objeto desta pesquisa científica.

## **MATERIAIS E MÉTODOS**

Elaborada na cidade de Gurupi-TO, a pesquisa desenvolvida no primeiro semestre de 2023, tem como alvo de estudo a população trabalhadora diagnosticada com depressão.

Se classifica como bibliográfica porque resulta da consulta a livros jurídicos, dissertações e artigos científicos publicados no Brasil, cuja escolha se atribui à necessidade de compreender o que determina a legislação trabalhista sobre as doenças ocupacionais.

Em relação aos objetivos, a classificação da pesquisa é exploratória porque consiste no aprofundamento do tema que cerca a depressão de trabalhadores, com exposição não apenas de determinações legais, mas principalmente de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Os dados e informações coletados na bibliografia selecionada foram selecionados mediante a implantação de técnicas de análise qualitativa do texto (análise de conteúdo, análise do discurso, confrontamento de informações), em razão de se tratar matéria com controvérsia na doutrina e jurisprudência pátria, principalmente sobre a caracterização do nexo causal.

Qualificada como revisão de literatura, os resultados obtidos são apresentados na forma textual e no decorrer da presente pesquisa científica.

## **1 A SAÚDE DO TRABALHADOR: O DIREITO AO MEIO AMBIENTE LABORAL SAUDÁVEL**

Está certo no ordenamento jurídico que todo indivíduo é dotado de direitos fundamentais que não podem ser violados, nem mesmo em prol do recebimento de uma remuneração. Com isso, diz a legislação que o empregado tem direito a preservação de sua saúde e integridade física no seu ambiente de trabalho.

Diz a Constituição de 1988, artigo 7º, inciso XXII, que é direito do trabalhador a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (BRASIL, 1988). A partir dessa norma, tem-se que o empregador tem o dever de proporcionar condições de trabalho saudável e livre de riscos à integridade do trabalhador.

Tais garantias são efeitos do direito ao meio ambiente laboral saudável, que, nas palavras de Sidney Machado, “compreende-se como meio ambiente de trabalho o conjunto das condições internas e externas do local de trabalho e sua relação com a saúde dos trabalhadores.” (2001, p. 66)

Em outras palavras, leciona Leila Maria de Souza Jardim, apontando o motivo de ser indispensável a tutela jurídica sobre o meio ambiente laboral:

O meio ambiente laboral é o lugar onde as pessoas passam uma parcela considerável de suas vidas. Os efeitos das atividades desenvolvidas transcendem a esfera de trabalho atingindo diretamente as demais áreas de convivência e à qualidade de sua vida enquanto laboradores.

Desse modo, torna-se imprescindível voltar o olhar para a importância de ser-lhe dada tutela jurídica, a fim de garantir condições mínimas de dignidade para o bom desempenho do trabalho, devendo ser desenvolvido de forma hígida e salubre, visando à incolumidade física e psíquica daquele que labora (JARDIM, 2015, p. 01).

Ante a previsão legal e opinião doutrinária, entende-se que a saúde do trabalhador não deve ser ignorada pelo empregador, aqui compreendidos não apenas os aspectos físicos do empregado, mas também a sua condição psíquica, sob pena de por vir a ser responsabilizado se comprovado a negligência do contratante.

A jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, é pacífica quanto ao dever do empregador em contribuir para a saúde mental dos trabalhadores:

AMBIENTE SAUDÁVEL DE TRABALHO. DEVER DO EMPREGADOR – “MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. SAÚDE MENTAL. DEVER DO EMPREGADOR. É dever do empregador e do tomador de serviços zelar por um ambiente de trabalho saudável também do ponto de vista da saúde, coibindo práticas tendentes ou aptas a gerar danos de natureza moral ou emocional aos seus trabalhadores, passíveis de indenização” (Enunciado nº 39, da 1ª Jornada de Direito material e Processual na Justiça do Trabalho, 2007). ASSÉDIO MORAL. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO. No que interessa ao Direito do Trabalho, define-se o assédio moral – ou mobbing – como atitude abusiva, de índole psicológica, que ofende repetidamente a dignidade psíquica do indivíduo, com o intento de eliminá-lo do ambiente laboral ou de diminuí-lo. O dano moral em si – a dor e abalo moral – não é passível de prova. Uma vez provado o fato ensejador do dano moral e a culpa do agente, resta configurada a obrigação de indenizar. Recurso da reclamada parcialmente conhecido e desprovido. (Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região TRT-10 – Recurso Ordinário Trabalhista: RO XXXXX-04.2015.5.10.0811 DF – 1ª Turma/2016 Recurso ordinário 1009).

Assim, o meio ambiente do laboral saudável não se resume ao trabalho, uma vez que assegura a saúde e a segurança do trabalhador no ambiente em que exerce sua função, impactando também a vida dos familiares do indivíduo e a sociedade (FONSECA e ROBERTI, 2016).

Considerando o direito em questão, prevendo situações em que o empregado seja acometido por uma doença decorrente do trabalho desempenhado, existe previsão legal das doenças ocupacionais e os seus efeitos no contrato de trabalho.

## **2 AS DOENÇAS OCUPACIONAIS E DO TRABALHO**

Dentre os temas de maior relevância atual no direito do trabalho encontram-se as doenças ocupacionais, posto que, segundo estudo de Jéssica da Silva Fonseca e Eduardo Torres Roberti (2016), o Brasil encontra-se entre os países de maiores índices de doenças ocupacionais, com o número de vítimas de acidente ou doença decorrente do trabalho crescendo a cada ano.

No dia a dia laboral, é possível que o empregado não consiga desempenhar suas atividades em razão de encontrar-se com sua saúde abalada. O motivo da incapacidade pode ser diverso, seja por questão pessoal, caso fortuito ou força maior, etc. Nessas situações, a suspensão do trabalho pode ocorrer, restando o dano ao empregador e ao empregado.



Ocorre que, diante do dever patronal de fornecimento de meio ambiente saudável, havendo culpa do patrão, o trabalhador não pode ser prejudicado. Para saber se a enfermidade pode ensejar a responsabilização do empregador, é preciso compreender se se trata de uma doença caracterizada como ocupacional.

As doenças ocupacionais são aquelas que foram adquiridas ou provocadas, direta ou indiretamente, pelo exercício da atividade profissional. Ou seja, elas surgem por meio das ações que o trabalhador desempenha todos os dias ou podem ser causadas de forma indireta pelas condições que uma pessoa executa o seu trabalho (BARROS, 2020, p.1).

Para além da conceituação doutrinária, a definição legal de doença ocupacional está contida na Lei n°. 8.213, de 24 de julho de 1991, que em seu artigo 20, a insere dentre as espécies de acidente de trabalho:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

- a) a doença degenerativa;
- b) a inerente a grupo etário;
- c) a que não produza incapacidade laborativa;
- d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho (BRASIL, 1991).

Conforme se observa dos incisos I e II do artigo transcrito, as doenças ocupacionais podem se dar de vários tipos, não apenas fisicamente, mas também afetam a saúde psicológica do trabalhador. Neste sentido, os abalos morais acabam por desencadear o adoecimento do empregado.

Situações como a alta demanda de trabalho, muita pressão psicológica, o assédio sofrido internamente, as agressões verbais e o medo de perder o trabalho provocam um esgotamento mental que prejudica a saúde do trabalhador e leva ao afastamento. (BARROS, 2020, p. 1).

Deste modo, tendo em vista os acontecimentos recentes, aqui compreendidas as notícias recorrentes de adoecimento mental de trabalhadores, comprovado mediante o aumento da depressão, de agora em diante, se analisa a possibilidade de caracterização desta patologia como uma doença ocupacional.

### **3 A DEPRESSÃO COMO DOENÇA OCUPACIONAL**

Com o crescimento das doenças psicológicas, agravadas pelos problemas que a convivência em ambiente de trabalho pode causar aos envolvidos, várias doenças passaram a ser reconhecidas como doenças laborais, gerando a responsabilização do empregador pelos danos causados aos trabalhadores.

Neste ponto, com o aumento dos diagnósticos de depressão, agravados pela sujeição do trabalhador a situações de estresse extremo, assédio no local de trabalho, cobranças excessivas e demais situações que podem aumentar o sofrimento do indivíduo, questiona-se se a depressão pode ou não ser considerada uma doença ocupacional.

Antes de adentrar no centro desta pesquisa, é relevante analisar o diagnóstico e os sintomas da depressão.

#### **3.1 DIAGNÓSTICO E SINTOMAS DA DEPRESSÃO**

Consubstanciada no sofrimento individual, a depressão é uma doença que merece ser analisada não apenas sob a ótica da medicina, mas também segundo a legislação. Contudo, importa caracterizar essa patologia, registrada no CID (Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde).

A depressão, por possuir várias diferenciações diante do caso concreto, atualmente está presente no CID 10 – F33, sendo assim definida por especialistas:

**Depressão** (CID 10 – F33) é uma doença psiquiátrica crônica e recorrente que produz uma alteração do humor caracterizada por uma tristeza profunda, sem fim, associada a sentimentos de dor, amargura, desencanto, desesperança, baixa autoestima e culpa, assim como a distúrbios do sono e do apetite. (VARELLA BRUNA, 2023, p. 01)

O Doutor Nikolas Keine afirma que “a Depressão é uma doença psiquiátrica extremamente séria que afeta muitas pessoas no Brasil e no mundo. Pode desencadear sintomas leves, moderados e graves que afetam tanto o psicológico, quanto o físico” (2023, p. 01).

Trata-se de doença cujos principais sintomas estão presentes os seguintes: tristeza; choro fácil; perda de interesse por coisas que gostava; distúrbios no sono; Alterações no apetite; pensamentos de ruína, sem esperança de melhora; entre outros (KEINE, 2023).

Tratam-se de sintomas que poderiam ser confundidos com a tristeza transitória, que pode acometer os indivíduos em várias situações de seu cotidiano, entretanto, existe diferenciação entre tais situações.

É importante distinguir a tristeza patológica daquela transitória provocada por acontecimentos difíceis e desagradáveis, mas que são inerentes à vida de todas as pessoas, como a morte de um ente querido, a perda de emprego, os desencontros amorosos, os desentendimentos familiares, as dificuldades econômicas etc.

Diante das adversidades, as pessoas sem a doença sofrem, ficam tristes, mas encontram uma forma de superá-las. Nos quadros de depressão, a tristeza não dá tréguas, mesmo que não haja uma causa aparente. O humor permanece deprimido praticamente o tempo todo, por dias e dias seguidos. Desaparece o interesse pelas atividades que antes davam satisfação e prazer e a pessoa não tem perspectiva de que algo possa ser feito para que seu quadro melhore (VARELLA BRUNA, 2023, p. 01).

De acordo com o Instituto Pro Vida, “o diagnóstico da depressão é clínico e somente pode ser dado por um médico especialista, no caso o psiquiatra, que é responsável por tratar pessoas com transtornos mentais.” (PRO VIDA, 2019, p. 01).

Ao compartilhar informações prestadas pelo Governo Federal, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal também aponta o tratamento utilizado em combate à depressão:

O tratamento da depressão é essencialmente medicamentoso. Existem mais de 30 antidepressivos disponíveis. Ao contrário do que alguns temem, essas medicações não são como drogas, que deixam a pessoa eufórica e provocam vício.

A terapia é simples e, de modo geral, não incapacita ou entorpece o paciente. Alguns pacientes precisam de tratamento de manutenção ou preventivo, que pode levar anos ou a vida inteira, para evitar o aparecimento de novos episódios.

A psicoterapia auxilia na reestruturação psicológica do indivíduo, além de aumentar sua compreensão sobre o processo de depressão e na resolução de conflitos, o que diminui o impacto provocado pelo estresse.

A depressão não tem tempo para passar. Pode durar dias, semanas, meses ou anos (PRO VIDA, 2019, p. 01).

Feitas as considerações gerais sobre a doença, a pesquisa passa a análise da depressão sob a ótica do ambiente de trabalho, haja vista a existência recorrente de sua caracterização como doença ocupacional.

### 3.2 A CARACTERIZAÇÃO DA DEPRESSÃO OCUPACIONAL

Considerada pela Organização Mundial de Saúde como a “doença do século” (PRO VIDA, 2019), não são poucas as situações em que o trabalhador necessita se ausentar do seu ambiente de trabalho.

Dentre as doenças psicossociais, a depressão tem se tornado comum dentre as pessoas, especialmente no ambiente de trabalho, tendo sido reconhecida recentemente como uma doença laboral pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Em relatório apresentado em 2017, a Organização Mundial de Saúde (OMS) classificou a depressão como uma das maiores causas de incapacidade para o trabalho do mundo. Categorizada como a

doença do século, o transtorno depressivo afeta mais de 5% da população brasileira, sendo a segunda maior causa de afastamento do trabalho no Brasil.

Embora o transtorno depressivo possa ser desencadeado por diversos fatores concomitantes, há casos em que o exercício do labor se demonstra como causa determinante para o desenvolvimento ou agravamento da doença, configurando-a como doença ocupacional (FIGUEIREDO JULIO, 2021, p. 1).

No ambiente laboral, indica-se a tomada de providências por parte dos empregadores para impedir o surgimento dessa doença no decorrer do contrato de trabalho.

A depressão, uma das mais graves doenças psicossociais, já foi até vista como o mal do século — apesar de existir há centenas de anos — é considerada um problema de saúde pública. Para preveni-la, algumas medidas devem ser observadas com atenção:

- alinhamento das expectativas do trabalho. Muitos trabalhadores se sentem pressionados com metas inalcançáveis, por isso, é importante alinhar à realidade da entrega com condições de trabalho favoráveis e o volume de demandas;
- programas de **repressão à violência verbal, psicológica** e ao assédio, tanto entre líderes e colaboradores, quando entre os colegas de trabalho;
- promoção de um clima organizacional saudável;
- controle da jornada dos trabalhadores para que não haja sobrecarga;
- apoio psicológico para profissionais que lidam diretamente com situações de estresse, como atendentes de telemarketing e policiais, e com o sofrimento de terceiros, como assistentes sociais e profissionais da saúde (BARROS, 2020, p. 1).

O motivo da orientação patronal advém do fato de que pode ser responsabilizado pelos abalos à saúde do trabalhador, ante ao direito de ingressar judicialmente em busca da caracterização de adoecimento do trabalhador.

Na jurisprudência, apesar de ser considerada uma espécie de doença ocupacional, são raras as situações em que o trabalhador consegue comprovar o nexo causal necessário à responsabilização do empregador:

RECURSO ORDINÁRIO. DEPRESSÃO. DOENÇA OCUPACIONAL. NÃO CONFIGURADA. DANOS MORAIS. INEXISTENTES. Sendo insuficientes as provas nos autos para demonstrar que o transtorno psiquiátrico surgiu na vigência do contrato de trabalho e teve como origem o estresse causado no meio ambiente do trabalho, tem-se por inexistente o nexo causal e, por consequência, ausente o direito à indenização por danos morais. Recurso ordinário do autor a que se nega provimento. RECURSO ORDINÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. Comprovado o ato ilícito perpetrado, a culpa da tomadora de serviços e da prestadora contratada, impõe-se a responsabilização solidária dos reclamados, nos termos do artigo 942 do Código Civil, pelos danos morais sofridos pelo ex-empregado. (TRT-6. Processo: ROT – XXXXX-52.2017.5.06.0002, Redator: Mayard de Franca Saboya Albuquerque, Data de julgamento: 10/10/2019, Quarta Turma, Data da assinatura: 10/10/2019.)

Apesar da dificuldade apontada, na prática, apesar de excepcional, a concausa foi reconhecida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª região, caracterizando como ocupacional a depressão de uma trabalhadora:

DEPRESSÃO. CONCAUSA. DOENÇA OCUPACIONAL. 1. A empresa, após vários afastamentos da autora (licença maternidade e auxílio doença), por represália, alterou sua função, sem proceder ao prévio e necessário treinamento adequadamente. 2. Por conta do desconhecimento dos procedimentos de suas atividades, a autora cometia desacertos, passando a sofrer cobranças da empresa, bem como constrangimentos. 3. Como consequência, houve agravamento do distúrbio psicológico da autora, depressão, evidenciando concausa. 4. Recurso a que se nega provimento, no particular, por unanimidade. (TRT-24 – Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região: XXXXX20105240006. Primeira Turma. Relator: Amaury Rodrigues Pinto Júnior).

O mesmo entendimento foi adotado pelo Tribunal do Trabalho da 3ª Região, em relação ao nexo concausal:



DOENÇA OCUPACIONAL. DEPRESSÃO. OCORRÊNCIA DE CONCAUSA. A concausa é outra causa que, não sendo a principal, concorre para a eclosão ou agravamento da doença. Assim, ainda que o quadro patológico do trabalhador seja de natureza psíquica, não relacionada diretamente ao ambiente de trabalho, se é possível que este, de alguma forma, tenha contribuído para a eclosão ou agravamento da patologia, está configurada a doença ocupacional ou o acidente de trabalho (art. 21 da Lei nº 8.213/91). Vale dizer, é suficiente para a concausa a mera possibilidade de a doença que acometeu o trabalhador ter sido agravada em razão de suas atividades laborativas. (TRT-3 - RO: 00107296920185030156 MG 0010729-69.2018.5.03.0156, Relator: Ana Maria Amorim Reboucas, Data de Julgamento: 18/12/2019, Oitava Turma, Data de Publicação: 21/01/2020.)

Com o aumento das situações de depressão ocupacional, surge para o empregador uma consequência jurídica de muita relevância. O maior efeito da caracterização das hipóteses da Lei nº 8.213/ 1991, a seguir apresentado.

#### **4 EFEITOS DA DEPRESSÃO OCUPACIONAL: AFASTAMENTO LABORAL E ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO TRABALHADOR**

Em todas as situações de adoecimento no ambiente de trabalho, uma vez constatada a doença laboral, surge para o trabalhador o direito à estabilidade provisória prevista no artigo 118 da já mencionada Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991, *in verbis*.

Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

Parágrafo único. O segurado reabilitado poderá ter remuneração menor do que a da época do acidente, desde que compensada pelo valor do auxílio-acidente, referido no § 1º do art. 86 desta lei (BRASIL, 1991).

Comentando o artigo acima, o Tribunal Superior do Trabalho emitiu a Súmula 378 que dá maiores informações acerca da estabilidade do trabalhador acometido por doença laboral, com a disposição dos pressupostos para a sua concessão:

Súmula nº 378 do TST

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

- É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

- São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte - ex-OJ nº 230 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

- O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no n no art. 118 da Lei nº 8.213/91 (TST, 2012).

Na jurisprudência, a estabilidade em razão de doenças ocupacionais é majoritariamente concedida, conforme o exemplo do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região:

RECURSO ORDINÁRIO DAS RECLAMADAS. DOENÇA OCUPACIONAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONFIGURADA. Comprovada doença ocupacional, é inequívoco o direito à estabilidade provisória, nos termos do art. 118 da Lei 8.213/91. Recurso ordinário a que se nega provimento, no tema. (TRT6- Processo: ROT – XXXXX-16.2019.5.06.0016, Redator: Ana Claudia Petruccelli de Lima, Data de julgamento: 23/09/2021, Quarta Turma, Data da assinatura: 23/09/2021)

Especificamente em casos de depressão, comprovado o direito à reintegração, são mais comuns as indenizações substitutivas do período, o que se atribui aos sentimentos que o labor causa na pessoa, sendo viável para a sua saúde a manutenção do afastamento, mas com os direitos laborais assegurados em todo o período de estabilidade.

Um exemplo dessa hipótese se identificou na jurisprudência do Tribunal do Trabalho da 4ª Região:

DOENÇA OCUPACIONAL. DEPRESSÃO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O reclamante tem predisposição para depressão e o tipo de atividade que passou a realizar em determinado momento do contrato - exumação de cadáveres - atuou como fator desencadeante para a depressão reconhecida, que foi acompanhada de alucinações auditivas e visuais; pensamento mágico com conteúdo delirante (paranoide); insônia e solilóquios. Há uma concausa para o doença diagnosticada. O retorno ao trabalho é desaconselhável pelos episódios clínicos desencadeados e porque a predisposição para a depressão é inerente ao reclamante. Recurso do reclamante parcialmente provido.(TRT-4 - ROT: 00204323020135040331, Data de Julgamento: 23/10/2014, 1ª Turma)

Diante do apresentado, observadas as dificuldades para a sua caracterização, é direito do trabalhador acometido por depressão ocupacional (mesmo que concausal), a manutenção do seu contrato de trabalho pelo período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O alto índice de depressão tem causado preocupação em todos os setores da sociedade, não mais apenas pela comunidade médica, mas em toda a coletividade diariamente atingida pelo diagnóstico de um familiar ou até mesmo de um colega de trabalho.

O convívio diário com um indivíduo depressivo leva à constatação da gravidade da doença e também da necessidade de proporcionar a todos os cidadãos um ambiente saudável não apenas para o corpo, mas principalmente para a mente, dado à seriedade que as patologias psicológicas apresentam.

Quando o assunto é o local de trabalho, vigora para o empregador o dever de proporcionar um meio ambiente saudável para todos aqueles que prestam seus serviços, inclusive incentivando o bom convívio, podendo vir a ser responsabilizado se comprovado que o trabalhador foi vítima de uma doença ocupacional.

Após inúmeros questionamentos sobre a depressão, já existe entendimento sedimentado de que essa pode ser sim considerada uma doença ocupacional, com reconhecimento da Organização Mundial de Saúde, bastando para o trabalhador o dever de comprovar o nexos causal existente no caso concreto. Isso porque a doença somente

assume essa característica se demonstrado que o labor ocasionou o seu surgimento ou agravamento.

Por isso, justamente por causa dos efeitos que a doença ocupacional causa nos contratos de trabalho, é que a caracterização da depressão como patologia decorrente das condições laborais é matéria que deve ser objeto da atenção não apenas dos estudantes, mas também de todos aqueles envolvidos no Poder Judiciário.

A matéria tem avançado nos Tribunais, mas ainda diverge entre juristas, o que exige do indivíduo a prova do seu direito para que este seja assegurado, tal qual em inúmeras outras situações. Para isso, a Justiça do Trabalho se apresenta como o meio mais viável de acesso aos direitos fundamentais do trabalhador.

## REFERENCIAS

BARROS, Leonardo. **Doenças ocupacionais: o que são e como evitá-las.** Blog Tangerino, 9 de julho de 2020. Disponível em: <<https://tangerino.com.br/blog/doencas-ocupacionais/>>. Acesso em 23 set. 2022.

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 21 set. 2022.

BRASIL. **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/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em 24 set. 2022.

**BRASIL.** TRT-3. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. - RO: 00107296920185030156 MG 0010729-69.2018.5.03.0156, Relator: Ana Maria Amorim Reboucas, Data de Julgamento: 18/12/2019, Oitava Turma, Data de Publicação: 21/01/2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-3/1146070711>>. Acesso em 20 mar. 2023.

**BRASIL.** TRT-4 Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. ROT: 00204323020135040331, Data de Julgamento: 23/10/2014, 1ª Turma. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-4/1126549554>>. Acesso em 21 de mar. 2023.

**BRASIL.** TRT-6. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Processo: ROT – XXXXX-52.2017.5.06.0002, Redator: Mayard de Franca Saboya Albuquerque, Data de julgamento: 10/10/2019, Quarta Turma, Data da assinatura: 10/10/2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-6/813450355>>. Acesso em 21 set. 2022.

**BRASIL.** TRT-6. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. ROT – XXXXX-16.2019.5.06.0016, Redator: Ana Claudia Petrucelli de Lima, Data de julgamento: 23/09/2021, Quarta Turma, Data da assinatura: 23/09/2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-6/1291769418>>. Acesso em 16 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região TRT-10 – **Recurso Ordinário Trabalhista: RO XXXXX-04.2015.5.10.0811 DF** – 1ª Turma/2016 Recurso ordinário 1009. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-10/1166187014>>. Acesso em 05 fev. 2023.

**BRASIL.** TRT-24 – Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região: XXXXX20105240006. Primeira Turma. Relator: Amaury Rodrigues Pinto Júnior. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-24/417425307>>. Acesso em 22 mar. 2023.

FIGUEIREDO JULIO, Maria Alice de. **A depressão reconhecida como doença de caráter ocupacional.** Revista Consultor Jurídico, 23 de maio de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-23/opiniao-depressao-reconhecida-doenca-carater-ocupacional>>. Acesso em 26 set. 2022.

FONSECA, Jéssica da Silva; ROBERTI, Eduardo Torres. Meio Ambiente Do Trabalho Saudável Como Direito Fundamental Do Trabalhador. UNIT – Universidade Tiradentes. Trabalho de Conclusão de Curso. Aracaju, 2016. Disponível em: <<https://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1759/meio%20ambiente%20do%20trabalho%20saud%C3%A1vel%20como%20direito%20fundamental%20do%20trabalhador.pdf?sequence=1#:~:text=O%20meio%20ambiente%20do%20trabalho%20saud%C3%A1vel%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20apenas%20um,este%20realiza%20suas%20atividades%20laborativa>>. Acesso em 08 fev. 2023.

JARDIM, Leila Maria de Souza. **O direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável.** DireitoNet, 02 de janeiro de 2015. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8873/O-direito-fundamental-do-trabalhador-ao-meio-ambiente-de-trabalho-saudavel>>. Acesso em 05 fev. 2023.

KEINE, Nikolas. Depressão não é frescura. Conheça as causas, sintomas e tratamento. Disponível em: <<https://laboratorioexame.com.br/saude/depressao-causas-e-sintomas>>. Acesso em 08 mar. 2023.

MACHADO, Sidnei. **O direito à proteção ao meio ambiente de trabalho no Brasil.** São Paulo: LTr, 2001.

PRO VIDA. Depressão: causas, sintomas, tratamentos, diagnóstico e prevenção. Publicado pelo TJDF, 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/programas-projetos-e-acoes/pro-vida/dicas-de-saude/pilulas-de-saude/depressao-causas-sintomas-tratamentos-diagnostico-e-prevencao>>. Acesso em 15 mar. 2023.

TST – Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução Nº 220 de 18 de Setembro de 2017**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 24 set. 2022.

VARELLA BRUNA, Maria Helena. Depressão. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/depressao/>>. Acesso em 08 de março de 2023.



## GUARDA COMPARTILHADA E O COMBATE CONTRA A ALIENAÇÃO PARENTAL

**KARLA CHAVES BRITO PARRIÃO:**

graduanda em Direito pela  
Universidade de Gurupi

ADRIANO DE OLIVEIRA RESENDE<sup>159</sup>

(orientador)

**RESUMO:** A guarda compartilhada é hoje a mais utilizada pelos magistrados quando não há consenso entre o casal nos processos de dissolução do casamento ou união estável em relação à custódia dos filhos, possibilitando ao juiz estabelecer esse tipo de convivência na qual buscará o bom desempenho para a formação dos filhos. Mesmo diante de uma decisão judicial, pautada pelo bom desenvolvimento psicológico do menor, em alguns casos se torna um pesadelo, causado pela Alienação Parental. Diante disto, o ponto de partida foi o entendimento de que este é um tema ainda passível de discussão e com amplo espaço para uma abordagem teórica acerca de seus pontos fracos e fortes, o presente trabalho apresenta como tema: “Guarda Compartilhada e o combate contra a Alienação Parental”. O estudo ora proposto será realizado através de uma pesquisa bibliográfica de cunho qualitativa e apresentação descritiva. Esta se faz importante na medida em que pode contribuir para um maior esclarecimento sobre a alienação parental junto à guarda compartilhada, tanto para os operadores do direito quanto para a sociedade em geral, bem como trará mais informações sobre o tema proposto, com o intuito de aumentar o campo de visão, cooperar com a verificação, ajudar a evitá-la, e consequentemente combater esta conduta.

**Palavras-Chave:** Guarda compartilhada. Alienação parental. Desenvolvimento psicológico do menor.

### INTRODUÇÃO

É muito comum se ouvir falar em dissolução do casamento ou união estável quando não há mais possibilidade de convívio entre o casal, que se torna mais complexo quando se verifica a existência de filhos que precisam de um respaldo judicial para poder delimitar e contribuir para a sua formação.

A figura dos pais, geralmente é a referência que os filhos têm em relação à sociedade e o mundo, neste sentido, é fundamental que a criança ou o adolescente tenha uma

---

<sup>159</sup> especialista em: Direito Processual Civil; Direito Civil; Direito Empresarial; e Direito Trabalhista.

convivência resguardada de todo e qualquer conflito presente entre o casal após a dissolução do casamento ou união estável.

Com isso, a legislação se preocupou em trazer e aprimorar o regime de custódia desses filhos, que enfrentam dificuldades em restabelecer sua rotina diária sem a presença de um dos genitores. A guarda compartilhada, veio para nortear e contribuir para o bom desenvolvimento da criança ou adolescente no âmbito familiar.

Hoje, é uma das mais utilizadas pelos magistrados, visando à boa e ilibada construção de um contexto de princípios que rege para a boa conduta dos filhos, atende o interesse destes, de conviver com o pai e com a mãe, somadas as contribuições paterna e materna, fazendo com que os filhos cresçam e se desenvolvam de maneira uniforme sem toda essa confusão na vida da prole, que é causada pela Alienação Parental.

Um dos problemas mais comuns é o não cultivo adequado dessa convivência por parte dos pais ou de quem é detentor da autoridade dos menores, existindo dificuldades em separar os problemas da dissolução da união com a boa criação dos filhos, utiliza da fragilidade emocional da criança ou adolescente, como uma ferramenta para se fazer valer do ódio e repúdio do(a) ex-companheiro(a), expondo os problemas oriundos da separação, fazendo com que o outro genitor se torne um ser horrível, cruel e repulsivo aos olhos da criança.

Com isso, a finalidade desta pesquisa é proporcionar aos leitores uma visão mais ampla e clara sobre a Alienação Parental quando é aplicada a Guarda Compartilhada, e de que forma isso pode afetar na desenvoltura desses menores basta, provocados por um dos pais ou qualquer adulto que tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, por aqueles que deveriam proteger a qualquer custo e em qualquer situação em seus aspectos intelectual, cognitivo, social e emocional de sua formação.

E buscará trazer a todos sobre a importância que é a criança ou o adolescente ter um alicerce do âmbito familiar de um crescimento e desenvolvimento moral e psicológico pautado pela boa convivência com ambos os genitores, não tendo ao lado alguém para denegrir a imagem materna ou paterna, trabalhando o psicológico deste quando o outro não se faz presente.

## **DESENVOLVIMENTO**

### **GUARDA COMPARTILHADA**

Nos últimos anos, principalmente no período pandêmico, notou-se um aumento na quantidade de divórcio no Brasil. Segundo dados do Colégio Notarial do Brasil, em 2020, primeiro ano de pandemia, houve 71 mil divórcios, já no ano de 2021 foram registrados

76,6 mil divórcios nos cartórios, um número nunca antes alcançado, em 2022 teve-se uma diminuição, sendo registrados 68,7 mil divórcios<sup>160</sup>.

Em nosso ordenamento jurídico o instituto do divórcio é um claro exemplo de um direito potestativo, ou seja, um direito inerente ao interessado que não precisa de anuência de outra pessoa para ser exercido, portanto, basta que qualquer um dos cônjuges manifeste o seu interesse em divorciar-se para que assim seja feito.

Com a dissolução do vínculo conjugal surgem várias questões a serem decididas, e uma delas é em relação aos filhos advindos durante o matrimônio, tendo os genitores que escolherem qual tipo de guarda será adotada.

A guarda mais utilizada no Brasil é a guarda compartilhada, e sobre este tema convém fazer algumas considerações para diferenciar a guarda compartilhada e a guarda unilateral, nesta, o genitor que possui a guarda é o responsável por tomar todas as decisões relativas ao filho, como por exemplo, a escola em que o filho vai estudar, qual tipo de atividade o filho vai fazer, viagens, dentre outras, cabendo ao genitor não detentor da guarda apenas supervisionar.

A guarda unilateral está prevista no art.1.583 do Código Civil qual define em seu §1º o que vem a ser guarda unilateral. Vejamos:

Art. 1.583 (...)

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) [...]

Já a guarda compartilhada é justamente o contrário, ambos genitores serão responsáveis pela tomada de qualquer decisão relacionada ao filho, ou seja, os pais atuam conjuntamente em busca do melhor interesse da criança. Conforme ensina Ana Carolina Silveira Akel:

Pai e mãe dividirão isonomicamente o mesmo tempo e a mesma responsabilidade legal em relação aos filhos, compartilhando as obrigações e resolvendo conjuntamente todas as questões importantes da vida do infante, tais como a escolha da escola que o

---

<sup>160</sup> **NÚMERO DIVÓRCIOS NO PAÍS CAI 10% ESTE ANO EM COMPARAÇÃO A 2021.** Colégio Notarial do Brasil.2022.Disponível em <<https://www.notariado.org.br/26-12-2022-numero-divorcios-no-pais-cai-10-este-ano-em-comparacao-a-2021/#:~:text=Em%202021%2C%20foram%2076%2C6,foram%20encerrados%2071%20mil%20casamentos>> acesso em: 18 mar.2023

menor iniciará e permanecerá até o fim de seus estudos, as atividades extracurriculares (judô, ballet, línguas estrangeiras, natação etc.), as decisões relativas à saúde, além de outras questões importantes e fundamentais para o bom desenvolvimento da criança<sup>161</sup>.

O objetivo da guarda compartilhada é diminuir ao máximo o impacto negativo trazido a criança pelo divórcio, busca fazer com que ambos os pais estejam presentes na vida do infante de maneira a minimizar todo sofrimento psicológico por este suportado, portanto, a guarda compartilhada é entendida como o instituto que melhor atende ao bem estar dos filhos.

Após o advento da lei 13.058/08, a guarda compartilhada passou a ser considerada a guarda legal, ou seja, a regra, inclusive, em caso de não concordância entre os genitores em relação a guarda do filho o juiz determinará que a guarda seja compartilhada, conforme determina o art. 1.584 §2º do Código Civil.

Art. 1.584 [...]

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.<sup>162</sup>

Nas lições de Grisard Filho “A guarda compartilhada é a situação em que fiquem como detentores da guarda jurídica sobre um menor, pessoas residentes em locais separados”. (FILHO 2000, p. 111)

Segundo o autor, a Guarda Compartilhada é aplicada visando proporcionar o melhor desenvolvimento da criança/adolescente quando pais não compartilham mais do mesmo teto. Para o referido autor:

A guarda compartilhada confere a ambos os pais a responsabilidade sobre a criação dos filhos, mesmo após a ruptura da vida conjugal. Esse tipo de guarda exclui a sensação de abandono causado pela separação dos genitores, possibilitando assim o contato diário e

---

161 Delgado, Mario. Guarda compartilhada / Antônio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: 2018.

162 BRASIL. lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm) > último acesso em 18 de mar 2023,

mantendo-se o vínculo sentimental com os mesmos. (GRISARD FILHO 2000, p.155).

Portanto, nota-se que a guarda compartilhada é a que busca causar o menor impacto a criança/adolescente, buscando dar ao menor maior conforto psicológico para que este tenha o menor impacto possível em seu desenvolvimento, sendo, pois a modalidade de guarda mais adequada.

## **ALIENAÇÃO PARENTAL**

Em que pese o objetivo da guarda compartilhada seja dar ao infante o melhor desenvolvimento psicológico, muitas vezes tal desenvolvimento é comprometido pela prática infame da alienação parental, tal prática possui consequências gravíssimas deixando o infante muitas vezes com sequelas para a toda vida.

A alienação parental está disciplinada pela Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, e seu Art. 2º conceitua o que vem a ser alienação parental. Vejamos:

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.<sup>163</sup>

A alienação parental consiste no ato de interferência no desenvolvimento psicológico da criança ou adolescente praticado por um adulto que tenha certa autoridade sob o infante, o adulto alienador busca criar na uma imagem ruim do ex-companheiro, projetando sob a criança toda magoa e ódio que o mesmo tem em relação ao seu ex-companheiro.

A despeito do tema ensina François Podevyn:

Para identificar uma criança alienada, é mostrada como o genitor alienador confia a seu filho seus sentimentos negativos e às más experiências vividas com o genitor ausente. Dessa forma, o filho vai absorvendo toda a negatividade que o alienador coloca no alienado, levando-o a sentir-se no dever de proteger, não o

---

<sup>163</sup> BRASIL. lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre alienação parental. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)> último acesso em 18 de mar. 2023.

alienado, mas, curiosamente, o alienador, criando uma ligação psicopatológica similar a uma "folie a deux". Forma-se a dupla contra o alienado, uma aliança baseada não em aspectos saudáveis da personalidade, mas na necessidade de dar corpo ao vazio. (PODEVYN, 2001).

Como se pode observar é uma ação praticada por alguém próximo ao filho, aquele que tem sua confiança, cujo objetivo deste ato é colocar o outro genitor da pior forma possível aos olhos da criança ou adolescente.

A alienação parental pode ser praticada de inúmeras formas, a lei 12.318 de 26 de agosto de 2010, traz no parágrafo único de seu art. 2º alguns exemplos de como a alienação parental pode se dar, ressalta-se que tais formas são apenas exemplos e que o magistrado pode considerar outras situações como forma de alienação parental partindo de uma análise do caso concreto. vejamos o teor do referido artigo:

São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados 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.



Diante disto, observa-se que as ações praticadas pelo alienador em prol do alienado na tentativa de afastar o filho do outro genitor são visivelmente notadas, desenvolvendo um comportamento diferente com relação à convivência com o outro genitor.

Rosa (2008, p. 14), em um de seus ensinamentos, explica de que forma é feita a Alienação Parental para com o filho em prejuízo do relacionamento para com outro genitor. Expõe:

Dessa maneira, podemos dizer que o alienador educa seus filhos no ódio contra o outro genitor, seu pai ou sua mãe, até conseguir, que eles, de modo próprio, levem a cabo esse rechaço. A criança, que está sofrendo dessa alienação, irá se negar a manter contato com o seu genitor, sem um motivo aparente. (Rosa 2008, p. 14).164

Trata-se de um fato que vem acontecendo com bastante incidência na sociedade atual, prejudicando gradativamente a elaboração da relação entre pais e filhos, relação esta que é um direito do menor, sendo inclusive assegurado pela Constituição Federal em seu art. 227, que diz:

**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.**

(grifo nosso)

Como visto, é dever também do Estado proporcionar e zelar para o bem estar da criança e do adolescente, e de garantir a eles uma boa convivência no âmbito familiar, devendo punir a quem viola esse direito.

Além deste direito assegurado a criança e ou adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), também traz uma segurança jurídica para a boa convivência e o desenvolvimento sadio e harmonioso no âmbito familiar, dispendo em seu art. 7º:

---

164 ROSA, Felipe Niemezewski. A síndrome de alienação parental nos casos de separações judiciais no direito civil brasileiro. Monografia de Direito da PUC - RS, Porto Alegre, 2008

São direitos fundamentais da criança a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação das políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Concluímos, portanto, algumas premissas sobre o tema. A primeira é de que a prática da alienação parental constitui uma verdadeira mácula a ideia central da guarda compartilhada, visto que essa tem em seu cerne a busca pelo melhor interesse da criança. Outra conclusão que podemos tirar é de que os efeitos causados ao menor são catastróficos, pois, as sequelas psicológicas podem perdurar por toda vida. Diante destas duas conclusões surgem os seguintes questionamentos; “como coibir a prática da alienação parental? Quais formas podem ser utilizadas para punir quem comete tal atrocidade?”. Vejamos as formas de punições existentes em nosso ordenamento jurídico.

Atualmente em nosso ordenamento jurídico existem várias formas de punição para quem pratica a alienação parental, partindo de uma advertência e podendo chegar a suspensão da autoridade parental, tendo até estipulação de multa em desfavor do alienador.

A Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a Alienação Parental, em seu Art. 6º, e Parágrafo Único, prevê como punição o seguinte:

Art. 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 ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Observa-se que pode ser cumulada a aplicação da penalidade para quem incide nesta prática, cabendo ao magistrado apurar os fatos e proferir a sentença da melhor forma possível, visando advertir o causador deste mal.

Além das sanções já previstas, veja o que diz o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre medidas judiciais a serem tomadas nos casos de Alienação Parental:

Medidas judiciais - A equipe multidisciplinar tem o prazo de 90 dias para apresentar um laudo em relação à ocorrência de alienação. Se constatada a prática, o processo passa a ter tramitação prioritária e o juiz determinará com urgência as medidas provisórias visando a preservação da integridade psicológica da criança, inclusive para assegurar a sua convivência com o genitor e efetivar a reaproximação de ambos. As medidas que podem ser tomadas, de acordo com a lei, vão desde uma simples advertência ao genitor até a ampliação do regime de convivência em favor do genitor alienado, estipulação de multa ao alienador, determinação de acompanhamento psicológico, alteração da guarda e suspensão da autoridade parental. (Conselho Nacional de Justiça, 2015).

Denota-se que as punições destinadas a quem pratica alienação parental são relativamente brandas quando levado em conta o mal que tal prática pode causar tanto ao genitor não detentor da guarda quanto à criança, contudo, isso se justifica pela natureza de tal tema, estamos falando de uma situação que envolve a instabilidade psicológica de todos, pois o alienador, o alienado e o outro genitor estão envolvidos em uma situação caótica que os afeta igualmente, logo, estipular uma penalidade mais gravosa poderá acarretar maiores sofrimento.

O projeto de lei que deu origem a lei 12.318/10 previa a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente para tornar a prática da alienação parental um crime, contudo,

foi vetada pela Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania, justamente pelo fato de se ter mais efeitos negativos que positivos. Vejamos as razões dos veto:

“O Estatuto da Criança e do Adolescente já contempla mecanismos de punição suficientes para inibir os efeitos da alienação parental, como a inversão da guarda, multa e até mesmo a suspensão da autoridade parental. **Assim, não se mostra necessária a inclusão de sanção de natureza penal, cujos efeitos poderão ser prejudiciais à criança ou ao adolescente, detentores dos direitos que se pretende assegurar com o projeto.**”<sup>165</sup>

(grifo nosso)

Portanto, não temos uma figura penal que pune a alienação parental, contudo, há casos que podem configurar o crime de desobediência do art. 330 do Código Penal quando o agente deixa de cumprir alguma determinação do magistrado.

Ainda sob este prisma, atualmente tramita na Câmara dos Deputados o projeto lei 2354/2022 que busca responsabilizar criminalmente, administrativamente e civilmente as autoridades que permitam, por ação ou omissão, a prática da alienação parental. O referido projeto prevê uma pena de 3 meses a 3 anos de prisão para magistrados, membros do Ministério Público, profissionais das equipes multidisciplinares, advogados ou conselheiros tutelares, podendo tal pena ser agravada de 1/3 se o ato for praticado por motivo torpe, ou por manejo irregular da lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Com isso, diante das previsões legais existentes para punir a quem pratica esta conduta, fica evidente que não é algo simpósio e que pode ser ignorado. Além de preocupante e delicado, deve-se o quanto antes combater para evitar tal prática, por se tratar de crianças e adolescentes, os quais tendem a sofrer sérios problemas quanto ao seu desenvolvimento quando se deparam com este tipo de situação.

## CONCLUSÃO

Infere-se, portanto, que em que pese o objetivo da guarda compartilhada seja de dar ao menor maior proteção e conforto para diminuir o sofrimento causado pelo divórcio dos pais, muitas vezes pela prática da alienação parental tal objetivo resta prejudicado.

Essa prática nefasta realizada por quem deveria cuidar do menor acarreta obstrução ao bom desenvolvimento da criança/adolescente, visto que cria-se uma gama de

---

165 BRASIL. Mensagem nº 513, de 26 de agosto de 2010. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm)> último acesso em: 18 de mar. 2023.

sentimentos negativos em relação a um dos genitores, logo, este mal chamado alienação parental deve ser levado a sério e combatido.

Contudo, nota-se uma grande complexidade quanto à aplicação de punições em face do alienante, pois, pode ter um efeito contrário, ou seja, ao invés de coibir a prática do ato pode ensejar no menor um sentimento de culpa, portanto, a melhor forma de se resolver é através de acompanhamento de uma equipe multidisciplinar com psicólogos para que acompanhem e auxiliem nesta situação, para evitar que um mal maior aconteça e possibilitar um desenvolvimento saudável do infante.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 226, § 7. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. último acesso em 18 de mar 2023.

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)>. último acesso em 18 de mar 2023.

BRASIL. lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm) > último acesso em 18 de mar 2023

BRASIL. lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre alienação parental. Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)> último acesso em 18 de mar. 2023.

BRASIL. Mensagem nº 513, de 26 de agosto de 2010. Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm)> último acesso em 18 de mar. 2023

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (18 de ago de 2015). Alienação parental: o que a justiça pode fazer? Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80167-alienacao-parental-o-que-a-justica-pode-fazer>>. último acesso em 18 de mar 2023

DELGADO, Mario. Guarda compartilhada / Antônio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. – 3. ed.rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: 2018.

GRISARD, filho, (abr de 2018). Guarda compartilhada: Uma nova realidade para pais e filhos. Disponível em: em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029\\_06\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf)>. último acesso em 18 de mar 2023.

NÚMERO DIVÓRCIOS NO PAÍS CAI 10% ESTE ANO EM COMPARAÇÃO A 2021. Colégio Notarial do Brasil. 2022. Disponível em <<https://www.notariado.org.br/26-12-2022-numero-divorcios-no-pais-cai-10-este-ano-em-comparacao-a-021/#:~:text=Em%202021%2C%20foram%2076%2C6,foram%20encerrados%2071%20mil%20casamentos>> acesso em: 18 mar. 2023

ROSA, Felipe Niemezewski. A síndrome de alienação parental nos casos de separações judiciais no direito civil brasileiro. Monografia de Direito da PUC - RS, Porto Alegre, 2008



## HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E A ORDEM DE PREFERÊNCIA NA EXECUÇÃO FISCAL

**LEANDRO BRESCOVIT:** Assessor Jurídico - Procuradoria Geral do Estado/RS, Caxias do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas.

### 1. INTRODUÇÃO

A caminhada até a apropriação de valores na execução fiscal é árdua. Ainda que aos olhos de terceiros possa parecer que os atos executórios, na execução fiscal, são draconianos e, portanto, privilegiados se comparados com outras execuções, a realidade é bem diversa. O fracasso, nos mais das vezes, é prova disso. Muito se faz e pouco se arrecada.

Do recebimento da CDA para ajuizamento, passando por citações, mandados de penhora, redirecionamento, localização de bens à penhora, avaliações, respostas a impugnações, leilões etc, até a expedição de alvará para pagamento dos valores devidos, há uma distância gigante. E nesse percurso, a verba honorária paga pela parte executada ganha contorno de crédito de natureza alimentar, com alguns privilégios já reconhecidos nos processos de falência e recuperação judicial, emergindo a seguinte questão.

Na ordem de pagamento (no ato de apropriar o alvará) devem ser adimplidos, primeiramente, os créditos tributários, os honorários advocatícios ou, como comumente acontece, o pagamento do crédito tributário, respeitado o percentual de honorários fixados no despacho que recebe a inicial?

### 2. A IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO E O NOVO CPC

Essa leitura ou releitura da proposição supra passa a ser necessária na medida em que, com a entrada em vigor do Novo CPC, os honorários advocatícios foram elencados em patamares que, de alguma forma, sempre deveriam estar. Saiu-se da migalha do anterior CPC para um valor digno e objetivo.

Logicamente que seu lugar na fila de recebimento deve, talvez, sofrer a devida adaptação. Para melhor trilhar a fundamentação, necessário apontar o pedestal conferido pelo Novo CPC à verba honorária e o papel do advogado no processo.

A importância do advogado na prática forense é fulcral. Sem ele a Justiça, o Direito e a processualística não passariam de meros esboços na solução dos conflitos. Não por

acaso Piero Calamandrei (1995, p. 126)<sup>166</sup> declinou que *"Os advogados fornecem ao juiz as substâncias elementares a partir de cuja combinação é gerada, no justo meio, a decisão imparcial, síntese química de duas parcialidades contrapostas. Estas devem ser sempre consideradas como "par", inclusive no sentido que essa expressão tem em mecânica: sistema de duas forças equivalentes, as quais, agindo em linhas paralelas em direção oposta, geram o movimento que dá vida ao processo e encontra repouso na justiça"*.

E nessa toada de reconhecimento, o Novo Código de Processo Civil foi prolixo quanto à devida retribuição pecuniária, garantindo a valorização do advogado, seja ele atuando em causa privada, seja atuando em causa pública, sendo este o enfoque do presente artigo.

Eis alguns dos principais avanços do novo CPC:

*Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. "§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente".*

Afasta a nova legislação a discussão do cabimento de honorários advocatícios nas várias fases processuais.

Com similitude a majoração da verba em grau recursal. Nesse sentido o § 11 do mesmo normativo. *"O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento"*.

Na mesma senda a impossibilidade de compensação dos honorários, disciplinada pelo § 14 do art. 85 do CPC. *"Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial"*.

---

<sup>166</sup>CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

Por derradeiro, a percepção da sucumbência aos advogados públicos nos termos do § 19 do mesmo artigo, *verbis*: “Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”.

Sob esse mote pretende-se sustentar que, nos processos de execução fiscal, inicialmente, deve ser adimplida a verba honorária, respeitado limitador nos termos citado infra (150 salários-mínimos) para, só então, começar a abater-se o crédito tributário.

### **3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: SUA AUTONOMIA E NATUREZA ALIMENTAR**

#### **3.1 A autonomia da verba honorária**

A súmula vinculante 47 do STF trouxe importantes balizas que auxiliam a sustentação da tese ora esboçada, em especial no que consigna que a verba honorária é autônoma e não acessória. Tal premissa é fundamental, de modo que necessário incursionarmos pelo julgado que servir de norte para a referida súmula.

A síntese do *Case* (**RE 564132**) que originou a súmula vinculante 47 cinge-se na possibilidade ou não de, em execução de sentença, haver o fracionamento do valor do precatório ao efeito de possibilitar o pagamento dos honorários por requisição de pequeno valor (RPV). Extrai-se do relatório<sup>167</sup> (ministro Eros Grau), que:

*“3. Os recorrentes, advogados no processo de conhecimento, propuseram a execução de sentença, requerendo o pagamento por requisição de pequeno valor do crédito correspondente aos honorários de sucumbência.*

*4. O Juiz de primeira instância indeferiu o pedido. Determinou fossem, os honorários, pagos por meio de precatório. Ainda que honorário advocatício possa ser executado em autos apartados, seria impossível o fracionamento da execução a fim de que o seu valor fosse recebido nos termos do disposto no artigo 100, § 4º, da Constituição do Brasil.*

*5. Contra essa decisão foi interposto agravo de instrumento, provido em decisão monocrática, sob o fundamento de que a verba honorária consubstancia direito autônomo. Por isso poderia ser executado em*

<sup>167</sup> Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630127>

*separado, eis que se não confunde com o valor do crédito principal pertencente à parte.*

*6. Essa decisão foi confirmada pela Terceira Câmara Especial Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a ela 5 acrescentando o argumento de que a vedação é direcionada à pretensão de fracionamento em benefício do mesmo titular, o que no caso não se verifica, já que aí se trata de pleito autônomo de honorários de advogado que não atua em causa própria”.*

Por sua vez, a ementa ficou assim redigida:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ALEGADO FRACIONAMENTO DE EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA DE ESTADO-MEMBRO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR, A QUAL NÃO SE CONFUNDE COM O DÉBITO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE CARÁTER ACESSÓRIO. TITULARES DIVERSOS. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO AUTÔNOMO. REQUERIMENTO DESVINCULADO DA EXPEDIÇÃO DO OFÍCIO REQUISITÓRIO PRINCIPAL. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE EXECUÇÃO PARA *FRAUDAR* O PAGAMENTO POR PRECATÓRIO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 100, § 8º (ORIGINARIAMENTE § 4º), DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Em suma restou garantida a autonomia da verba honorária, podendo ocorrer seu pagamento por meio diverso (precatório para o credor do débito que originou a ação e RPV para o causídico). Com isso, além dessa bifurcação, resta evidente que, nos feitos executivos, haverá dois ou mais credores.

Nesse ponto, precisas as palavras do ministro Menezes Direito para quem:

“(…) ficaria contraditório admitirmos que a verba é autônoma, que há uma verba alimentícia, e não autorizarmos o fracionamento, na medida em que, destacadamente, o credor dos honorários *advocatícios* é diferente do credor do principal. o argumento de que seria acessório não vale, porque, na realidade, a assessoriedade só existiria se houvesse a mesma titulação, e a titulação é diversa. Quero assinalar que ainda recentemente, num precedente desta Suprema Corte, nós enfrentamos matéria assemelhada, e eu me posicionei na mesma direção”.

Na mesma direção, a manifestação do ministro Ricardo Lewandowski, *verbis*:

*“a Lei 8.906/94, que institui o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, está calcada, a meu ver, sem nenhuma dúvida, até por força do que dispõe em seu artigo 2º, no artigo 133 da Constituição Federal. Prevê que o advogado é indispensável à administração da justiça. Então, esse estatuto determinou uma série de normas protetivas para esta categoria de profissionais exatamente para que a teleologia deste artigo fosse integralmente alcançada. E, dentre essas normas de proteção dos advogados, figura exatamente o artigo 23 o qual estabelece que os advogados têm direito autônomo à execução de seus honorários. Sem esta autonomia da execução dos honorários, que correspondem à verdadeira verba alimentícia, como já foi destacado aqui, é impossível que o advogado exerça, de forma autônoma, de forma ativa, o múnus que a Constituição lhe impõe”.*

Logo, incontestemente a natureza autônoma da verba honorária.

### 3.2 A natureza alimentar da verba honorária

A discussão judicial acerca da natureza alimentar dos honorários advocatícios restou travada no REsp 1.152.218 (Tema 637 dos recursos repetitivos). Extrai-se do relatório<sup>168</sup> que (ministro Luis Felipe Salomão):

*1. Valdemar Roque Caselani e Rosa Maria Caselani, por intermédio de seus procuradores, Drs. Ceres Linck dos Santos e José Euclésio dos Santos, ajuizaram pedido de habilitação de crédito perante a falência de Kreybel Empreendimentos Imobiliários Ltda., no valor de R\$ 89.968,42 (oitenta e nove mil novecentos e sessenta e oito reais e quarenta e dois centavos), reconhecido em sentença transitada em julgado e relativo a contrato de compra e venda de imóvel inadimplido pela falida.*

*O Juízo da Vara de Falências e Concordatas da Comarca de Porto Alegre/RS julgou procedente o pedido de habilitação, embora em valor inferior, condenando também a massa falida aos honorários de sucumbência no importe de R\$ 6.935,29 (seis mil novecentos e trinta e cinco reais e vinte nove centavos), determinando a habilitação do*

<sup>168</sup>Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/honorarios2.pdf>

*crédito principal na categoria dos quirografários e o outro - relativo aos honorários de sucumbência - na categoria de crédito com privilégio geral (fls. 50-54).*

*Sobreveio recurso de apelação, exclusivamente no ponto relativo à classe na qual foi deferida a habilitação do crédito de honorários advocatícios. Os advogados dos autores pleitearam, assim, a habilitação como crédito com privilégio especial e não geral, como determinou a decisão impugnada.*

*A sentença foi mantida nos termos da seguinte ementa:*

*FALÊNCIA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRIVILÉGIO GERAL. O crédito oriundo de honorários advocatícios, proveniente de decisão judicial, com trânsito em julgado, tem privilégio geral. Apelação desprovida (fl. 96).*

*O recurso especial, apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, aponta, além de dissídio, ofensa ao art. 24 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) e art. 102, caput, do Decreto-lei n. 7.661/1945 (Lei de Falência revogada).*

*Os recorrentes aduzem, em síntese, que os honorários advocatícios são créditos de natureza alimentar, não podendo ser classificados como aqueles com privilégio geral.*

*(...)*

*A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), na condição de amicus curiae e em manifestação subscrita por seu Presidente, Dr. Marcus Vinicius Furtado Coêlho, sustenta a "natureza alimentar dos honorários e sua equiparação aos créditos trabalhistas para todos os efeitos, inclusive para habilitação no processo falimentar" (fls. 214-232).*

Em suma, a controvérsia analisada diz respeito à classificação do crédito relativo a honorários advocatícios, em especial no que toca à correta interpretação do art. 24 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB), que preleciona: *"A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial (art. 24).*



No ponto, havia dois entendimentos acerca da posição que o crédito resultante de honorários advocatícios devia assumir em processo falimentar, mercê da previsão de privilégio a que faz menção o art. 24 da Lei n. 8.906/1994.

A primeira comungaria no sentido de que os créditos decorrentes de honorários advocatícios equiparam-se a créditos trabalhistas, ao passo que na segunda os créditos decorrentes de honorários advocatícios não são equiparados aos trabalhistas, a despeito de sua natureza alimentar.

Outrossim, para a correta compreensão da discussão, impende declinar a legislação acerca da classificação dos créditos na falência.

Segundo a legislação de regência, em especial o art. 83 da Lei n. 11.101/2005 (Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária), tem-se que:

*“Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:*

I - os créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e aqueles decorrentes de acidentes de trabalho;

(...)

III - os créditos tributários, independentemente da sua natureza e do tempo de constituição, exceto os créditos extraconcursais e as multas tributárias”;

No particular, conforme se extrai do julgado, restou assentado que o crédito decorrente de honorários advocatícios, exatamente por ostentar natureza alimentar, equipara-se a créditos trabalhistas para efeito de habilitação em falência e, seguindo a legislação indicada, tem preferência no recebimento (observado o limite de 150 salários-mínimos) se comparado ao crédito tributário.

Importante repisar que, por força da equiparação, haverá o limite de valor para o recebimento, assim como ocorre com os credores trabalhistas, na forma preconizada pelo artigo 83, I, acima indicado.

De certa forma, tal restrição afasta a possibilidade de o crédito de honorários obter mais privilégio que o trabalhista, diluindo qualquer alegação de prejuízo aos direitos dos créditos oriundos, aí sim, da Justiça do Trabalho.

Traduzindo para o que ora se busca indicar, não há, sob qualquer hipótese, a possibilidade de a verba honorária, garantida seu privilégio, ser superior a 150 salários-mínimos.

Já em discussão semelhante, agora tendo como enfoque a habilitação de honorários em sede de recuperação judicial, a análise restou feita no REsp 1.785.467/SP<sup>169</sup>(relator ministro Raul Araújo).

Indicam os autos do Recurso Especial que a parte recorrida postulou a habilitação de seus créditos, no valor de R\$ 9.143.365,32 (nove milhões, cento e quarenta e três mil, trezentos e sessenta e cinco reais e trinta e dois centavos) relativos a honorários de sucumbência arbitrados em ação de execução patrocinada por escritório de advocacia em determinada recuperação judicial.

Ditos créditos foram incluídos pela Administradora Judicial na classe dos créditos quirografários, razão pela qual a sociedade de advogados insurgiu-se quanto à classificação dada, postulando a reclassificação de seu crédito na classe de créditos trabalhistas, por se tratar de crédito de natureza alimentar.

No ponto, a ementa ficou assim lavrada:

"DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECURSO ESPECIAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR. CRÉDITO TRABALHISTA POR EQUIPARAÇÃO. LIMITAÇÃO DO TRATAMENTO PREFERENCIAL (LEI 11.101/2005, ART. 83, I). POSSIBILIDADE. PREVISÃO NO PLANO. QUESTÃO FÁTICA. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO. OMISSÃO RELEVANTE CONFIGURADA. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. "1.1) Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observado, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido Diploma legal" (REsp 1.152.218/RS, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Corte Especial, DJe de 9/10/2014).

2. "Em se tratando de crédito trabalhista por equiparação (honorários advocatícios de alta monta), as Turmas de *Direito Privado* firmaram o

<sup>169</sup>[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2195047&num\\_registro=201803268570&data=20220816&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2195047&num_registro=201803268570&data=20220816&formato=PDF)

*entendimento de que é possível, por deliberação da AGC, a aplicação do limite previsto no art. 83, I, da Lei 11.101/2005 às empresas em recuperação judicial, desde que devida e expressamente previsto pelo plano de recuperação judicial, instrumento adequado para dispor sobre forma de pagamento das dívidas da empresa em soerguimento (princípio da preservação da empresa)" (REsp 1.812.143/MT, Relator Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, DJe de 17/11/2021).*

*3. Na hipótese, o eg. Tribunal a quo não se manifestou sobre fato essencial ao julgamento da questão de direito, relativamente à existência, ou não, de previsão no plano de recuperação judicial - instrumento adequado para dispor sobre a forma de pagamento das dívidas da sociedade em soerguimento - da limitação pleiteada, o que impede que se aplique, de pronto, o entendimento adotado por ambas as Turmas de direito privado no que diz respeito à aplicabilidade do art. 83, I, da Lei 11.101/2005 à hipótese dos autos, mormente diante das vedações impostas pelas Súmulas 5 e 7 deste Pretório.*

*4. Ademais, alega-se peculiaridade relevante, quanto à inexistência de crédito trabalhista à época da aprovação do Plano de Recuperação, o que justificaria a eventual inexistência de previsão no Plano, ensejando, assim, debate acerca da possibilidade de haver ou não a limitação do elevado valor do crédito relativo aos honorários, apesar da inexistência de deliberação em tal sentido, dado que a natureza alimentar do crédito é reconhecida.*

*5. Por tais razões, deve ser acolhida a apontada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, tão somente com relação ao pleito de limitação do valor dos créditos a 150 salários-mínimos, nos termos do art. 83, I, da Lei 11.101/2005, anulando-se o v. acórdão proferido em sede de embargos declaratórios para que outro seja proferido e, assim, sanada a omissão verificada, inclusive quanto às peculiaridades do caso, notadamente à inexistência de crédito trabalhista à época da aprovação do Plano de Recuperação, deliberando-se quanto ao cabimento ou não da limitação do valor do crédito.*

*6. Recursos especiais parcialmente providos".*

No que importa, resta assegurada a mesma garantia dada na falência no processo de recuperação judicial, respeitado o limitado de 150 salários-mínimos.

#### **4. CONCLUSÃO**

Posta a matéria, é de se repisar que a natureza alimentar, além de já consagrada na jurisprudência, restou assegurada pela legislação.

Da mesma forma, a questão referente aos privilégios dos honorários advocatícios, seja na falência, seja na recuperação judicial, também é questão superada.

Com base no exposto e, retomando ao tema proposto, a discussão aqui posta é: o mesmo privilégio pode ser estendido às execuções fiscais, com pagamento da verba honorária, respeitado o limitador indicado supra, para só então passar a abater os créditos tributários?

Na execução fiscal e, por que não dizer em qualquer ação executiva, há um concurso de credores: há o interesse do ente tributante em receber os valores devidos na execução fiscal e há o interesse do advogado público no recebimento da verba honorária, ambos concorrendo pelos valores parciais para adimplir o que é devido. Arrecadado o montante integral essa discussão passa a ser infértil.

Apesar de haver convergência até os atos expropriatórios, emerge interesses divergentes no ato de apropriação (destinação dos valores após a expedição de alvará). Logicamente que tal fato não macula ou afeta o interesse público, seja produzindo, seja induzindo atitudes do advogado público.

Outro fator que comunga com a tese sustentada é a falta de prejuízo para o devedor dado que o montante da dívida não se altera, logo desimportando a quem se paga primeiro. Logicamente que o controle dessas apropriações deve ser claro para que o executado possa acompanhar seu pagamento e poder apresentar eventuais objeções que entender pertinentes.

Convém ressaltar que os atos praticados nas execuções fiscais são mais complexos que aqueles realizados nas recuperações judiciais e falências, sendo que nestas há uma atitude mais passiva, ao passo que nos feitos executivos a proatividade, o zelo e o tempo para exercer o mister são fatores que necessitam ser considerados. Ainda que assim não fosse, labuta-se em demandas cuja natureza e importância dizem com a própria existência do Estado.

Logo, não haveria sentido em não garantir esse privilégio em demandas em que os atos são menores e negá-la nas execuções fiscais.

Em suma, nos feitos executivos, tão logo expedido alvará, o montante deve ser utilizado para quitação/abatimento dos honorários advocatícios, respeitado o limite máximo de 150 salários-mínimos para, só então, passar-se ao pagamento do crédito tributário. Assim agindo, valoriza-se o advogado público, dando-se isonomia com situações semelhantes.

## RESPONSABILIDADE PENAL DO PSICOPATA DIANTE DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

**LUDMILLA SALES DE ANDRADE.**

Acadêmica do curso de Direito na  
Universidade de Gurupi - UNIRG.  
Gurupi/TO170.

KÁRITA BARROS LUSTOSA<sup>171</sup>

(orientadora)

**Resumo:** Os psicopatas, via de regra, não são considerados incapazes criminalmente, posto que, a psicopatia é tida como um distúrbio mental que faz com que a pessoa tenha comportamentos antissociais e amorais, mas não lhe retira a percepção das coisas. Todavia, diante da previsibilidade de análise no caso concreto, são contumazes as alegações de inimizabilidade por parte desses agentes, cujos resultados dependem de laudo médico. Deste modo, este artigo buscou demonstrar os posicionamentos doutrinários e dos tribunais nacionais em casos de crimes praticados por psicopatas. Na metodologia, esse estudo se enquadrou em revisão bibliográfica onde foi aprofundado em doutrinas jurídicas, feito uma pesquisa em bases de dados, tais como Scielo e Google Acadêmico no mês de março de 2023. Nos resultados, restou demonstrada que provado o caráter de psicopatia de um acusado, a jurisprudência brasileira tem entendido que prisões preventivas devem ser aplicadas, haja vista a necessidade de resguardo da ordem pública, uma vez que a gravidade dos crimes e a demonstração dos distúrbios comportamentais de um acusado (que no caso presente, se remete a características psicopáticas) constituem fundamentos idôneos para respaldar a segregação cautelar.

Palavras-chave: Psicopatia. Responsabilidade penal. Imimizabilidade.

**Abstract:** Psychopaths, as a rule, are not considered unable to criminally, since psychopathy is considered a mental disorder that makes the person have antisocial and amoral behaviors, but does not remove the perception of things. However, in view of the predictability of analysis in the specific case, the allegations of inimizability by these agents, whose results depend on medical report are stamulated. Thus, this article sought to demonstrate the doctrinal positions and national courts in cases of crimes committed by psychopaths. In the methodology, this study fell into a bibliographic review where it was deepened in legal doctrines, conducted research on databases, such as Scielo and Google Academic in March 2023. In the results, it was shown that proven the character of

---

170 E-mail: [ludmillasandrade@unirg.edu.br](mailto:ludmillasandrade@unirg.edu.br).

171 Docente do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UNIRG. E-mail: [karitablustosa@unirg.edu.br](mailto:karitablustosa@unirg.edu.br).



psychopathy of An accused, Brazilian jurisprudence has understood that preventive arrests should be applied, given the need to safeguard public order, since the severity of crimes and the demonstration of the behavioral disorders of an accused (which in the present case, refers to psychopathic characteristics) constitute suitable foundations to support precautionary segregation.

Keywords: Psychopathy. Criminal liability. Imputability.

**Sumário:** Introdução. 1. Psicopatia: apontamentos gerais. 2. O psicopata criminoso. 2.1 A prova de insanidade mental no processo penal. 3. Aplicação da sanção penal ao psicopata. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

As leis que compreendem o direito penal no Brasil regulamentam não apenas a tipificação dos delitos, mas estabelecem regras que tratam também da aplicação de pena aos sujeitos, ou agentes, responsáveis pela prática delituosa, de forma que a temática em torno da responsabilização penal possui íntima relação com outras disciplinas de direito, principalmente com as que estudam o ser humano, e suas condutas sociais.

A pluralidade de comportamentos das pessoas em sociedade impõe a necessidade de que os aplicadores do Direito busquem a compreensão das condutas, com o escopo de melhor exercer a relevante tarefa de impor sanções em face daqueles que cometem praticas delituosas, visando recuperar o agente, propiciando sua reinserção na comunidade, bem como desestimular a recalcitrância na criminalidade.

Se o assunto for a condição psicológica de um autor de pratica delituosa, além das normas penais e processuais, observa-se as lições de psicologia para que seja possível identificar aquelas pessoas com comportamento identificado com a psicopatia.

Se psicopata, pode o infrator ter uma conduta típica motivada pelo transtorno de caráter por ele apresentado, podendo vir a ser fator decisivo na empreitada criminoso.

Com base nisso é que este estudo apresenta o que antes eram chamados de "personalidades psicopáticas" e hoje intitulados como portadores de transtorno de personalidade, ou transtorno antissocial da personalidade, entre outros rótulos que são denominados aos psicopatas. A forma mais branda e comum desse distúrbio de personalidade antissocial é a sociopatia e a mais severa se refere à psicopatia.

Frente ao exposto, questiona-se, embora haja discussão sobre o psicopata ser considerado imputável ou semi-imputável, qual tratamento adequado deve ser aplicado a este indivíduo visando atingir a finalidade da pena? Assim, o objetivo principal do presente

trabalho foi analisar os traços psíquicos e comportamentais de psicopatas que cometem conduta delituosa e explicar, de forma crítica, a punibilidade destes indivíduos perante a justiça criminal brasileira da atualidade.

## **1.PSICOPATIA: APONTAMENTOS GERAIS**

As diversas maneiras comportamentais do indivíduo em sociedade e matéria de estudo da ciência da psiquiatria, precipuamente ao que se trata de atitudes que causem perplexidade aos demais, seja pela maneira como são tomadas e pela insensibilidade com que agem alguns sujeitos frente aos demais, seja em realizações frequentes, como também na ilegalidade.

Dentre os distúrbios já identificados, a psicopatia tornou-se popular, não se restringindo aos profissionais da psicologia. Isto porque muitos criminosos apresentam esse comportamento e acabam por tornar necessária a compreensão desse transtorno.

Sobre a psicopatia, Oliveira (2017) comenta que o termo apresenta vários sinônimos, como: Personalidade Psicopática, Transtorno Dissocial, e atualmente alude-se o termo psicopata com sociopata.

Referida autora acrescenta que a palavra psicopata, corriqueiramente, é utilizada para definir aquela pessoa que possui uma predisposição para assassinar, cometer ilícitos bárbaros, enfim, um comportamento tendente para uma conduta delituosa brutal. Os delitos cada vez mais apresentam um alto nível de violência, despertando o interesse dos estudiosos do comportamento do ser humano como psicólogos, psiquiatras, psicanalistas, em aprofundar sobre essa questão, que ainda se mostra obscura (OLIVEIRA, 2017).

Em linguagem de fácil compreensão, com base em estudos especializados, tem-se a seguinte definição:

Considera-se psicopata aquele indivíduo que apresenta distúrbios de conduta e de comportamento. São pessoas que ficam na zona fronteira entre a normalidade mental e a doença mental. Esse transtorno decorre do comprometimento de três estruturas psíquicas, quais sejam: afetividade, que está ligada ao sentimento de insensibilidade e indiferença; conação-volição, a intenção mal dirigida; e a capacidade de crítica, que denota de um movimento voluntário em que o agente não pensa nas consequências (PALOMBA, 2005 *apud* AMARAL, 2018, p. 02).

Acontece que o conceito não é suficiente para gerar a convicção necessária e o diagnóstico da psicopatia se faz através da análise do comportamento do sujeito, cujas características indicam ou não a existência do transtorno em estudo.

Não basta a alegação de insanidade mental a justificar a inaplicabilidade do direito penal diante do cometimento de crimes. Como mecanismo a auxiliar os juristas e psiquiatras na identificação deste transtorno de personalidade antissocial denominado psicopatia, a observância dos comportamentos é essencial na constatação deste fato.

Hare (2019) aponta suas principais características: os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou a angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim.

Quando possuem inspiração delituosa, os sujeitos portadores do transtorno de psicopatia são capazes de apresentar algumas características especiais. Nesse sentido, Leite (2019) cita que as principais, sendo, o relacionamento com os outros: na relação interpessoal, costumam serem arrogantes, presunçosos, egoístas, dominantes, insensíveis, superficiais, manipuladores. Na afetividade: são incapazes de estabelecer vínculos profundos e duradouros com os outros; não possuem empatia, remorso ou sentimento de culpa. Por fim, tem-se o comportamento: são agressivos, impulsivos, irresponsáveis e violadores das convenções e das leis, agindo com desrespeito pelos direitos dos outros.

No qual pondere nem todo psicopata seja um infrator, quando cometem delitos terminam por assustar a comunidade. Assim sendo, a psicopatia passou a ser objeto de estudo de juristas e profissionais da psiquiatria para que estes comprovem ser ou não caso de inimputabilidade do agente criminoso.

No caso de prática delituosa, é comum a tais agentes a demonstração de indiferença para com a vítima do delito, comportamento este que se apresenta também ao longo da ação penal, fato que leva ao julgador analisar se possui ou não ciência do fato por ele praticado e da sanção dele decorrente (LEITE, 2019).

## **2.O PSICOPATA CRIMINOSO**

A existência de doenças mentais é uma realidade na sociedade brasileira, haja vista a vastidão de comportamentos sociais que pode uma pessoa possuir. Em sociedade, o sentimento de empatia e afeto para com o outro é elemento essencial para se reconhecer o caráter do indivíduo. Aqueles que apresentam comportamento antissocial podem ser diagnosticados com psicopatia, analisada quando se trata de criminoso levado à julgamento penal (AVENA, 2019).

No desenrolar da ação penal, averigua-se a culpabilidade e imputabilidade do psicopata, cuja incapacidade deve ser evidenciada nos autos do processo. No

ordenamento jurídico nacional para que autor seja sujeito à aplicação de uma sanção prevista no tipo penal por ele praticado é preciso que tenha a denominada culpabilidade, a qual se compõe de imputabilidade e consciência potencial da ilicitude de seu ato (AVENA, 2019).

Importante mencionar que são termos complementares, mas que não se confundem. Caneiro Junior et al. (2015) explica que a imputabilidade é a capacidade de culpabilidade, ou seja, é a aptidão para ser culpável. Imputabilidade não se confunde com responsabilidade, que é o princípio segundo o qual a pessoa dotada de capacidade de culpabilidade, ou seja, imputável, deve responder por suas ações delituosas.

Em outras palavras, juridicamente falando, imputabilidade consiste na capacidade de ser consciente do fato e de receber a sanção pelo crime praticado (SANTOS, 2020). O Código Penal, nos artigos 26, 27 e 28, prevê as seguintes hipóteses de inimputabilidade, respectivamente: doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; menores de 18 anos; e a embriagues completa e involuntária (BRASIL, 1940).

No caso de doença mental, o artigo 26 estabelece:

### ***Inimputáveis***

*Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

### ***Redução de pena***

*Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

*(BRASIL, 1940)*

Assim, tem-se que a imputabilidade consiste em conceito jurídico relacionado diretamente com a psicologia, o que exige a interdisciplinaridade para a compreensão do estado psíquico do agente criminoso (SANTOS, 2020).

Nos dizeres de Oliveira (2017) a imputabilidade é um conceito jurídico, mas encontra suas bases condicionadas à saúde mental e a normalidade psíquica, pertencentes

a outra área. Representa a condição de quem tem a capacidade de realizar um ato com pleno discernimento e com a realidade de direcionar seus atos, ou seja, o binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste na sanidade mental e maturidade.

Além de compreender o sentido do termo, indispensável é a aplicação correta dele diante dos casos concretos. Ao indicar as causas de inimputabilidade, o legislador criminalista se limitou a incluir as doenças mentais como situações de incapacidade e deixou certa lacuna a ser solucionada.

Sobre a interpretação do Código Penal, leciona Carneiro Júnior et al. (2015) ao entender que reduziu o Código Penal à expressão doença mental as hipóteses de perturbação do psiquismo que fundamentam aquela incapacidade da inteligência e do querer determinante da inimputabilidade. Daí resulta que se tem que atribuir ao sentido dessa expressão desmedida amplitude, levando-o além dos limites do que em rigor se pode chamar doença mental a casos que o Código suíço traduz com inteira propriedade, na expressão "grave alteração da consciência".

Na prática, a compreensão da inimputabilidade com base em doença mental é bastante complexa, uma vez que o legislador não indica expressamente quais transtornos psiquiátricos podem levar à incapacidade de compreensão da criminalidade de seus atos.

Nesse sentido, cita-se:

Desde logo naquela expressão "doença mental" se compreendem as chamadas psicoses. Aí se incluem os estados de alienação mental por desintegração da personalidade, ou evolução deformada dos seus componentes, como ocorre na esquizofrenia, ou na psicose maníaco-depressiva e na paranoia; as chamadas reações de situação, distúrbios mentais com que o sujeito responde a problemas embaraçosos do seu mundo circundante; as perturbações do psiquismo por processos tóxicos ou tóxi-infecciosos, e finalmente os estados demenciais, a demência senil e as demências secundárias (CARNEIRO JUNIOR et al, 2015, p. 157-158).

Por se tratar a psicopatia como um distúrbio psicológico, não são raras as situações em que se questiona a sua inclusão dentre as causas mentais a ensejar a inimputabilidade do agente criminal. Apesar das divergências, parece majoritário o entendimento de que seriam os psicopatas imputáveis.

Nesse sentido, Coelho e Pereira (2017) verberam que a questão tormentosa no âmbito jurídico é definir os rumos da responsabilidade penal do psicopata, isto é, se referidos indivíduos são imputáveis, semi-imputáveis ou mesmo inimputáveis.

Para o supracitado autor, o fato é que a doutrina da psiquiatria forense é uníssona no sentido de que, a despeito de padecer de um transtorno de personalidade, o psicopata é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta, restando perquirir, assim, se ele é capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento (COELHO; PEREIRA, 2017).

O posicionamento supra decorre da compreensão de que a capacidade de entendimento depende essencialmente da “capacidade cognitiva, que se encontra, via de regra, preservada no transtorno de personalidade antissocial, bem como no psicopata” (MORANA et al., 2010 *apud* COELHO; PEREIRA, 2017, p. 01).

Oliveira (2017) conclui que, diante de outras doenças psiquiátricas, a psicopatia não retira a total consciência dos atos de forma a interferir no cometimento de crime. Em suas palavras:

O que se constata, portanto, é a incoerência em tentar qualificar um psicopata como doente, pois diferente do retardado mental, do neurótico e do esquizofrênico, o psicopata tem uma inteligência normal e até mesmo fora do padrão comum, possuindo total consciência de seus atos. Neste viés, seria um equívoco agrupar um psicopata como uma pessoa de personalidade patológica, e como consequência um ser inimputável, como fora feito durante muitos anos no Brasil (OLIVEIRA, 2017, p. 05).

Independentemente dos posicionamentos doutrinários, diante da ausência de previsão legal específica em relação aos psicopatas, a inimputabilidade deverá ser analisada no caso em concreto, cabendo ao juiz dizer se é ou não o caso de psicopata um sujeito incapaz.

Nesse sentido importante mencionar a seguinte explicação doutrinária:

Psicopata ou sociopata é doente mental? Segundo a psiquiatria, não é. Se não é, segundo a ciência – e o Direito não pode substituí-la, dizendo que é, contrariando os cientistas -, fica afastada, de plano, a ideia de que ele seja inimputável. Porque só há inimputabilidade se estiver presente o requisito causal: doença mental, desenvolvimento incompleto ou retardado. Além do requisito causal, é preciso o consequencial. É indispensável que ele, no momento em que pratica o crime, seja incapaz de entender ou de se autogovernar. Só quem pode afirmar isso são os peritos. Ausente a causa – doença mental,



desenvolvimento mental incompleto ou retardado -, nem se irá indagar sobre a consequência. A não ser quando, além de psicopata, seja ele portador de uma doença mental que lhe retire a capacidade de compreensão ou de determinação, e que, em razão dela, tenha, no caso concreto, agido sem poder conhecer a ilicitude ou sem poder se autodirigir. Tratando-se de homicida em série, o chamado serial killer, é muito difícil que não seja confirmada a psicopatia ou sociopatia. Não tenho dúvidas de que a imputabilidade de Tiago será confirmada. Será julgado, porque sabia o que fazia, tinha possibilidade de controlar seus atos, sobre matar ou não matar, e, por isso, responderá. O tema só pode ser resolvido com o socorro dos ensinamentos da doutrina e da jurisprudência e dos exames dos peritos no caso concreto (TELES, 2018, p. 15).

Isto posto, diante do caso real é que se saberá ser ou não inimputável o indivíduo psicopata, cuja prova de insanidade somente é possível através de elaboração de entendimento profissional mediante laudo pericial.

## 2.1 A PROVA DE INSANIDADE MENTAL NO PROCESSO PENAL

A psicopatia é assunto ainda divergente dentre os juristas e profissionais da psiquiatria, ante ao desconhecimento de qual sanção a ser-lhes aplicado quando há a prática de um crime, por isso atuam em conjunto quando levado à apreciação judicial do fato.

O Código Penal pouco fala sobre a imputabilidade e semi-imputabilidade, o que deixa dúvida estarem os agentes diagnosticados psicopatas incluídos ou não nessa classificação. Com isso, os juízes se encontram com pouco embasamento teórico para decidir sobre a imputabilidade desses indivíduos, se valendo do conhecimento de profissionais do ramo da psicologia e psiquiatria para esclarecer sobre o funcionamento da mente e personalidade dos psicopatas. Para tanto, há a confecção do laudo individualizado, caso a caso (COELHO; PEREIRA, 2017).

Por apresentar características diferenciadas, a psicopatia é um transtorno de personalidade que exige posicionamento profissional adequado, tanto dos juristas como também dos peritos e psiquiatras.

Trata-se de matéria problemática tanto para o direito penal como para o estudo da psiquiatria, uma vez que, possui critérios de avaliação do indivíduo que não são objetivos, o que acaba por gerar uma lacuna quanto à aplicação de sanção ao criminoso psicótico. Por essa razão é que existem divergências jurisprudenciais acerca da aplicação

de pena aos indivíduos portadores de transtorno antissocial, resultando na maioria dos casos duas possibilidades: redução de pena em caso de semi-imputabilidade e não condenação se inimputável (SANTOS, 2020).

Diz o Código de Processo Civil que, diante da necessidade, podem e devem ser nomeados experts para esclarecer a situação. Em se tratando de insanidade mental do acusado, estabelece o artigo 149:

*Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.*

*§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.*

*§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.*

*(BRASIL, 1941)*

O laudo mencionado é capaz de elucidar se ao tempo do cometimento do crime, era ou não o sujeito capaz de discernir acerca de sua conduta. Caso não seja conclusivo, pode ser complementado através de nova perícia, caso o juiz entenda necessário ao seu convencimento.

Nesse sentido, Cunha (2017) compreende que, tendo em vista de que o Código penal Brasileiro adotou o critério biopsicológico, é indispensável haver laudo médico para se comprovar a doença mental ou mesmo o desenvolvimento mental retardado ou incompleto, situação esta, em que não é passível de verificação direta pelo juiz. Entretanto, pode ser acolhida pelo magistrado ao longo da instrução processual, em meio as provas. Mas, é certo que o juízo não fica vinculado tão somente ao laudo pericial, valendo-se também do disposto no art. 182 do Código de Processo Penal.

Lopes (2018) acrescenta que caso não creia o juiz na conclusão pericial, deve determinar nova perícia médica, não podendo simplesmente substituir-se ao expert, pretendendo avaliar o sujeito como se assim fosse médico. Assim, de acordo com a jurisprudência pátria, não pode o juiz, havendo prova pericial afirmativa da inimputabilidade dos réus, desprezá-las, com base em considerações pessoais.

Caso o criminoso esteja preso, será internado em estabelecimento adequado para a realização do exame, que não excederá quarenta e cinco dias. Caso conclua pela

incapacidade do autor do fato, ser-lhe-á nomeado curador no processo. Se a doença for posterior à prática delitiva, o processo será suspenso até o restabelecimento do acusado. Enquanto isso, o juiz ordenará a internação da pessoa em manicômio judicial (BRASIL, 1941).

### **3.APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL AO PSICOPATA**

Apurada a autoria e materialidade delitiva o processo penal ultrapassa a parte instrutória e condena o acusado pela prática do crime. Ao julgador compete a aplicação da sanção respectiva consistente na imposição de uma pena a ser cumprida pelo condenado.

Por existirem estabelecimentos destinados aos condenados portadores de doenças e distúrbio psicológicos, resta saber se os psicopatas são encaminhados para os presídios, junto aos presos comuns, ou se são internados em situação de medida de segurança.

Realizada a prova de insanidade mental no processo penal, diante da constatação de situação de inimputabilidade ou semi-imputabilidade, será o caso de analisar qual a sanção aplicável ao condenado psicopata. A medida de segurança se divide em internação e tratamento ambulatorial (LUZ; OSÓRIO; BERNARDES, 2020).

De acordo com Alonso (2018) comprovada a periculosidade do agente, produz-se os efeitos sancionatórios cabíveis, qual seja, a aplicação da medida de segurança, sendo que a finalidade curativa do tratamento realizado no cumprimento da medida impede estabelecer prazos de duração. Em relação a duração, ela vai depender da resposta positiva ou negativa do agente ao procedimento curativo. Sendo a medida de segurança adequada e a resposta do indivíduo positiva ao tratamento, a consequência é a constatação de cessação de periculosidade. Do contrário, se inadequada a medida ou negativa a resposta ao tratamento, mantém-se o estado perigoso, sendo necessário o prolongamento da internação compulsória (ALONSO, 2018).

Estabelece o artigo 97 do Código Penal que caso o agente for considerado inimputável, o magistrado concederá a sua internação (art. 26). No entanto, caso o crime tenha natureza de punibilidade de detenção, o juiz irá direcioná-lo a tratamento ambulatorial (BRASIL, 1940).

Alonso (2018) cita que o art. 98 do mesmo diploma legal, prevê que se necessitar o condenado de especial tratamento curativo em razão de perturbação da saúde mental, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por internação ou tratamento

ambulatorial. podendo o semi-imputável ter sua pena reduzida de um a dois terços ou ser aplicada a medida de segurança, a depender do caso concreto.

De acordo com o Código Penal, o sujeito deverá permanecer internado ou em tratamento ambulatorial por tempo indeterminado, enquanto não cessar a periculosidade, analisada por perícia médica, com período mínimo de um a três anos. O artigo 99 do mencionado dispositivo destaca que é direito do internado ser recolhido em estabelecimento hospitalar adequado para que seja submetido ao tratamento devido (BRASIL, 1940).

Tamanho é a relevância do estabelecimento hospitalar que Guilherme de Souza Nucci (2020) destaca:

Utiliza o Código Penal, atualmente, a terminologia “hospital de custódia e tratamento” (art. 96, I), embora saibamos ser o local anteriormente conhecido como manicômio judiciário, referido no art. 150 do Código de Processo Penal. Trata-se de um lugar equivalente ao regime fechado (presídio) das penas privativas de liberdade, onde o internado não tem liberdade para ir e vir e é constantemente vigiado. Ainda assim, é o melhor local para se colocar o sujeito preso, pois há condições para, desde logo, iniciar seu tratamento, além de ter condições para a realização do exame. Aliás, é no hospital de custódia e tratamento que deve permanecer internado o preso, ainda que durante a instrução. Trata-se de constrangimento ilegal manter um doente mental, mesmo que detido cautelarmente, em presídio comum, conforme dispõe o art. 99 do Código Penal (NUCCI, 2020, p. 333).

Por essa razão é que manter um inimputável no sistema prisional pode significar o agravamento de sua doença e a ineficiência da medida sancionatória, haja vista que, o ideal é o tratamento médico adequado.

Aos psicopatas também é devida a observância das condições de saúde. Todavia, Batista (2017) entende que o sistema prisional brasileiro se mostra ineficaz em relação aos indivíduos com transtornos psicopáticos, não sendo disposto nenhum tratamento especial para criminosos psicopatas.

Por ser um transtorno de personalidade e não de capacidade cognitiva, o psicopata conhece a ilicitude, mas não se importa. Não se amedronta com a sanção, reincidindo no crime. Isto porque os hospitais e as prisões não estão adaptados para recebê-los.

Batista (2017) em sua visão acredita que há uma grande falha no sistema prisional brasileiro em respeito aos psicopatas, isso por que hospitais de custódia não são eficazes para estes, pois esses hospitais são para tratamento de doenças e como já foi demonstrado, não é o caso da psicopatia.

Além disso, Busch et al. (2023) mencionam que por não ter um tratamento especial para esses indivíduos, eles ficam presos junto com os presos normais, ainda tem a pena reduzida, por ter uma capacidade de demonstrar bom comportamento para atingir seu objetivo, na maioria dos casos são soltos por bom comportamento.

De qualquer forma, no entendimento de Rodrigues e Ferreira (2021), o psicopata não é atingido pela função da sanção penal, ou seja, ele não aprende ao ser punido, nem tem medo de ser punido novamente, por isso quando soltos voltam a cometer crimes, o que explica o alto índice de psicopatas reincidentes.

Apesar do exposto, a realidade carcerária brasileira apresenta o cumprimento de sanção penal aos psicopatas nas cadeias e presídio comuns, caso o julgador entenda pela imputabilidade; ou nos hospitais caso entenda pela inimputabilidade, conforme os entendimentos jurisprudenciais.

A jurisprudência brasileira, inclusive já vem dando alguns indícios sobre a aplicação da lei penal aos psicopatas. Em julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, a psicopatia já foi entendida causa capaz a ensejar a curatela do indivíduo menor de idade que cometeu ato infracional (STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1306687 MT 2011/0244776-9 (STJ) Data de publicação: 22/04/2014).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) determinou a internação de criminoso psicopata condenado por crime de uso de arma de fogo, pelo prazo mínimo de três anos, afirmando que "**confirmado, por laudo psiquiátrico, ser o réu portador de psicopatia em grau extremo, de elevada periculosidade e que necessita de especial tratamento curativo, cabível a medida de segurança consistente em internação**". (TJ-DF - APR: 992433020098070001 DF 0099243-30.2009.807.0001, Relator: Jesuino Rissato, Data de Julgamento: 01/03/2012, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 28/03/2012, DJ-e Pág. 248). (grifo meu)

Todavia, essa situação é excepcional, posto que, silente a legislação, muitos dos psicopatas são tratados como sujeitos normais, com distúrbio de personalidade que os leva à maior frieza no cometimento de delitos, mas que não retira dos mesmos a consciência de ilicitude de seus atos. Em razão disso, são levados ao sistema carcerário comum (BUSCH et al., 2023).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) determinou o cumprimento de pena em regime fechado ao indivíduo psicopata que não teve em seu processo a suscitação da inimputabilidade através de incidente de insanidade. A medida de segurança foi negada por ausência de prova e o regime foi mantido sob o argumento de que "o réu possui péssima conduta social e personalidade voltada para a prática de delitos contra o patrimônio" (TJ-SP – APL: 00926973620138260050 SP 0092697-36.2013.8.26.0050, Relator: Lauro Mens de Mello, Data de Julgamento: 25/06/2015, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 29/06/2015).

Em outra situação, o mesmo TJSP negou a progressão de regime a indivíduo sociopata que se encontrava cumprindo pena em regime fechado, por haver posicionamento médico que atestava a manutenção de sua periculosidade, conforme o aresto a seguir transcrito elucidada:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. DECISÃO QUE MANTEVE O SENTENCIADO NO REGIME SEMIABERTO. AGRAVO MINISTERAL PROTESTANDO PELA REFORMA DO DECISIUM POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS SUBJETIVOS. COM RAZÃO. Reeducando anteriormente progredido ao regime intermediário. Determinação de regressão ao regime fechado e realização de exame criminológico completo, com perícia psiquiátrica. Nova decisão, após apresentação do parecer psiquiátrico, mantenho o regime semiaberto. Insurgência ministerial a qual se dá provimento. Laudo psiquiátrico é categórico ao afirmar que o reeducando não preenche o requisito subjetivo necessário para a progressão. **Sentenciado apresenta personalidade sociopática e aderência aos valores marginais, sendo incapaz de autocensura.** Perícia realizada por profissional do IMESC que atestou a impossibilidade da progressão. Decisão reformada. Agravo provido. (TJ-SP – EP: 7007165420188260690 SP 700716-54.2018.8.26.0590, Relator: Andrade Sampaio, Data de Julgamento: 09/05/2019, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 16/05/2019). (grifo meu)

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins manteve em regime fechado um condenado psicopata por não ter apresentado bom resultado no exame criminológico efetuado por profissional qualificado.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. FECHADO PARA O SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. CARÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. SUBMISSÃO A EXAME CRIMINOLÓGICO. **RÉU DIAGNOSTICADO COMO SOCIOPATA E PSICOPATA.** DECISÃO IDÔNEA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. **Admite-se o**



**exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.** Súmula 439/STJ. Súmula Vinculante 26/STF. 2. A atual redação do art. 112 da Lei de Execução Penal – LEP, conferida pela Lei 10.792/2003, retirou a obrigatoriedade do exame criminológico para concessão de benefício da execução penal. Contudo, a despeito de retirar a obrigatoriedade de tal exame, a nova redação do art. 112 da LEP não proibiu sua realização, que pode ocorrer quando o magistrado entender ser conveniente, desde que mediante decisão fundamentada. 3. O silêncio da Lei a respeito da obrigatoriedade do exame criminológico, contudo, não inibe o juízo da execução do poder de determiná-lo, desde que fundamentadamente. Isso porque a análise do requisito subjetivo pressupõe a verificação do mérito do condenado, que não está adstrito ao bom comportamento carcerário, como faz parecer a literalidade da lei, sob pena de concretizar-se o absurdo de transformar o diretor do presídio no verdadeiro concedente do benefício e o juiz um simples homologador. Precedente do STF. 4. Agravo em execução penal conhecido e improvido (TJ-TO – EP: 5007848722013827000, Relator: Helvécio de Brito Maia Neto. Data de Julgamento: 12/09/2019). (grifo meu)

Em outro julgamento, o réu, com vontade livre e consciente, imbuído de dolo homicida, matou seu pai com golpes de faca, e o crime teria sido praticado por motivo torpe, porque a vítima não queria que o paciente usasse droga na residência da família. A avaliação médica indicou que o paciente possui perfil psicopata e que deveria se submeter à avaliação psiquiátrica, com urgência, mas deixava de decretar a internação provisória pela falta de diagnóstico preciso. Nesse sentido, tem-se a ementa da decisão:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. FATO NOVO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. I - Cabível a prisão preventiva, uma vez que se trata de crimes cujas penas máximas superam a 4 (quatro) anos (art. 313, I, CP). II - Evidenciada a prova da materialidade e os indícios suficientes da autoria dos crimes imputados ao paciente, mostram-se presente os pressupostos da segregação cautelar. III - **A recente comprovação de que o paciente possui perfil psicopata, aliada à gravidade dos delitos praticados, que culminaram na morte do genitor do paciente, constitui fundamento idôneo para respaldar a segregação cautelar.** IV - Ordem denegada. (07257806520198070000 - (0725780-

65.2019.8.07.0000 - Res. 65 CNJ). TJDFT. 3º Turma Criminal. Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI. Data de Julgamento: 30/01/2020. Publicado no PJe: 17/02/2020). (grifo meu)

Conforme mostrado na decisão acima, o que justifica a prisão preventiva para garantia da ordem pública (*periculum libertatis*) é a probabilidade, e não mera possibilidade, de reiteração delitiva. É a probabilidade da prática de novos delitos que causa intranquilidade no meio social, visto que a possibilidade é fator abstrato sempre presente.

Nesse ponto, o juiz entendeu que a gravidade dos crimes e a recente demonstração dos distúrbios comportamentais do paciente constituem fundamentos idôneos para respaldar a segregação cautelar. Isso mostra, que ao ser verificado indícios de psicopatia de algum indivíduo, já mostra prova suficiente para que a aplicação da norma penal seja utilizada.

Nestes termos, provado o caráter de psicopatia de um acusado, a jurisprudência brasileira tem entendido que prisões preventivas devem ser aplicadas, haja vista a necessidade de resguardo da ordem pública, uma vez que a gravidade dos crimes e a demonstração dos distúrbios comportamentais de um acusado (que no caso presente, se remete a características psicopáticas) constituem fundamentos idôneos para respaldar a segregação cautelar.

Não se pode olvidar que a definição de ordem pública alcança a prevenção de reprodução de fatos criminosos e o acautelamento do meio social em face da gravidade do crime. Nesse sentido, Rangel (2019) explica que o conceito de ordem pública não se limita a prevenir tão somente a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social.

Portanto, nos casos práticos, conclui-se que a comprovação da insanidade e também do alcance do requisito subjetivo para progressão de regime necessitam de opinião médica psiquiátrica, o que reforça a ideia de interdisciplinaridade entre o direito penal e a psicologia jurídica.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A diversidade comportamental na sociedade gerou a necessidade de estudo das características do indivíduo de acordo com a psicologia, principalmente quando a matéria se relaciona com o direito penal. Ao analisar as doenças mentais, os transtornos antissociais se apresentam como casos em que há consciência da ilicitude, mas pouco envolvimento sentimental.

As práticas delituosas dotadas de insensibilidade e primor de crueldade fez com que os juristas buscassem auxílio dos psiquiatras acerca da psicopatia e suas características comportamentais para que no decorrer do processo penal fosse possível avaliar a culpabilidade desses indivíduos.

Por anos a questão da inimputabilidade dos psicopatas foi objeto de questionamento doutrinário e jurisprudencial em busca da pacificidade do tema. De acordo com os profissionais da psiquiatria, o transtorno não retira da pessoa a capacidade de discernir acerca da ilicitude de sua conduta.

Todavia, por haver níveis do transtorno antissocial, por se tratar de matéria que deve ser observada de forma individualizada, entende-se que a culpabilidade será avaliada no decorrer do processo, através da instauração do incidente de insanidade. Diante da elaboração do laudo, se apura a existência de inimputabilidade ou semi-imputabilidade.

Em que pese existam entendimentos profissionais de não estarem os estabelecimentos prisionais adaptados aos psicopatas, tem-se que, atualmente, aos sujeitos reconhecidamente incapazes se aplicam a medida de segurança ao invés das penas privativas de liberdade. Caso seja inimputável, a sanção aplicada deverá ser cumprida mediante a internação, enquanto que o semi-imputável cumprirá a sua condenação em tratamento ambulatorial. Assim, o psicopata somente será liberado quando receber a autorização médica.

Diante desses aspectos, entendeu-se com base nos estudos coletados, que o judiciário brasileiro ainda classifica o psicopata como inimputável doente mental que não sabe nada sobre os crimes que comete, porque não aceita a opinião dos estudiosos da psicologia e psicopatia que são os mais capacitados para decidir o perigo que um psicopata representa a sociedade.

Dessa forma é possível desprender de um projeto de lei que obrigue o Judiciário trabalhar em conjunto com os profissionais da área da Psicologia para que o psicopata tenha a medida judicial mais correta e esta não é a medida de segurança, pois os psicopatas não são pessoas doentes e sim indivíduos que tem consciência de seus atos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, Jéssica Soubhia. **Da (im)possibilidade de aplicação da medida de segurança como solução eficaz aos indivíduos com personalidade psicopática.** Âmbito Jurídico, 1º de março de 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/da-im-possibilidade-de-aplicacao-da-medida-de-seguranca-como-solucao-eficaz-aos-individuos-com-personalidade-psicopatica/>>. Acesso em: 28 mar. 2023.

AMARAL, Gabriella. **Personalidade Psicopática: implicação no âmbito do direito penal.** Jus.com, setembro de 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60784/personalidade-psicopatica-implicacao-no-ambito-do-direito-penal>>. Acesso em 18 mar. 2023.

AVENA, Núbia. **Execução Penal.** Rio de Janeiro: Método, 2019.

BATISTA, Talita. **Psicopatia no sistema prisional brasileiro. Como são tratados os indivíduos psicopatas?** Jus.com, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59236/psicopatia-no-sistema-prisional-brasileiro/1>>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 31 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. 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 29 mar. 2023.

BUSCH, Rafael, et al. **Revisão narrativa sobre a psicopatia: uma análise acerca da imputabilidade do psicopata para o direito penal.** Journal of Education Science and Health, 2(4):1–15, 2023.

CARNEIRO JUNIOR, Amilcar Araújo. *et al.* **Código Penal Comentado e sua Interpretação Pelos Tribunais.** 2ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2015.

COELHO, Alexs Gonçalves; PEREIRA, Thaís Andréia et al. **A responsabilidade penal do psicopata à luz do ordenamento jurídico penal brasileiro. Imputabilidade x semi-imputabilidade.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5151, ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59573>>. Acesso em: 29 mar. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches da. **Manual de Direito Penal – Parte Geral.** 9. ed. Bahia: JusPodivm, 2017.

HARE, Robert. **Reincidência criminal: é possível prevenir?** De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. n. 12 (jan./jun. 2019). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2019.

LEITE, Gisele. **Responsabilidade Jurídico-Pena do Psicopata.** Jornal Jurid, 01 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/responsabilidade-juridico-penal-do-psicopata>>. Acesso em 29 mar. 2023.

LOPES, Lucas Castro Silva. **O psicopata sob a ótica da legislação penal brasileira.** Monografia no Curso De Direito Faculdade Evangélica De Rubiataba, 2018.

LUZ, H. A. B. DA., OSÓRIO, A. C. DO N. & BERNARDES, A. G. **Sob a ótica do exame: pesquisas sobre psicopatia e psicopatas no cenário científico brasileiro.** Revista Polis e Psique, 10(1):187-206, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Valéria Santos de. **O psicopata frente ao Código Penal brasileiro.** Jus.com, agosto de 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60016/o-psicopata-frente-ao-codigo-penal-brasileiro>>. Acesso em: 21 mar. 2023.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RODRIGUES, Elizangela Martins Souza. **Comportamento Criminal do Psicopata.** Âmbito Jurídico, 03 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/comportamento-criminal-do-psicopata/>>. Acesso em: 30 mar. 2023.

RODRIGUES, Lorrán Parreira; FERREIRA, Gabriela Bastos Machado. **A psicopatia à luz do direito penal.** Revista Recifaqui, v. 1, n. 11, 2021.

SANTOS, Alexandre Benício. **Psicopatia e crime: a imputabilidade do Psicopata na Legislação Penal Brasileira.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 31 mar 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51922/psicopatia-e-crime-a-imputabilidade-do-psicopata-na-legislacao-penal-brasileira>>. Acesso em: 29 mar 2023.

TELES, Ney Moura. **Psicopata homicida é inimputável?** 2018. Disponível em: <<http://neymourateles.com.br/psicopata-homicida-e-inimputavel/>>. Acesso em: 01 abr. 2023.

## **UTILIZAÇÃO DE ESTRUTURAS SOCIETÁRIAS OFFSHORE NO PLANEJAMENTO PATRIMONIAL DE PESSOAS FÍSICAS: IMPACTOS TRIBUTÁRIOS PARA RESIDENTES FISCAIS NO BRASIL**

**JULIA MACEDO SOUZA LOPES:**

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, aprovada no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil no XXXV em outubro de 2022. Possui vasta experiência em assessorar clientes nacionais e internacionais nas áreas de Planejamento Patrimonial e Sucessório, Tributária e Reorganização Societária Offshore. 172

**RESUMO:** O planejamento patrimonial e sucessório tem se tornado cada vez mais comum entre os brasileiros, principalmente em virtude das constantes mudanças dos cenários político e econômico ocorridas nos últimos anos. Com isso, enquanto alguns apresentam dúvidas sobre consequências fiscais da utilização de estruturas societárias no exterior em seus planejamentos patrimoniais e sucessórios, outros que detém patrimônio relevante para adotarem tais estratégias, desconhecem a existência, funcionamento e impactos dessas estruturas. Este artigo tem o objetivo de apresentar as estruturas societárias offshore utilizadas com maior frequência na reorganização patrimonial de pessoas físicas residentes no Brasil, com o intuito otimizar a tributação de seus investimentos, proteger seus ativos de eventuais riscos e facilitar a sucessão. Aborda, também, as principais características de cada uma dessas estruturas e seus respectivos impactos fiscais, principalmente quanto à tributação da renda.

**Palavras-chave:** Tributação; Renda; Imposto; Pessoas Físicas; Planejamento Patrimonial; Offshore; Trusts; Fundos de Investimento; Distribuição.

**ABSTRACT:** Estate and succession planning has become increasingly common among Brazilians, mainly due to the constant changes in the political and economic scenarios that have occurred in recent years. As a result, while some have doubts about the tax consequences of using corporate structures abroad in their estate and succession planning, others who have relevant assets to adopt such strategies are unaware of the existence, functioning and impacts of these structures. This article aims to present the offshore corporate structures most frequently used in the asset reorganization of individuals residing in Brazil, with the aim of optimizing the taxation of their investments, protecting their assets from possible risks and facilitating succession. It also addresses the main



characteristics of each of these structures and their respective fiscal impacts, mainly regarding income taxation.

**Keywords:** Taxation; Income; Tax; Individuals; Wealth Planning; Offshore; Trusts; Investment Funds; Distribution.

**Sumário:** Introdução. 1. Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. 1.1. Imposto Sobre a Renda de Pessoas Físicas. 1.2. Conceitos de Residência e Domicílio Fiscal no Brasil. 1.3. Renda Auferida no Exterior. 2. Sociedades *Offshore* – Conceito e Estrutura. 2.1. Paraísos Fiscais. 2.2. Tributação da Distribuição de Renda em Sociedades *Offshore*. 3. *Trust* – Conceito e Origem. 3.1. Estrutura. 3.2. Tributação. 3.2.1. Impactos Tributários na Entrega dos Bens ao *Trustee*. 3.2.2. Tributação da Distribuição aos Beneficiários. 4. Fundos de Investimento. Considerações Finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

Diante do atual cenário econômico e político brasileiro, tornou-se comum a busca por investimentos em mercados mais seguros e consolidados, principalmente no exterior. A pandemia da COVID-19, a propositura de projetos de lei para a taxaço de grandes fortunas, possível aumento das alíquotas do Imposto sobre Transmissõ *Causa Mortis* e Doação, e a votação da Reforma Tributária são algumas das razões que motivaram os brasileiros a diversificar seus investimentos.

Com isso, notou-se um grande aumento na procura por estratégias de reorganização patrimonial que utilizam estruturas societárias offshore, com o objetivo de alcançar maior segurança e blindagem quanto aos possíveis impactos decorrentes da volatilidade do mercado nacional (LE SENECHAL, 2022).

As sociedades *offshore*, geralmente localizadas em paraísos fiscais, são as mais utilizadas como forma de planejamento patrimonial, em virtude de seu baixo custo e simplicidade da estrutura.

Já os *Trusts*, são estruturas mais complexas, que demandam maior investimento para sua elaboração e manutenção, bem como são comumente destinados a pessoas que detém patrimônios elevados e visam a perpetuação de seu legado para as gerações futuras.

Interessante mencionar também que, embora menos utilizados, os fundos de investimento no exterior são juridicamente diferentes dos brasileiros, visto que são tratados como sociedade (anônima, limitada) e aqui assumem forma de condomínio.

Diante dessas diferenças, torna-se de suma importância o estudo das estruturas apresentadas, de maneira a proporcionar uma exposição concisa e de fácil entendimento

e apresentar os impactos tributários sobre a reorganização e distribuições de renda realizadas a residentes fiscais no Brasil.

Assim, o foco principal deste trabalho será a apresentação das estruturas e dos possíveis impactos tributários relacionados à sua implementação, visando identificar o fato gerador em cada caso específico e, conseqüentemente, o tributo aplicável à movimentação.

## **1.IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA**

A Constituição Federal (“CF”), em seu artigo 153, inciso III, determina que é de competência da União a instituição do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (BRASIL, 1988). O artigo 43 do Código Tributário Nacional (“CTN”) trata do mesmo tema e define o fato gerador do imposto como a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza (BRASIL, 1966).

No inciso I do artigo 43 do CTN tem-se que renda é o “produto do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos”. O mesmo artigo, em seu inciso II, define “proventos de qualquer natureza” como os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior (BRASIL, 1966).

O artigo 43 do CTN define, ainda, a base de cálculo do imposto. Segundo este dispositivo, o imposto será calculado sob “o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis” (BRASIL, 1966).

Com isso, pode-se concluir que a renda é o montante auferido por pessoa física ou jurídica, fruto do capital, do trabalho, ou de ambos, que resulte em acréscimo patrimonial. Este acréscimo configura o fato gerador do imposto e seu valor será utilizado para o cálculo do imposto devido.

Diante da ocorrência do fato gerador, a pessoa física ou jurídica que adquiriu disponibilidade passa a ocupar a posição de sujeito passivo na relação tributária e, desta forma, se torna contribuinte do imposto nos termos do artigo 45 do CTN.

### **1.1 IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOAS FÍSICAS**

Está sujeito ao recolhimento do imposto de renda das pessoas físicas (“IRPF”) os residentes ou domiciliados no Brasil, que auferirem rendimentos superiores a vinte e quatro salários-mínimos fiscais, nos termos do artigo 1º da Lei 4.506/64 (BRASIL, 1964). Além disso, O Decreto nº 9.580 de 2018 (“RIR/18”) define em seu *caput* que são contribuintes do imposto as pessoas físicas “que perceberem renda ou proventos de qualquer natureza, inclusive rendimentos e ganhos de capital, (...), sem distinção de nacionalidade, sexo, idade, estado civil ou profissão” (BRASIL, 2018).

Desta forma, torna-se imprescindível o entendimento acerca dos requisitos que determinam a residência e domicílio fiscal no Brasil para que se estabeleça os rendimentos tributáveis das pessoas físicas.

## 1.2 CONCEITOS DE RESIDÊNCIA E DOMICÍLIO FISCAL NO BRASIL

A começar pelo conceito de domicílio fiscal, o artigo nº 127 do CTN determina que na falta de eleição de domicílio tributário pelo contribuinte ou responsável, considera-se para as pessoas físicas a sua residência habitual, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade (BRASIL, 1966).

Já o conceito de residência fiscal é mais amplo e, de acordo com o artigo 2º da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 208/2002 ("IN 208/02"), que trata dos rendimentos auferidos de fontes pagadoras situadas no exterior, por residentes fiscais no Brasil, é considerado residente para este fim o indivíduo:

I - que resida no Brasil em caráter permanente; II - que se ausente para prestar serviços como assalariada a autarquias ou repartições do Governo brasileiro situadas no exterior; III - que ingresse no Brasil: a) com visto permanente, na data da chegada; b) com visto temporário: 1. para trabalhar com vínculo empregatício ou atuar como médico bolsista no âmbito do Programa Mais Médicos de que trata a Medida Provisória nº 621, de 8 de julho de 2013, na data da chegada; 2. na data em que complete 184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, dentro de um período de até doze meses; 3. na data da obtenção de visto permanente ou de vínculo empregatício, se ocorrida antes de completar 184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, dentro de um período de até doze meses; IV - brasileira que adquiriu a condição de não-residente no Brasil e retorne ao País com ânimo definitivo, na data da chegada; V - que se ausente do Brasil em caráter temporário ou se retire em caráter permanente do território nacional sem apresentar a Comunicação de Saída Definitiva do País, de que trata o art. 11-A, durante os primeiros 12 (doze) meses consecutivos de ausência.

Parágrafo único. Para fins do disposto no inciso III, "b", item 2, do caput, caso, dentro de um período de doze meses, a pessoa física não complete 184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, novo período de até doze meses será contado da data do ingresso seguinte àquele em que se iniciou a contagem anterior (IN 208/2002, art.2º) (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2002).

Nota-se que existem inúmeras possibilidades de caracterização da residência fiscal no Brasil de acordo com os dispositivos legais expostos anteriormente. Desta forma, nas palavras do ilustre professor Luiz Eduardo Schoueri (2012, p. 347):

(...) o sistema brasileiro adota critérios diferentes para a qualificação do residente; a) para os nacionais, o critério é subjetivo: cabe investigar e demonstrar o animus, sendo condições objetivas meros indícios, mas não elementos suficientes para a caracterização da residência; e b) para os estrangeiros, o critério é objetivo: embora possa estar presente o animus, o legislador dispensa sua prova, vinculando a residência a elementos observáveis.

Assim, para o objetivo deste trabalho, concentra-se no fato de que a hipótese de incidência do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade decorrente de acréscimo patrimonial, avindo do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos, e que as pessoas físicas que se enquadrem nas hipóteses elencadas no artigo 2º da IN 208/02 e auferirem renda superior a vinte e quatro salários-mínimos no ano-calendário, serão consideradas contribuintes para fins do IRPF.

### 1.3 RENDA AUFERIDA NO EXTERIOR

Caso uma pessoa física se enquadre nas hipóteses de residência fiscal no Brasil, os rendimentos recebidos de fontes situadas no exterior e os ganhos de capital apurados na alienação de bens e direitos no exterior estão sujeitos à tributação pelo imposto de renda, nos termos do art. 1º da IN 208/02.

Entretanto, em alguns casos, uma pessoa física pode ser considerada residente fiscal em múltiplas jurisdições, justamente por conta de seus investimentos e bens nelas situados e, conseqüentemente, um mesmo rendimento estará sujeito à tributação pelo imposto de renda em mais de um país.

Diante dessa questão, para evitar a bitributação sobre a renda e o capital, o Brasil possui firmou Tratados Internacionais com trinta e quatro países, para definir as questões relativas ao conceito de renda, impostos incidentes sobre ela nos dois países contratantes e suas respectivas alíquotas, os conceitos de residência fiscal e os métodos para evitar a dupla tributação.

Porém, quando um rendimento for auferido no exterior, por pessoa física residente no Brasil, em um país com o qual não há tratado internacional de bitributação, o imposto incidente sobre a renda deverá ser recolhido (i) na jurisdição em que for percebido, de acordo com as leis locais; e (ii) na sistemática de recolhimento mensal (carnê-leão) no Brasil, nos termos do caput do artigo 16 da IN 208/02:

Art. 16. Os demais rendimentos recebidos de fontes situadas no exterior por residente no Brasil, transferidos ou não para o País, estão sujeitos à tributação sob a forma de recolhimento mensal obrigatório (carnê-leão), no mês do recebimento, e na Declaração de Ajuste Anual (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2002).

O parágrafo único do artigo supracitado admite, todavia, a compensação dos valores pagos a título de imposto de renda sobre rendimentos auferidos no caso de o Brasil possuir tratado de bitributação com o país em que os valores forem percebidos:

§ 1º O imposto de renda pago em país com o qual o Brasil tenha firmado acordo, tratado ou convenção internacional prevendo a compensação, ou naquele em que haja reciprocidade de tratamento, pode ser considerado como redução do imposto devido no Brasil, desde que não seja compensado ou restituído no exterior (IN 208/2002, art. 16, § 1º) (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2002).

Pode-se entender, portanto, que quando houver tratado para evitar a bitributação, um mesmo rendimento auferido por pessoa física não será tributado em múltiplas jurisdições ou, quando for, os valores pagos a título de imposto sobre a renda no exterior poderão ser deduzidos aqui.

Ainda em relação ao imposto de renda das pessoas físicas e os rendimentos auferidos no exterior, cabe a análise acerca dos benefícios tributários decorrentes da utilização de estruturas societárias *offshore* para os residentes fiscais no Brasil, sob o viés da natureza dos investimentos.

Se o montante estiver alocado em uma conta de depósito, sem que haja aplicação ou movimentação, apenas o saldo em 31/12 do respectivo ano-calendário deverá ser inserido na ficha de Bens e Direitos da Declaração de Ajuste Anual do IRPF e o acréscimo patrimonial decorrente de variação cambial não será tributado, por não configurar rendimento, nos termos do parágrafo 4º do artigo 29 da Lei nº 9.250/95 (BRASIL, 1995).

Já na hipótese de aplicação de valores em portfólios de investimentos, ou da alienação de bens e direitos mantidos no exterior, os rendimentos decorrentes dessa aplicação serão tributados como ganho de capital, em conformidade com o artigo 24 da Medida Provisória 2.158-35/2001 (BRASIL, 2001).

O autor José Henrique Longo no livro “Planejamento Sucessório: Aspectos Familiares, Societários e Tributários”, de sua coautoria, pontua que:

O rendimento financeiro auferido em moeda estrangeira é considerado como ganho de capital, nos termos do art. 24 da MP 2.158-35. Independentemente do tipo de aplicação (se de risco ou não), a regra é sempre a mesma: no momento de resgate, deve ser apurada a diferença em reais entre o valor da liquidação ou resgate da aplicação financeira e o custo de aquisição (KIGNEL; PHEBO; LONGO, 2014).

No mesmo livro, com base na Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal 118/00, José Henrique Longo diz que o ganho de capital deve ser calculado sobre cada uma das operações, separadamente, e que não há hipótese de compensação dos valores auferidos no exterior com eventuais perdas decorrentes de outras operações realizadas pelo mesmo contribuinte (KIGNEL; PHEBO; LONGO, 2014). Ou seja, a cada resgate ou alienação, deve ser calculado e recolhido o IRPF e os valores pagos durante o ano-calendário não são objeto de dedução do IRPF apurado na entrega da Declaração de Ajuste Anual no exercício correspondente:

Para não deixar dúvidas quanto à segregação aplicada a cada operação de resgate, a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal 118/00 dispõe que: (a) o imposto é apurado em cada operação, (b) e que deve ser recolhido até o último dia do mês seguinte. O rendimento financeiro no exterior não pode ser compensado com eventual perda verificada em outras operações da mesma pessoa, nem pode ser levado para apuração da base de cálculo com deduções permitidas pela legislação (educação, saúde, etc.). Portanto, há ofensa do princípio especial da universalidade exatamente porque não se permite a conjugação desse ganho individual com as demais operações e fatos relacionados à mesma pessoa física (KIGNEL; PHEBO; LONGO, 2014).

Importante pontuar também que, para fins fiscais, considera-se o ganho de capital a diferença positiva entre o valor de alienação e o respectivo custo de aquisição<sup>173</sup>. Desta forma, quando um contribuinte realiza lucro na operação de resgate ou de alienação de um bem ou direito, este valor configura hipótese de incidência do IRPF.

Por fim, para concluir os aspectos relativos à tributação dos rendimentos oriundos do exterior, por estes serem tratados como ganho de capital, aplica-se disposto no artigo 21 da Lei nº 8.981/95 quanto à apuração do IRPF. A diferença positiva será submetida à tabela progressiva e serão utilizadas as alíquotas de (i) 15% para rendimentos de até cinco

---

<sup>173</sup>Art. 1º e preâmbulo da Instrução Normativa SRF nº 118/2000; Arts. 2º e 3º e preâmbulo da Instrução Normativa SRF nº 84/2001 (VALOR, 2022).



milhões de reais; (ii) 17,5% entre cinco e dez milhões de reais; (iii) 20% entre dez e trinta milhões de reais e (iv) 22,5% para valores acima de trinta milhões de reais (BRASIL, 1995).

Assim, com a complexidade da tributação na esfera da pessoa física, fica clara a necessidade de otimização dos investimentos expostos anteriormente por meio de estruturas societárias no exterior. Busca-se, com isso, o diferimento da tributação, pois os rendimentos das aplicações realizadas por pessoas jurídicas no exterior somente serão tributados na esfera da pessoa física de seus sócios quando houver efetiva transferência dos ativos a eles.

Nos capítulos seguintes, destinados à abordagem das estruturas utilizadas no ramo do planejamento patrimonial, será apresentado um estudo detalhado acerca dos impactos tributários pertinentes a cada uma delas.

## **2.SOCIEDADES OFFSHORE**

É chamada de sociedade *offshore* aquela que está constituída e desempenha suas atividades fora do país de domicílio do acionista. Este tipo de sociedade é muito utilizado por pessoas físicas em seus planejamentos patrimoniais, não só por residentes fiscais no Brasil, como no mundo inteiro.

Essas sociedades, também conhecidas como *Private Investment Companies* ("PIC"), são constituídas visando deter e movimentar, no âmbito da pessoa jurídica, os investimentos que seriam feitos pelos seus sócios como pessoa física. Assim, ao invés de os sócios deterem investimentos no exterior diretamente em seu nome, ele passa a ter apenas participação acionária em uma empresa no exterior e esta realiza a movimentação dos ativos (KIGNEL; PHEBO; LONGO, 2014).

As PICs geralmente são formadas por (i) sócio(s); (ii) diretor(es) e (iii) *Registered Agent*. O último é responsável por abrigar o endereço da estrutura e cuidar da parte burocrática de qualquer alteração superveniente que se faça no quadro societário da companhia.

Além disso, os rendimentos auferidos por essas empresas, enquanto não são transferidos aos sócios, estão sujeitos às regras de tributação do país em que estão constituídas. Por este motivo, utiliza-se muito essa estrutura em planejamentos patrimoniais, visto que em paraísos fiscais a tributação é quase inexistente.

Nesse sentido, é de suma relevância informar que, desde que as quotas ou ações das empresas situadas no exterior, detidas por residente fiscal no Brasil, estejam declaradas

na ficha de bens e direitos da DIRPF, não é considerada ilegal a manutenção deste bem, ainda que ele esteja localizado em paraíso fiscal.

Assim, entre as vantagens trazidas pelo uso de sociedades no exterior, pode-se classificar como principais: (i) a isenção tributária sobre os investimentos auferidos pela empresa na jurisdição em que foi constituída, pois estão geralmente localizadas em paraísos fiscais; (ii) diferimento tributário na tributação de seus rendimentos, no âmbito da pessoa física acionista; e (iii) garantia de maior privacidade quanto aos dados dos sócios e de seus respectivos investimentos.

## 2.1 PARAÍÇOS FISCAIS

Por ser muito comum a constituição de empresas em paraísos fiscais, como estratégia de investimento, cabe o estudo acerca dos requisitos para que um país seja tratado como paraíso fiscal e os respectivos impactos tributários relacionados.

Entende-se por paraíso fiscal qualquer nação que apresente tributação reduzida ou inexistente sobre a renda, bem como proporcione aos investidores que nele desejam alocar recursos, um elevado grau de proteção no que tange ao compartilhamento de informações relativas às suas estruturas. Tal contexto propicia que a troca de informações entre o referido paraíso fiscal e o país de origem do sócio seja quase nulo.

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) divulgou dados que apontam a existência de mais de quarenta territórios internacionais que são considerados como paraíso fiscal.

Já a Receita Federal do Brasil dispõe na Instrução Normativa da nº 1037 de 2010 (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2010) que são considerados como paraísos fiscais as jurisdições que (i) não praticam a tributação da renda a nenhum nível; (ii) tributam a renda em valores menores a 20% do que foi auferido durante o ano-calendário pelos contribuintes; e (iii) países cuja legislação interna não permite acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade<sup>174</sup>. Tal normativo indica também quais jurisdições possuem regimes fiscais privilegiados.

## 2.2 TRIBUTAÇÃO

---

<sup>174</sup>Art. 1º Para efeitos do disposto nesta Instrução Normativa, consideram-se países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento) ou, ainda, cuja legislação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, as seguintes jurisdições (...). (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2010).

Como mencionado anteriormente, segundo as regras tributárias brasileiras<sup>175</sup>, os rendimentos auferidos por pessoa jurídica não estão sujeitos à tributação do imposto de renda da pessoa física enquanto não forem efetivamente transferidos aos seus sócios, na distribuição de lucros e dividendos, ou por alienação das quotas societárias.

Neste sentido, o autor José Henrique Longo pontua brilhantemente os rendimentos auferidos no exterior envolvendo investimento em pessoas jurídicas serão tributados pelo IRPF:

No caso de distribuição de lucros, esse rendimento inclui-se na apuração mensal da base de cálculo do IRPF com aplicação da tabela progressiva, após as deduções autorizadas. Com esse tratamento, o rendimento de distribuição de lucros advindos do exterior não está eivado das inconstitucionalidades presentes na apuração de ganho de capital e que forma acima mencionada. Tal valor é parte integrante da correta apuração da renda, com o mesmo tratamento das demais fontes de rendimento. Portanto, o rendimento de distribuição de lucros do exterior provenientes de PIC, correspondente ao ganho financeiro das aplicações promovidas pela empresa no exterior, sofre a incidência do IRPF nos limites fixados pela Constituição Federal. A segunda hipótese citada é o ganho de capital na alienação do investimento na PIC, isto é, a pessoa física residente no Brasil vende as suas ações da PIC para terceiro e apura ganha capital. O tratamento fiscal dado pela legislação ordinária é o mesmo para ganho de capital de aplicação financeira no exterior: a apuração é independente dos demais elementos que compõem o efetivo acréscimo patrimonial da pessoa (KIGNEL; PHEBO; LONGO, 2014).

Assim, pode-se concluir que essa estrutura, por ser de baixo custo e promover o diferimento tributário às pessoas físicas residentes no Brasil, constitui uma enorme vantagem para os investidores do mercado internacional.

---

<sup>175</sup>Art. 1º Os rendimentos recebidos de fontes situadas no exterior, inclusive de órgãos do Governo brasileiro localizados fora do Brasil, e os ganhos de capital apurados na alienação de bens e direitos situados no exterior por pessoa física residente no Brasil, bem assim os rendimentos recebidos e os ganhos de capital apurados no País por pessoa física não-residente no Brasil estão sujeitos à tributação pelo imposto de renda, conforme o disposto nesta Instrução Normativa, sem prejuízo dos acordos, tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil ou da existência de reciprocidade de tratamento. § 1º Consideram-se recebidos os rendimentos e ganhos de capital no mês em que primeiro ocorrer o pagamento, crédito, emprego, entrega ou remessa ao beneficiário (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2002).

### 3. TRUST- CONCEITO E ORIGEM

O *Trust* encontra sua origem na Inglaterra, durante a idade média, e é um instrumento baseado nas regras do direito anglo-saxão<sup>176</sup>, originalmente destinado ao fim da organização patrimonial para a sucessão.

Durante o período da história em que ocorreram as cruzadas, os indivíduos que saíam às expedições deixavam suas propriedades sob os cuidados e titularidade de terceiros, para que, diante de eventual falecimento, seus herdeiros tivessem a garantia de recebimento daquilo que lhes pertenciam, sem que houvesse qualquer risco de interferência dos senhores feudais (NETO, 2016).

Desta forma, extrai-se que este instrumento, desde a sua origem, era baseado em relação de confiança, como o próprio nome diz.

Nesse sentido, Eduardo Salomão Neto (2016, p. 19) pontua que ao invés de nos apegarmos à definição da estrutura, é mais relevante que entendamos o funcionamento deste instituto, pois ele permite “a uma determinada pessoa ter gozo de um determinado bem sem figurar nominalmente como sua proprietária ou titular”.

Sobre o tema, o ilustre autor Melhim Namem Chalhub (2001, p. 19) define:

Com efeito, opera-se a constituição de um *trust* mediante entrega de certos bens a uma pessoa, para que deles faça uso conforme determinado encargo que lhe tenha sido cometido, repousando esse conceito na confiança depositada naquele que recebe os bens.

Aquele que entrega os bens e, por consequência, institui o *trust*, é denominado *settlor* (instituidor); o *settlor* transmite, efetivamente, a propriedade sobre os bens. Aquele que recebe os bens, e assume a obrigação de administrá-los, denomina-se *trustee* (aquele em quem se confia). Aquele em favor de quem o *trust* é instituído denomina-se *cestui qu trust* (aquele que confia).

Em outros termos, pode-se definir o *Trust* como uma estrutura que permite ao indivíduo titular dos bens (chamado de *Settlor*), dispor sobre a distribuição de seus ativos em vida e após o seu falecimento, mediante a transferência de seus bens a um terceiro que realizará a manutenção e administração dos mesmos (*Trustee*) de acordo com as vontades do *Settlor* previstas em contrato, em benefício daqueles que o *Settlor* indicará como

---

<sup>176</sup>Sistema jurídico inspirado nas raízes da cultura jurídica da Inglaterra, que é, em essência, um sistema jurisprudencial.

beneficiários, que podem ser seus herdeiros, terceiros ou, ainda, ele mesmo (FAGUNDES, 2012).

Assim, pode-se concluir que, para a formação do *Trust*, é necessária a manifestação de vontade da pessoa física titular dos bens e direito acerca da transferência da titularidade de seus ativos a um terceiro, que será pautado por um contrato extrajudicial e este administrará os bens transferidos em favor daqueles que forem elencados como beneficiários da estrutura.

### 3.1 ESTRUTURA

A começar pela figura que inicia a relação de confiança, chama-se *Settlor* o indivíduo que detém em seu nome os ativos que serão entregues ao terceiro que realizará a administração dos bens em seu favor. Desta forma, é necessária a comprovação de que os bens objeto do contrato estão sob sua titularidade e plenamente disponíveis, para se efetive a reestruturação.

Como mencionado no item anterior, é necessária a manifestação de vontade expressa do *Settlor* para que a estrutura seja formada. Nesta manifestação, devem constar as regras para a administração dos bens que serão transferidos, bem como aqueles que serão beneficiados pelos rendimentos que essa estrutura auferir, bem como, em caso de dissolução da estrutura, como será feita a distribuição dos bens que a ela foram conferidos.

Ou seja, ainda que se trate de uma estrutura estabelecida sob os pilares da confiança, o *Settlor* poderá dispor livremente no momento da constituição a forma como os ativos transferidos serão administrados e distribuídos, apontando direitos e obrigações, tanto ao terceiro que receberá os bens, como aos beneficiários da estrutura. Após este ato, o *Settlor* deixa de ser titular dos bens e estes passam a ser detidos diretamente pelo *Trustee* (SANTOS, 2009, p. 54).

Cabe ainda, ao *Settlor*, a prerrogativa de se eleger como entidade fiscalizadora do *Trust*, de modo a verificar periodicamente a administração realizada pelo *Trustee*, nomearse como beneficiário, excluir ou eleger novos beneficiários, ou ainda determinar a dissolução do *Trust*, desde que essas disposições se façam presentes no instrumento de constituição da estrutura.

Acerca do disposto acima, cabe mencionar que no caso de o *Settlor* figurar, também, como beneficiário da estrutura, a jurisprudência da *Common Law* admite o acesso de credores ao patrimônio do *Trust*, uma vez que ainda que a titularidade tenha sido transferida, este indivíduo poderá ter acesso aos bens no futuro, de forma que a estrutura perde seu objetivo (SANTOS, 2009, p. 54).

Passa-se à análise da figura do *Trustee*. Este passará a ser titular dos ativos que serão objeto da estrutura e exercerá as funções relativas à administração e manutenção dos bens, em conformidade com o exposto no instrumento de constituição, que exprime a vontade do *Settlor*.

Nas palavras do ilustre autor Melhim Namem Chalhub (2001, p. 43), o *Trustee* recebe o *legal title* dos bens e está obrigado a realizar a administração destes, de acordo com a manifestação de vontade do *Settlor*.

Quanto ao desempenho dessa atividade, o *Trustee* pode ser (i) o próprio *Settlor*, o que não confere à estrutura a totalidade de seus benefícios; (ii) outro indivíduo em sua pessoa física, que seja de confiança do *Settlor*; (iii) uma pessoa jurídica especializada na prestação de serviços de administração de *Trusts* (*Trustee* Profissional); ou, ainda (iv) uma *Private Trust Company* (PTC), que consiste basicamente em uma sociedade *offshore*, que não preste serviços de *Trustee* de forma profissional e que, geralmente, é de titularidade do próprio *Settlor*.

Entre as obrigações basilares do *Trustee*, Raquel Amaral dos Santos (2009, p. 56-57) destaca: (i) exercício da melhor administração em favor dos beneficiários; (ii) realização de investimentos seguros, mas que sejam benéficos ao patrimônio a ele confiado; (iii) segregação entre o patrimônio transferido e aqueles que são de titularidade do *Trustee*, para que os bens anteriormente pertencentes ao *Settlor* não sejam atingidos por eventuais dívidas do *Trustee*; (iv) prestação de contas ao *Settlor*; (v) distribuição de bens e eventuais rendimentos, nos termos do instrumento de constituição do *Trust*; (vi) diversificação de investimentos; (vii) imparcialidade no exercício da administração; e (viii) não transferir a terceiros a administração dos bens que a ele foram concedidos.

Por se tratar de questões obrigacionais, caso os bens transferidos sofram algum tipo de avaria ou sofram prejuízo financeiro, decorrente da má administração do *Trustee*, medidas legais poderão ser adotadas pelo *Settlor* frente a esta figura.

Entretanto, quanto aos investimentos, cabe ressaltar que é admissível o apontamento de um indivíduo como *Investment Manager*, caso seja da vontade do *Settlor* que os ativos financeiros sejam administrados por uma gestão especializada.

Além disso, por se tratar de um instrumento de origem na *Common Law*, é comum e plenamente legal o tratamento desigual de beneficiários, de acordo com a manifestação de vontade do *Settlor*. Ou seja, ainda que o instituidor possua herdeiros necessários, por exemplo, é cabível no exterior que este não participe das distribuições do *Trust* em caso de falecimento do patriarca.



Cabe, ainda, apontar que não é permitido ao *Trustee* destituir-se de suas funções ou realizar a revogação do *Trust*. Apenas o *Settlor* poderá praticar estes atos ou, mediante previsão expressa em contrato, um terceiro que tenha sido apontado como *Protector*.

Por fim, diante da morte do *Settlor*, o *Trust* se manterá ativo e as distribuições previstas por ele no ato constitutivo passarão a ser feitas rigorosamente segundo sua vontade, a não ser que tenha sido estipulada na formação da estrutura a sua dissolução da e consequente entrega dos bens aos beneficiários neste evento.

Quanto aos beneficiários, estes serão os indivíduos que receberão eventuais rendimentos provenientes da estrutura e possuirão o chamado *Equitable Title*, ou seja, terão a titularidade dos bens, mas sem efetivamente possuí-los (CHALHUB, 2001, p. 45).

Em regra, todos os *Trusts* precisam ter beneficiários específicos, com exceção daqueles que possuem destinação à caridade, em que é possível a determinação pelo *Settlor* da distribuição do montante a alguma instituição de caridade relevante ao tempo em que esta for ocorrer, de escolha do *Trustee*.

Além disso, cabe aos beneficiários a possibilidade de requerer ao *Trustee* prestação de contas e cumprimento de suas obrigações basilares. Ou seja, caso o beneficiário tenha conhecimento do *Truste* da sua condição, ele poderá exercer a função de fiscalização sobre a atividade do *Trustee* (CHALHUB, 2001, p. 46).

Além disso, com relação às distribuições aos beneficiários, essas podem ocorrer periodicamente, tanto em vida como após o falecimento do *Settlor*, ou mediante a dissolução do *Trust*, onde todos os ativos serão entregues aos beneficiários pelo *Trustee*, nas regras determinadas pelo *Settlor*. Mais uma vez, todas as regras relacionadas à distribuição de ativos serão estipuladas pelo *Settlor* no momento da constituição, de forma que este possa estabelecer eventos, condições e valores das respectivas distribuições.

Para finalizar os elementos constitutivos do *Trust*, será feita uma rápida passagem acerca do objeto que a ele será conferido.

É absolutamente necessário que os bens transferidos ao *Trust* sejam (i) de plena titularidade do *Settlor*, de forma que este possa livremente dispor sobre os ativos; e (ii) que estes tenham valor econômico ou financeiro e possam ser desvinculados à figura do *Settlor* (CHALHUB, 2001, p. 41). Ou seja, não é possível a transferência de objetos personalíssimos ao *Trust*.

Além disso, como mencionado anteriormente, eventuais dívidas contraídas pelo *Trustee* não deverão, em hipótese alguma, afetar os bens a ele conferidos em *Trust*, pois há segregação patrimonial entre os ativos.

### 3.2 TRIBUTAÇÃO

Como apontado nos capítulos anteriores, os *Trusts* podem ser constituídos para os mais diversos propósitos, de forma que os impactos tributários podem ser divergentes em cada um deles.

Desta forma, para que se possa realizar uma análise aprofundada acerca da tributação dessa estrutura e levando em consideração que o objeto deste trabalho é o estudo dos impactos tributários relacionados ao planejamento patrimonial, a análise será dividida em dois momentos: (i) na transferência dos bens ao *Trustee*, diante da constituição do *Trust*; e (ii) distribuição dos bens, diante da dissolução do *Trust* em virtude do falecimento do *Settlor*.

Considerando que não há atualmente previsão acerca deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina nacional discute a incidência de três impostos sobre as operações relacionadas ao *Trust*, sendo eles o IRPF, de competência Federal, Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD) de competência Estadual e Imposto sobre Transmissão *Inter Vivos* (ITBI), da alçada municipal.

No capítulo seguinte, portanto, analisa-se a incidência de cada um destes tributos, no momento da transferência dos bens ao *Trustee* pelo *Settlor*, considerando que este é residente fiscal no Brasil e que os bens transferidos estão aqui alocados.

#### 3.2.1 Impactos Tributários na Entrega dos Bens ao *Trustee*

A começar pelo Imposto de Renda, este somente incide diante da ocorrência de acréscimo patrimonial percebido pelo contribuinte durante o ano-calendário, nos termos do artigo 43 do CTN, conforme exposto no capítulo 1.1 deste trabalho:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior (BRASIL, 1966).

Assim, não há que se falar em incidência do IRPF, uma vez que no momento da constituição do *Trust*, o *Settlor* residente fiscal no Brasil deixa de ser titular da propriedade transferida, de forma que experimenta um decréscimo patrimonial. No mais, também não está sujeito ao imposto sobre a renda o *Trustee*, pois ele recebe apenas a titularidade dos bens e não a sua propriedade de fato.

Já para os beneficiários, na hipótese de o *Settlor* instituir distribuições periódicas a serem realizadas pelo *Trust*, enquanto estiver vivo, configura-se acréscimo patrimonial a estes indivíduos e os rendimentos por eles percebidos, oriundos do *Trust*, serão tributados pelo IRPF (FAGUNDES, 2012) pela tabela progressiva do ganho de capital.

Mas, caso não sejam realizadas distribuições periódicas, de forma que os beneficiários apenas receberão os ativos no evento do falecimento do *Settlor*, trata-se de uma transmissão sucessória e não está sujeita à incidência do IRPF, conforme artigo 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.713/88 (BRASIL, 1988).

Quanto ao ITBI, a Constituição Federal dispõe no artigo 156, inciso II que:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição (BRASIL, 1988);

Tomando como exemplo a legislação do município de São Paulo acerca do ITBI:

Art. 1º O Imposto sobre Transmissão "Inter Vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição – ITBI-IV tem como fato gerador:

I - a transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso: a) de bens imóveis, por natureza ou acessão física;

b) de direitos reais sobre bens imóveis, exceto os de garantia e as servidões; II - a cessão, por ato oneroso, de direitos relativos à aquisição de bens imóveis. Parágrafo único. O Imposto de que trata

este regulamento refere-se a atos e contratos relativos a imóveis situados no território do Município de São Paulo (SÃO PAULO, 2014).

Diante do exposto acima, ainda que haja a celebração de uma transmissão *inter vivos*, nos termos da legislação Federal e Municipal, a transferência dos bens do *Settlor* ao *Trustee* não configura hipótese de incidência do ITBI, pois (i) não se trata de transmissão onerosa; e (ii) o *Trustee* não adquire a plena propriedade dos bens recebidos, apenas a titularidade e deveres relativos à sua administração.

Por fim, sabe-se que o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação incide nas transmissões não onerosas de bens e direitos, realizadas a título de doação ou percebidas em virtude da sucessão.

Este é um tributo de competência estadual, nos termos do artigo 155, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Desta forma, toma-se por base, a legislação do Estado de São Paulo acerca deste tributo, expressa pela Lei nº 10.705/2000 (SÃO PAULO, 2000).

O artigo 2º do referido normativo dispõe que:

Artigo 2º - O imposto incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido:

I - por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória;

II – por doação.

§ 1º - Nas transmissões referidas neste artigo, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários ou donatários.

§ 2º - Compreende-se no inciso I deste artigo a transmissão de bem ou direito por qualquer título sucessório, inclusive o fideicomisso.

§ 3º - A legítima dos herdeiros, ainda que gravada, e a doação com encargo sujeitam-se ao imposto como se não o fossem.

§ 4º - No caso de aparecimento do ausente, fica assegurada a restituição do imposto recolhido pela sucessão provisória.

§ 5º - Estão compreendidos na incidência do imposto os bens que, na divisão de patrimônio comum, na partilha ou adjudicação, forem atribuídos a um dos cônjuges, a um dos conviventes, ou a qualquer

herdeiro, acima da respectiva meação ou quinhão (SÃO PAULO, 2000).

Ao analisar o texto legal, é possível compreender que toda transmissão de bens ou direitos, realizada a título não oneroso, é objeto de incidência do ITCMD, seja por doação ou por sucessão.

Entretanto, no caso da constituição do *Trust* e, conseqüente, transferência dos bens do *Settlor* ao *Trust*, estes ativos estão sendo transmitidos para serem administrados em favor de terceiros. Desta forma, assim como acontece com o ITBI, o *Trustee* não adquire plena propriedade dos ativos, portanto tal movimento não configura doação, nem se enquadra na hipótese de transmissão *causa mortis*. Por conseguinte, conclui-se que não há incidência do ITCMD no momento da constituição do *Trust* (SANTOS, 2009, p. 193-194).

Em suma, a análise dos diferentes tributos aplicáveis ao *Trust* revela que, em geral, a constituição de um *Trust* não gera incidência de IRPF, ITBI ou ITCMD. O *Settlor* experimenta um decréscimo patrimonial ao transferir a propriedade ao *Trustee*, que não adquire a plena propriedade dos bens, mas sim a titularidade e deveres relacionados à sua administração. Assim, a tributação de beneficiários ocorre apenas em casos específicos, como quando há distribuições periódicas realizadas pelo *Trust* durante a vida do *Settlor*, ou quando a transmissão de bens ocorre no momento do falecimento do *Settlor*.

### **3.2.2 Tributação da Distribuição aos Beneficiários**

Em conformidade com o que fora exposto nos capítulos anteriores, no evento da distribuição dos ativos do *Trust*, o beneficiário adquire acréscimo patrimonial, fato este que, isoladamente, é hipótese de incidência do imposto de renda nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966).

Entretanto, o artigo 6º, inciso XVI, da Lei nº 7.713/88 determina a isenção do IRPF sobre os valores percebidos a título de doação ou herança: "Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas: (...) XVI - o valor dos bens adquiridos por doação ou herança" (BRASIL, 1988).

Cabe mencionar, porém, que a Receita Federal do Brasil publicou a Solução de Consulta COSIT nº 41/2020, que determina a incidência do referido imposto sobre os bens adquiridos em virtude da distribuição de *Trusts* por beneficiários residentes fiscais no Brasil (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2020). Isso porque, no caso analisado pela RFB, foram realizadas múltiplas transferências aos beneficiários, o que caracterizou distribuição de rendimentos e não transmissão *causa mortis* ou doação.

Apesar de as soluções de consulta COSIT serem vinculantes<sup>177</sup>, este entendimento ainda é controverso e passível de questionamento, a depender da estrutura, finalidade e regras de distribuição adotadas pelo *Trust*.

Da mesma forma que ocorre com a transferência das propriedades ao *Trustee*, não cabe falar-se em ITBI na transferência dos ativos do *Trust* aos beneficiários, vez que este ato não é oneroso em nenhuma esfera. Assim, ainda que haja a celebração de negócio jurídico *inter vivos*, este não é oneroso, portanto não pode ser hipótese de incidência do ITBI.

Para finalizar a análise dos impactos tributários inerentes ao *Trust*, trata-se do ITCMD na transferência dos ativos do *Trust* aos beneficiários.

Apesar de, claramente, essa movimentação se enquadrar nas hipóteses de transmissões abrangidas pelo ITCMD, quais sejam, transmissões *causa mortis* ou doações, de bens e direitos, a título gratuito, recente decisão do Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento acerca da tributação dessas operações.

Isto pois, no julgamento do RE 851108 (BRASIL, 2022), foi analisada pela corte suprema a possibilidade de cobrança do ITCMD com base no art. 24, § 3º, da CF e no art. 34, § 3º, do ADCT, que confere aos Estados competência plena legisladora diante da inexistência de lei complementar que verse sobre o tema.

O ITCMD, apesar de ser um imposto de competência Estadual, nos casos em que os bens transmitidos ou o doador ou *de cujus* estão localizados no exterior, o artigo 155, parágrafo 1º, inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O STF, ao analisar o tema 825 de repercussão geral, decidiu que é inconstitucional a cobrança do ITCMD pelos Estados nas hipóteses elencadas no artigo supracitado, devendo lei complementar versar sobre o tema. Desta forma, a partir de maio de 2022, todas as transmissões que envolvem o exterior não poderão ser tributadas pelo ITCMD enquanto não houver edição de lei complementar.

Neste sentido, tem o Tribunal de Justiça de São Paulo decidido sobre o tema:

Apelação Cível - Mandado de segurança - ITCMD - Impetrante que recebeu através de "*trust*", a título de doação, a totalidade das ações de empresa localizada no exterior - Alegação de invalidade da Lei

---

<sup>177</sup>Art. 31. Para fins do disposto no art. 30, serão observados os atos normativos, as soluções de consulta e de divergência sobre a matéria consultada proferidas pela COSIT, bem como as soluções de consulta interna da COSIT e os demais atos e decisões aos quais a legislação atribua efeito vinculante (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2021).



Estadual nº 10.705/00 que instituiu o imposto - Cabimento - Hipótese em que a Constituição Federal condicionou a instituição da exação a lei complementar que ainda não foi editada - Inteligência do art. 155, § 1º, III, b, da Constituição Federal - Inconstitucionalidade do art. 4º, inciso II, alínea b, da Lei Estadual nº 10.705/00 declarada por este Tribunal na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004604-24.2011.8.26.0000 - Sentença de procedência mantida. Recursos não providos (SÃO PAULO, 2021).

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DOAÇÃO DE AÇÕES DE EMPRESA ESTRANGEIRA. ITCMD. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. Doação de ações de empresa estrangeira por "trust" estabelecido no exterior. Hipótese de tributação pelo ITCMD que depende da edição de lei complementar, nos termos do art. 155, § 1º, III, a, da Constituição Federal. Impossibilidade de cobrança do tributo pelo Estado de São Paulo, com base na Lei Estadual 10.7005/00. Inconstitucionalidade já declarada pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça (Arguição de Inconstitucionalidade n. 0004604-24.2011.8.26.0000). Aplicabilidade do Tema de Repercussão Geral nº 825, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Sentença de procedência mantida. Recurso de apelação e remessa necessária não providos (SÃO PAULO, 2022).

Assim, conclui-se que a transferência dos ativos decorrente da dissolução do *Trust*, em virtude do falecimento do *Settlor*, não deve ser tributada pelo ITCMD.

#### **4.FUNDOS DE INVESTIMENTO**

Por fim, passa-se rapidamente pelo conceito e tributação dos fundos de investimento, pois estes são menos utilizados nos planejamentos patrimoniais e, quando aplicados, geralmente detém destinação específica.

Pode-se chamar de fundos de investimento no exterior a combinação de recursos, que tem como finalidade a aplicação no mercado financeiro. Portanto, os bens transferidos aos fundos de investimento são, normalmente, valores pecuniários.

Diferentemente do exterior, os fundos de investimento brasileiros são sistematizados em forma de condomínio, nos termos da Instrução da Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") nº 555 de 2014 (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2014). Estas

estruturas devem ser administradas por pessoas jurídicas especializadas e estas devem obter a autorização da CVM para o exercício da sua função.

Já no exterior, os fundos de investimento assumem forma de sociedade e podem assumir diversos tipos societários como, por exemplo, sociedades de responsabilidade limitada, ou sociedades anônimas, a depender da jurisdição em que estão localizados.

Interessante pontuar que no exterior é muito comum que os fundos tenham subdivisões, tanto em classes de ações como em participação em outras sociedades e os investimentos realizados por eles são segregados e não se comunicam.

Por serem configurados na forma de sociedade no exterior, a tributação aplicada a eles no Brasil é similar à das sociedades *offshore*. Portanto, estão sujeitos à tributação apenas pelo imposto de renda serão tributados somente os valores relativos aos rendimentos que forem efetivamente devolvidos aos seus acionistas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este trabalho teve por objetivo a análise das estruturas societárias mais utilizadas no exterior, para fins de planejamento patrimonial de pessoas físicas no Brasil, de forma a apresentar seus conceitos, estruturas, principais questões relativas ao seu funcionamento e sua tributação aqui no Brasil.

A priori, foi realizado o estudo do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre a renda das pessoas físicas, para delimitar a incidência deste tributo tão relevante ao escopo do trabalho. Com isso, conclui-se que a tributação da renda ocorre sobre a aquisição de disponibilidade, decorrente de acréscimo patrimonial auferido pelos contribuintes, oriundos do trabalho, do capital, ou da combinação de ambos.

Analysaram-se também os benefícios genéricos da manutenção de investimentos no exterior e sua respectiva tributação no Brasil, a fim de estabelecer uma linha de raciocínio apropriada para a realização de uma análise mais aprofundada acerca das vantagens proporcionadas por cada uma das estruturas. Com isso, pôde-se observar que a legislação brasileira traz inúmeras possibilidades de tratamento tributário, a depender da categoria de investimento mantido no exterior.

A começar pelas sociedades *offshore*, constatou-se que o único imposto incidente sobre os rendimentos por elas obtidos é o IRPF, que será cobrado na forma de ganho de capital, sob alíquotas progressivas, quando da entrega dos valores auferidos aos sócios, mediante distribuição de lucros ou alienação.

Já a respeito do *Trust*, por esta se tratar de uma estrutura mais complexa, notou-se que seu desenvolvimento se pauta em uma relação de confiança, em que as vontades

do *Settlor* devem ser seguidas pelo administrador fiduciário, conforme o que for estipulado em seu instrumento constitutivo.

Quanto à tributação, verifica-se dois momentos cruciais para a análise, quais sejam (i) a transferência dos bens ao *Trustee*, e (ii) a distribuição dos bens aos beneficiários. No primeiro momento, não deve ocorrer tributação da renda, por não haver aquisição de disponibilidade, do ITBI por não se tratar de negócio jurídico oneroso, nem de ITCMD, por não ser uma transmissão *causa mortis*, nem doação. Já no segundo momento, há controvérsias quanto à incidência do IRPF por recente pronunciamento da Receita Federal do Brasil, a incidência do ITBI se mantém afastada e o ITCMD não poderá ser cobrado por ausência de Lei Complementar que verse sobre o tema, conforme decidido pelo STF no julgamento do tema de repercussão geral nº 825.

Por fim, quando aos fundos de investimento, estes se organizam no exterior de forma diferente aos existentes no Brasil, de forma que os rendimentos por eles produzidos são tributados de forma semelhante às sociedades offshore.

Conclui-se, portanto, que são inúmeras as possibilidades de planejamento patrimonial existentes hoje, ainda mais com a utilização de veículos no exterior, de forma que cabe a análise individual de cada caso para a determinação da maior vantagem tributária.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto n. 9.580, de 21 de novembro de 2018. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de novembro de 2018, ano 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm). Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 4.506, de 29 de novembro de 1964. Dispõe sobre o imposto que recai sobre as rendas e proventos de qualquer natureza. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 de novembro de 1964, ano 1964. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4506.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4506.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 5.172, de 24 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 de outubro de 1966, ano 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em: 5 set. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 7.713, de 21 de dezembro de 1988. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 de dezembro de 1988, ano 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7713.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm). Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.981, de 19 de janeiro de 1995. Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 de janeiro de 1995, ano 1995. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8981.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8981.htm). Acesso em: 22 out. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.250, de 25 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 de dezembro de 1995, ano 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9250.htm). Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória n. 2.158-35/2001, de 23 de agosto de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 de agosto de 2001, ano 2001. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2158-35.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2158-35.htm). Acesso em: 22 out. 2022.

BRASIL. Constituição Federal, de 04 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de outubro de 1988, ano 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3f9s7JG>. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema n. 0825. Julgamento em 24 de maio de 2022. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=825>. Acesso em: 22 out. 2022.

CHALHUB, Melhim Namen. **Trust**: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia. São Paulo: Renovar, 2001.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM 555**. 2014. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst555.html>. Acesso em: 10 out. 2022.

FAGUNDES, Samara Azevedo. **Trust**: Estudo do instituto e considerações à luz do ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo, f. 53, 2012 Trabalho de Conclusão de Curso (Faculdade de Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012.

KIGNEL, Luiz; PHEBO, Márcia Setti; LONGO, José Henrique. **Planejamento sucessório**: Aspectos Familiares, Societários e Tributários. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2014.

LE SENECHAL, Maria Eduarda Gessner. **Pandemia causa aumento na busca por Planejamento Sucessório**. Polleto & Possamai. 2022. Disponível em:

<https://poletto.adv.br/pandemia-causa-aumento-na-busca-por-planejamento-sucessorio/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

NETO, Eduardo Salomão. **O Trust e o direito brasileiro**. São Paulo: Trevisan Editora, 2016.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Instrução Normativa RFB nº 1037, de 04 de junho de 2010**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=16002>. Acesso em: 4 abr. 2022.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Instrução Normativa RFB nº 2058, de 09 de dezembro de 2021**. Brasília, 2021. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=122079#2312939>. Acesso em: 23 nov. 2022.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Instrução Normativa SRF nº 208, de 27 de setembro de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15079>. Acesso em: 12 abr. 2022.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Solução de Consulta COSIT nº 41/2020**. 2020. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=108304>. Acesso em: 11 set. 2022.

SANTOS, Raquel do Amaral de Oliveira. **Trust**: das origens à aceitação pelos países de direito romano-germânico. São Paulo, f. 220, 2009 Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

SCHOUERI, Luiz Eduardo. Regras de Residência Fiscal da Pessoa Física no Direito Comparado e no Direito brasileiro. **Revista Tributária das Américas**, v. 5, jan. 2012.

SÃO PAULO. Decreto n. 55.196, de 10 de junho de 2014. Aprova o Regulamento do Imposto sobre Transmissão "Inter Vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição – ITBI-IV. **Diário Oficial**, São Paulo, 11 de junho de 2014, ano 2014. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-55196-de-11-de-junho-de-2014/>. Acesso em: 4 abr. 2022.

SÃO PAULO. Lei n. 10.705, de 27 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos -

ITCMD. **Diário Oficial da União**, São Paulo, 28 de dezembro de 2000, ano 2000. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2000/lei-10705-28.12.2000.html>. Acesso em: 12 out. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí - Vara da Fazenda Pública. Apelação n. 1002522-94.2021.8.26.0309. Relator: Desembargador Marrey Unt. Julgamento em 09 de agosto de 2021. **Diário Oficial da União**, 09 de agosto de 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública. Apelação n. 1008358-40.2021.8.26.0053. Relator: Desembargadora Heloísa Martins Mimessi. Julgamento em 02 de setembro de 2022. **Diário Oficial da União**, 02 de setembro de 2022.

VALOR CONSULTING. **Ganho de capital em moeda estrangeira**. Valor. 2022. Disponível em: <https://www.valor.srv.br/artigo.php?id=383&titulo=ganho-de-capital-em-moeda-estrangeira-imposto-renda-pessoa-fisica-irpf>. Acesso em: 13 abr. 2023.



## **A SOCIOAFETIVIDADE NA FILIAÇÃO: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO AFETO**

**GIOVANNA NOLETO DAMASO MENEZES:**

Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

178

**NÍCOLAS MENEZES ROCHA**<sup>179</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O propósito deste trabalho é analisar as questões jurídicas que envolvem os filhos socioafetivos, considerando o modo como o ordenamento Jurídico trata os mesmos em comparação com os filhos biológicos, tendo como base a Constituição Federal de 1988 que conferiu aos filhos, sejam eles frutos ou não de uma união conjugal, igualdade de direitos, proibindo todas as formas de discriminação. Este estudo foi realizado tendo como objetivo geral, demonstrar os efeitos pessoais e materiais resultantes do reconhecimento da filiação socioafetiva, de acordo com a Constituição Federal de 1988. Utilizou-se a metodologia do trabalho jurídico, obtendo-se os dados por meio de pesquisa bibliográfica e documental, empregando-se o método dedutivo. Diante das pesquisas realizadas, constatou-se que, os grupos familiares não são formados somente pela consanguinidade, mas também pela afetividade, e que, quando reconhecida a filiação socioafetiva, o filho afetivo terá direito ao nome, à multiparentalidade, à convivência familiar, a ser chamado à ordem sucessória, e terá garantido o direito a irrevogabilidade da filiação socioafetiva. Assim, concluiu-se que, ao ser reconhecida a filiação socioafetiva, esta gerará efeitos no mundo jurídico, tornando-se necessária a criação de uma lei específica para proteger esse modelo filiação, que até o presente momento, necessita da interpretação do judiciário para ter seus direitos resguardados.

**Palavras-chave:** Filiação; Socioafetividade; Efeitos Jurídicos da Filiação.

**ABSTRACT:** The purpose of this work is to analyze the legal issues that involve socio-affective children, considering how the legal system treats them in comparison with biological children, based on the Federal Constitution of 1988 that conferred on children, whether they bear fruit or not. of a conjugal union, equality of rights, prohibiting all forms of discrimination. This study was carried out with the general objective of demonstrating the personal and material effects resulting from the recognition of socio-affective

<sup>178</sup> E-mail: giiih.damaso97@gamil.com

<sup>179</sup> Especialista. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: nicolasrocha@unest.edu.br

affiliation, in accordance with the Federal Constitution of 1988. The methodology of legal work was used, obtaining data through bibliographical research and documentary, using the deductive method. In view of the research carried out, it was found that family groups are not formed only by consanguinity, but also by affectivity, and that, when socio-affective affiliation is recognized, the affective child will have the right to a name, to multi-parenting, to family life, to be called to the order of succession, and will have guaranteed the right to irrevocability of socio-affective affiliation. Thus, it was concluded that, when socio-affective affiliation is recognized, it will have effects in the legal world, making it necessary to create a specific law to protect this model of affiliation, which, until the present moment, requires the interpretation of the judiciary to have your rights protected

**Keywords:** Filiation; Socioaffectivity; Juridical effects of filiation.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA; 3. PRINCÍPIOS ATINENTES À SOCIOAFETIVIDADE; 3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; 3.2 AFETIVIDADE; 3.3 PLURALISMO FAMILIAR; 3.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA DOS FILHOS; 4 DIREITOS EXISTENCIAIS DECORRENTES DA SOCIOAFETIVIDADE; 4.1 DIREITO AO NOME; 4.2 DIREITO À MULTIPARENTALIDADE; 4.3 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR; 5. DIREITO SUCESSÓRIO DECORRENTE DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA; 6. (IM)POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA; 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

Por muitos anos, a família brasileira foi dominada por costumes conservadores, que baseavam a formação das unidades familiares em um modelo patriarcal hierárquico. Porém, com a Constituição Federal de 1988, essa realidade mudou ao reconhecer outras unidades familiares, como as famílias socioafetivas.

Desde então, houve uma transição de uma família patriarcal hierárquica para uma família alicerçada no afeto, demonstrando como a afetividade evoluiu e ganhou destaque no estudo do direito de família, visto que a afetividade é um vínculo de interesse espontâneo entre pais e filhos.

O objetivo do presente trabalho é analisar as questões jurídicas ligadas aos filhos socioafetivos, considerando o modo como são delineados pelo Ordenamento Jurídico Pátrio em comparação aos filhos biológicos.

O tema desta pesquisa refere-se à filiação socioafetiva, baseada no afeto entre pais e filhos sem vínculo biológico, resultando, assim, no seguinte problema de pesquisa: "O ordenamento jurídico brasileiro já regula de forma suficiente os direitos dos filhos socioafetivos?".

É importante ressaltar que é responsabilidade do direito se adaptar constantemente às transformações da sociedade, o que evidencia a relevância do assunto proposto, que aborda a questão jurídica acerca dos direitos inerentes aos filhos socioafetivos. Essa discussão é necessária, visto que, a Constituição Federal de 1988 igualou os direitos dos filhos, sendo eles havidos dentro ou não do matrimônio, possuindo assim, iguais direitos.

Este estudo se norteou a partir de um objetivo geral, que foi o de demonstrar os efeitos pessoais e materiais resultantes do reconhecimento da filiação socioafetiva, de acordo com a Constituição Federal de 1988.

O trajeto percorrido para a elaboração desta pesquisa, ocorreu por meio de objetivos específicos, sendo eles: verificar como se deu a evolução e o reconhecimento da filiação socioafetiva no direito brasileiro, bem como descrever quais são os principais princípios atinentes a socioafetividade; demonstrar quais são os direitos decorrentes da filiação socioafetiva; verificar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o direito sucessório na filiação socioafetiva; verificar se após o reconhecimento judicial da paternidade/maternidade socioafetiva, há possibilidade de desconstituição.

Para atingir os objetivos, este estudo utilizará a metodologia do trabalho jurídico que é “voltada as instruções práticas para a formatação e a compreensão da engrenagem de técnicas de organização do trabalho jurídico científico” (BITTAR, 2015, p. 53). O método utilizado será o exploratório, conforme análise qualitativa, baseada na coleta de dados por meio de estudos bibliográficos, ou seja, entendimentos desenvolvidos por renomados doutrinadores na área do Direito Civil como Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Fávio Tartuce, entre outros, e através de pesquisas documentais, realizadas através das legislações e jurisprudências.

Na tentativa de explicar a temática proposta, dividiu-se o trabalho em cinco capítulos. Assim, o primeiro capítulo terá como foco discutir inicialmente temas mais amplos, a fim de compreender o conceito de filiação socioafetiva, sua evolução e seu reconhecimento no mundo jurídico.

No segundo capítulo, será feita uma análise dos princípios relacionados à filiação socioafetiva, com o intuito de formular o entendimento jurídico adequado ao assunto. Para que isso ocorra, esses princípios serão analisados tendo como base conceitos doutrinários relacionados ao assunto.

**Por sua vez, o terceiro capítulo analisará os direitos pessoais decorrentes do reconhecimento da socioafetividade, ressaltando que, independentemente do filho ser havido ou não do casamento, tem direito ao nome, ao reconhecimento do estado filiativo**

**e ao convívio familiar.** Este tópico também falará sobre o fato de que é possível solicitar a multiparentalidade por meio de registro judicial, ou seja, no caso em questão, o juiz pode determinar que seja incluído no registro de nascimento da criança o nome dos pais socioafetivos, juntamente como nome dos pais biológicos, **baseando-se** no princípio da proteção integral e da dignidade da pessoa humana.

Já o quarto capítulo, tratará dos direitos sucessórios dos filhos socioafetivos, levando em consideração entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto.

E por fim, o quinto e último capítulo, analisará os entendimentos jurisprudenciais referente à possibilidade ou impossibilidade em revogar a filiação socioafetiva.

Enfatiza-se que não é objetivo do presente trabalho esgotar os assuntos referentes à filiação socioafetiva, mas sim contribuir de forma significativa a respeito dos direitos inerentes aos filhos socioafetivos, visto que se trata de um tema de alta relevância para a seara jurídica, bem como por entender que esta temática é de suma importância para o campo do direito.

## 2 DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O vínculo de filiação é o laço de parentesco mais profundo, por constituir a forma primária de conexão do indivíduo com a sociedade. Os pais são os principais responsáveis pela formação moral, ética e psicológica de seus filhos, no seio de uma família, seja qual for sua forma de composição.

A filiação no ordenamento jurídico brasileiro passou por profundas modificações com o surgimento de novos arranjos familiares, o que levou a diversas alterações quanto à estrutura familiar. Diante disto, conceitos foram alterados, leis foram criadas e, no contexto de tantas modificações, a compreensão da sociedade sobre a filiação tomou uma nova forma.

Nesses novos arranjos familiares surgiu a possibilidade da filiação socioafetiva, que se dá a partir da posse do estado de filho, onde os pais socioafetivos transmitem a imagem de que são efetivamente os pais daquela criança. A respeito disso, Carvalho (2013, p. 326) explica que:

Na posse de estado de filho e posse de estado de pai existe uma aparência paterno-filial, uma reciprocidade afetiva entre pai e filho, que juridicamente não são parentes. O Direito não pode desprezar este fato, esta paternidade que se constrói na convivência e nos vínculos afetivos recíprocos, que se estabelece no ato de vontade e sedimenta-se no terreno da afetividade.

Dias (2015) assevera que, a filiação socioafetiva refere-se à relação de afeto que ocorre entre pai, mãe e filhos, independentemente da origem genética, e se desenvolve ao longo do tempo através de uma relação pautada em amor, carinho, atenção e respeito.

Corroborando, o Doutrinador Rolf Madaleno (2006, p. 138) explana que "a filiação socioafetiva é a real paternidade do afeto e da solidariedade: são gestos de amor que registram a colidência de interesses entre o filho registral e o seu pai de afeto".

Lôbo (2023, p. 39) explica que "a família é socioafetiva, em sentido geral, por ser grupo social considerado base da sociedade e unido na convivência afetiva."

No entanto, para caracterizar a filiação socioafetiva, não é suficiente que uma criança e um adulto vivam juntos, pois é preciso que ocorra o preenchimento de ao menos três requisitos, a saber: tratamento recíproco entre pai e filho e entre seus familiares; se apresentar perante terceiros como sendo filho; e o reconhecimento dessa relação de pai e filho pela sociedade. Nesse mesmo viés, leciona Carvalho (2013, p. 326):

[...] A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse do estado de filho, apresentando a doutrina três aspectos para sua configuração: a) *tratactus*, quando existe tratamento recíproco entre pai e filho e entre os parentes, sendo criado e educado como filho; b) *nominatio*, quando utiliza o nome dos pais e se apresenta como filho; e c) *reputatio*, quando é conhecido pela opinião pública, no meio onde vive, como filho de seus pais afetivos.

Em suma, quando as partes possuem uma relação recíproca de amor e convivência, transmitindo a outras pessoas a percepção de que são pai e filho, fica caracterizada a filiação socioafetiva.

De acordo com o Art. 1.609 é possível que ocorra o reconhecimento da filiação socioafetiva, da seguinte forma:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes (BRASIL, 2002).

Ressalta-se também que, a filiação socioafetiva gera todos os resultados decorrentes da paternidade ou maternidade, tais como: direito a guarda, a alimentos, ao nome e a herança, assim como as demais outras espécies de filiação.

É importante destacar que após o reconhecimento da filiação socioafetiva, não haverá a possibilidade de sua desconstituição pelo simples argumento de distanciamento entre as partes (BERLEZE, 2021).

Visto que apenas deverá prosperar a ação denegatória de paternidade/maternidade para desconstituir o registro caso fique comprovado erro, dolo (má fé) ou coação no ato do registro e, além disso, que não tenha sido formado o laço filial, tendo em mente a absoluta prioridade dos interesses dos pequenos (art. 227 da Constituição Federal) (BRASIL, 1988).

Infelizmente, a filiação socioafetiva, não possui de forma expressa respaldo na Lei. Todavia, o vigente Código Civil de 2002 em seu artigo 1.593 indica a possibilidade de constituir outras origens de parentesco além do natural e do civil que ocorre por meio de adoção. Abrindo-se, assim, espaço para a filiação socioafetiva. Vejamos: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem" (BRASIL, 2002).

Por fim, destaca-se que esse tipo de filiação vem sendo cada vez mais debatida pelos tribunais, devido ao crescente número de famílias socioafetivas. Pois, na maioria dos casos, o filho é criado por pai ou mãe não biológicos, surgindo, assim, uma ausência de tutela jurisdicional, ficando a par do judiciário decidir, nessas situações, como ficará a filiação da criança.

### **3 PRINCÍPIOS ATINENTES À SOCIOAFETIVIDADE**

Para suprir as omissões da lei, surgiram os princípios jurídicos. E devido a sua grande importância, perderam sua essência como mero complemento de lei, passando a ganhar força normativa.

Atualmente, os tribunais brasileiros estão utilizando cada vez mais princípios para fundamentar suas decisões. Todos esses princípios foram pautados na Constituição Federal de 1988, que estabeleceu diversos direitos fundamentais que devemos zelar.



Diante da importância dos princípios, o presente estudo abordará os que mais possuem relevância com a temática proposta, sendo os seguintes: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da afetividade, princípio do pluralismo familiar e princípio da igualdade e isonomia dos filhos.

### 3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu artigo 1, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental do Estado Brasileiro, elevando o ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, sendo, pois, o princípio maior.

Nas palavras da doutrinadora Maria Berenice Dias o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é “o princípio maior, o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade” (DIAS, 2016, p. 73).

O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio inaugurador do Estado Democrático de Direito, podendo ser identificado como manifestação primária dos valores constitucionais carregados de sentimentos e emoções. Nas palavras de Tartuce (2008, p.27), “a dignidade humana é algo que se vê nos olhos da pessoa e na sua fala, no modo como a mesma interage com o meio que a cerca”.

Certo é, que todo ser humano precisa e deve ter um amor próprio que é inerente a sua vivência no meio social em que vive e fora dele. O amor próprio conduz o ser humano ao respeito, à responsabilidade, à determinação e à arte de bem viver exercendo seus deveres e reivindicando seus direitos sem prejudicar a outrem (MORAES, 2002, p. 128).

Considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático, tal postulado é utilizado para interpretar e aplicar as normas jurídicas, pois o ser humano não pode jamais ser tratado como um simples objeto. Neste sentido, salienta Sarlet (2011, p. 62):

A dignidade é uma qualidade distintiva de cada ser humano fazendo-o merecedor de respeito e consideração por parte da comunidade e do Estado, garantindo em consequência um complexo de direitos e deveres fundamentais asseguradores da existência de vida compartilhada com os outros seres humanos bem como condições mínimas para essa existência e proteção contra qualquer ato degradante e desumano.

Segundo Vieira (2016, p. 01) “o Estado tem a função de promover meios para que a pessoa humana alcance os seus objetivos, estabelecendo mecanismos que a ajudem e não que a coíbam de atingir seus desígnios”, salvo quando a pessoa, por falta de capacidade técnica não consegue discernir aquilo que é benéfico ou prejudicial a si mesmo.

O princípio da dignidade da pessoa humana se aplica também ao direito de família. Nas palavras do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, “O Direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito” (GONÇALVES, 2018, p. 17).

A dignidade da pessoa humana se torna mais evidente no Direito de família, pelo fato de o indivíduo ter o direito de constituir família e de ocorrer na família a verificação do desenvolvimento do afeto, respeito, confiança, amor etc. (VIEIRA, 2016).

Portanto, dar tratamento privilegiado às filiações biológicas em detrimento das que surgiram do afeto é um tanto desprezível.

Compreende-se por meio deste princípio que sua busca incessante é pelo indivíduo, pela plena realização pessoal e, assim, por sua plena felicidade. Porém, para que a dignidade humana exista, deve haver meios adequados para exercê-la. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015).

Nota-se que, a partir do momento em que uma criança ou jovem se vê amparado e possui uma família que lhe promove condições dignas de vida, que lhe oferece amor, carinho, cuidado, respeito, educação, proteção, fica evidente que seus desejos foram realizados e o princípio da dignidade da pessoa humana foi cumprido, independentemente do vínculo genético ou não (SANTOS, 2011).

### 3.2 AFETIVIDADE

O princípio da afetividade é um princípio que tem como fundamento a estabilidade das relações socioafetivas. Referido princípio obteve grande incentivo dos valores firmados na Constituição Federal de 1988 e decorreu do desenvolvimento da família brasileira nas últimas décadas do século XX, refletindo de forma significativa na doutrina jurídica e na jurisprudência (LÔBO, 2023).

Pode-se afirmar que o princípio da afetividade representa um dos mais importantes avanços do direito, pois possibilitou a ampliação do conceito de família, que hoje se estende muito além dos laços consanguíneos, trazendo consigo uma diversidade de formas familiares.

De acordo com o doutrinador Lôbo (2023, p.168) “O princípio da afetividade entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges,

companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família”.

Nesse sentido Mal e Maluf (2021, p.113) alude que:

o princípio da afetividade permeia as relações familiares, pois encontra-se diretamente jungido ao princípio da dignidade da pessoa humana. É o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida.

Nesse contexto, se faz válido ressaltar que o afeto não deve ser confundido com a afetividade. O motivo para isso é que o afeto tem uma dimensão psicológica, e, portanto, um caráter metajurídico. Desta forma, não é passível de regulação pelo ordenamento jurídico, podendo ser protegido apenas no âmbito moral. Já a afetividade caracteriza-se pela demonstração do afeto, ou seja, é uma ação objetiva que resulta através da convivência entre pessoas (CARVALHO, 2017).

Corroborando com esse entendimento, Lôbo (2023, p.170) explana que:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

A jurisprudência está se posicionando no sentido de que a presença da afetividade é a condição mais importante para a constituição de uma família. Entretanto, não é qualquer emoção que pode ser utilizada como um fator identificador de família, é preciso o atendimento de outros requisitos, incluindo solidariedade, responsabilidade, colaboração e convívio (BERLEZE, 2021).

Segundo os ensinamentos de Rolf Madaleno:

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto (MADALENO, 2018, p. 145).

Assim, podemos concluir que a afetividade é um princípio repleto de princípios básicos. Vem da responsabilidade de cuidar e conviver e pode ser encontrada tanto nas

relações amorosas quanto nas relações entre pais e filhos. E “não necessariamente os filhos precisam ser biológicos, uma vez que através da afetividade se fez possível a filiação socioafetiva, afinal, como já diz o ditado “pai é aquele que cria” (BERLEZE, 2021, p.19).

### 3.3 PLURALISMO FAMILIAR

Com a entrada em vigor da constituição federal de 1988, nasceu o princípio do pluralismo familiar, que em sua cláusula geral abrange todas as formas de família efetivamente existentes na sociedade. Referido princípio encontra respaldo no artigo 226 da constituição: “ a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”

Gomes (2009, p. 44) explica que “o pluralismo de entidades familiares expõe o aspecto democrático na concepção da família, formada sob os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana”.

Semelhantemente, Viegas (2017, p. 84) destaca uma mudança no conceito de família, vista sob uma ótica meramente patrimonial e voltada para fins reprodutivos, transmutando-se para um modelo constitucional e democrático, revestido de uma estrutura plural e fundamentada em princípios que consolidam a dignidade humana e a solidariedade.

Diante disso, eliminou-se a perspectiva exclusivista do modelo de família, possibilitando, assim, a liberdade de constituir-se família da forma almejada, assegurando os direitos e garantias individuais, incluindo-se os modelos de famílias socioafetivas e plurais.

Todavia, essas transformações só foram possíveis com promulgação da Constituição Federal de 1988, onde ocorreu uma grande transformação no Direito de Família, pois houve a inserção da expressão entidade familiar no texto constitucional. Essa mudança, segundo informa Augusto e Silva (2016, p. 5), é “legitimada não só pelo casamento, mas também por vínculos afetivos, bem como a união estável entre homem e mulher, e as relações entre um dos ascendentes com a sua prole, sendo estas chamadas de famílias monoparentais”. Como se vê há uma ampliação nos fatores de análise do conceito de família. Assim, dispõe o artigo 226, da Carta Magna:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

Nota-se, que o texto constitucional expressa somente três modalidades de entidades familiares, no entanto, segundo Machado (2012, p. 39), o rol exposto nos parágrafos do artigo 226 da Carta Magna “não é taxativo, abrindo-se, assim, um leque de possibilidades para se constituir novos arranjos familiares”.

Assim, em virtude da variedade de formas de família, é imprescindível uma análise não impositiva da constituição familiar, devendo essas entidades serem identificadas com base no afeto transmitido entre si e na vontade de formar família (BERLEZE, 2021).

Diante disto, a família deve ser o cerne do indivíduo para que ele obtenha sua felicidade e seu crescimento pessoal, que deve ocorrer naturalmente. Nessa perspectiva, chega-se à conclusão de que a organização da família tem um rol exemplificativo não se limitando aos modelos predeterminados.

### 3.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA DOS FILHOS

A igualdade entre os filhos nem sempre foi vista como nos dias atuais. Isso porque o antigo modelo familiar era extremamente conservador e seu principal interesse era proteger o núcleo familiar, sempre privilegiando o casamento em desfavor dos filhos havidos fora do casamento. De acordo com o artigo 358 do Código Civil de 1916, os filhos

advindos de relações extraconjugais não poderiam ser reconhecidos nem mesmos pelos seus pais (BERLEZE, 2021).

Somente com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 que o princípio da igualdade entre os filhos foi reconhecido, encontrando previsão legal no artigo 227, § 6º, com a seguinte redação: "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" (BRASIL, 1988). Diante disto, a igualdade entre os filhos tornou-se absoluta e todos os tipos de diferenças e discriminações foram estritamente proibidos.

Nesse contexto, caiu por terra o conceito de filiação legítima ou ilegítima, pois hoje em dia todos são qualificados exclusivamente como filhos, sejam eles biológicos, adotivos ou afetivos, sendo detentores de iguais direitos. De acordo com Gama (2008), uma vez existente o vínculo jurídico de filiação, todos os irmãos são possuidores de iguais direitos, sendo absolutamente proibida qualquer tipo de distinção entre eles.

Nesse contexto, o doutrinador Paulo Lôbo explana a respeito do princípio da igualdade de filiação, vejamos:

É o ponto culminante da longa e penosa evolução por que passou a filiação, durante o século XX, na progressiva redução de odiosas desigualdades e discriminações, ou do quantum despótico na família. É o fim do vergonhoso apartheid legal, que impedia ou restringia direitos de pessoas que eram punidas pelo fato do nascimento (LÔBO, 2020, p.224).

Diante disto, pode-se concluir que o princípio da igualdade entre os filhos, veda toda forma de diferenciação entre filiação biológica ou não, pois ambas são constituídas através do afeto, fator que se torna deveras importante no reconhecimento familiar.

#### **4 DIREITOS EXISTENCIAIS DECORRENTES DA SOCIOAFETIVIDADE**

Neste capítulo, discute-se alguns dos direitos conferidos aos filhos que repercutem no reconhecimento da filiação socioafetiva, visto que o ato de reconhecer a socioafetividade provocará efeito *erga omnes*. E os direitos e obrigações gerados serão equivalentes aos da filiação biológica.

##### **4.1 DIREITO AO NOME**

Como nenhuma discriminação é permitida, é certo que os filhos têm direito ao sobrenome dos pais, independentemente de serem filhos biológicos ou não. Isto porque o nome é um dos importantes direitos da personalidade e pode ser compreendido não



apenas como uma forma de reconhecimento social, mas também como a personalidade da pessoa natural.

Almeida (2015, p.62) explica que “o Código Civil elencou o direito ao nome como um dos direitos da personalidade do indivíduo, que o identifica perante a sociedade e, em razão de seu caráter personalíssimo, é inalienável, imprescritível, inalienável e absoluto”.

Convém trazer o entendimento de Nery (2014, não paginado) que cita o seguinte:

A pessoa ostenta como terceiro atributo de sua individualidade o nome. Todos têm direito à identidade pessoal e o direito ao nome produz efeitos erga omnes. Por meio do nome, a pessoa é identificada como sujeito capaz de adquirir direitos e de cumprir obrigações, bem como é também identificada pela Administração Pública como súdito do Estado, sujeita aos direitos e deveres que suas relações de cidadão, a um só tempo, lhe garantem e lhe impõem.

Diante disto, nada mais digno que o filho socioafetivo detenha o direito de utilizar o sobrenome da família que o acolheu, sendo vedada, pelo princípio da isonomia, qualquer indicação da natureza da filiação, seja biológica, adotiva ou socioafetiva.

O escritor Lôbo (2023, p. 648) explica que “os direitos e os deveres jurídicos do filho com múltiplas parentalidades são iguais em face dos pais socioafetivos e biológicos” e ainda complementa que os filhos socioafetivos tem direito “ao nome, permitindo-se acréscimo do sobrenome do outro pai ou da outra mãe”, ou seja, é permitido a inclusão do sobrenome do pai ou da mãe afetivo, não se fazendo necessário, excluir o sobrenome dos pais biológicos do registro.

Nesse sentido, Dias (2020, p. 238) explica que:

Reconhecida registralmente a multiparentalidade não há impedimento legal de o nome do filho ser composto pelo nome de família de todos os genitores. A lei dos Registros Públicos não impede (LRP 54). Como não há exigência de que alguém ostente os apelidos de família de todos os genitores, a contrário senso também não há impossibilidade de que se ostente o nome de todos os genitores, mesmo que sejam eles mais de dois.

Diante do exposto, nota-se que, ao ser reconhecida a filiação afetiva, existe o direito de modificar a certidão de nascimento, inserindo o nome do pai ou da mãe socioafetiva.

#### 4.2 DIREITO À MULTIPARENTALIDADE

A liberdade de constituição familiar, marcada pela dissolução e reconstituição de casamentos e uniões estáveis, gerou o fenômeno social, amplamente conhecido nestes tempos, chamado de famílias mosaicas, ou famílias recompostas, que ocorrem quando indivíduos se casam ou se unem mais uma vez, levando filhos das relações anteriores para o novo lar.

No entanto, esses modelos de família nem sempre foram aceitos, visto que os pilares do direito de família brasileiro eram formados por um modelo binário de parentalidade. Todavia, esse modelo binário foi rompido a partir da possível tutela da multiparentalidade (LÔBO, 2023).

Nesse contexto, nota-se uma flexibilização nos modelos parentais e no emprego do poder familiar, o que sugere a superação de mais um paradigma no Direito de Família. A biparentalidade cede lugar à multiparentalidade, situação propulsionada pelo estabelecimento de parentesco pela socioafetividade.

Se faz válido mencionar um caso que ocorreu há alguns anos, quando um cidadão ajuizou um processo inusitado, em São Paulo, pedindo que o judiciário inserisse em seu registro de nascimento o nome de suas duas mães, mantendo o nome de seu pai. No processo, ele contou sua motivação, relatando que sua mãe biológica havia falecido ao dar à luz e, por isso, fora criado por outra mulher, a qual chamou de mãe durante toda sua vida, por isso, desejava, na ação, fazer constar em seu registro o nome das duas mães. A situação inaugurou a multiparentalidade no Judiciário.

Em resolução ao caso, o TJ-SP preservou a mãe biológica, respeitando sua memória, e inseriu no registro do cidadão a mãe socioafetiva, reconhecendo a multiparentalidade:

**EMENTA:** MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família – Enteadado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes – A

formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido (BRASIL, 2012, p.2).

Diante disso percebe-se que a multiparentalidade é uma tendência de um novo modelo de organização familiar, já que a atual sociedade e ordenamento jurídico brasileiro não têm se restringido a apenas um único modelo de grupo familiar, que seria o formado pelo casamento de um homem com uma mulher.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a multiparentalidade, em sede de repercussão geral, abordando a questão sob o Tema n. 622. Em setembro de 2016, o plenário, por maioria de votos, fixou a tese de repercussão geral com a seguinte redação: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios” (BRASIL, 2016).

Ao justificar seu voto, o relator Ministro Luiz Fux dispôs o seguinte:

O sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional. O espectro legal deve acolher, nesse prisma, tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, por imposição do princípio da paternidade responsável, enunciado expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição. (BRASIL, 2016, p. 22).

Diante disto, com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a multiparentalidade, considerando a afetividade como um valor jurídico e um princípio da ordem civil-constitucional brasileira. Com isso, a socioafetividade cria laços de parentesco civil, na forma do artigo 1.593 do Código Civil, em situação de igualdade com o parentesco biológico. Esse vínculo, conforme se extrai do julgado citado, é válido para todas as finalidades, inclusive para questões alimentares e sucessórias.

Sendo assim, a multiparentalidade constitui-se no reconhecimento de mais de uma relação filial entre pais e filhos, possibilitando a existência de dois pais ou de duas mães para uma mesma pessoa, ocorrendo uma formação múltipla de laços parentais, sem que o posterior anule o anterior.

De acordo com Marque e Santana (2018, p.21):

Pode-se compreender por famílias multiparentais aquelas que são formadas por pessoas que dissolveram relação marital ou de convivência e constituíram nova família, trazendo consigo filhos da relação anterior. Sendo notório nas relações em que a madrasta ou padrasto que ama e cuida do enteado como sendo seu filho, e a criança o ama como pai ou mãe, sem desconsiderar seus pais de origem genética.

A Legislação civil estabelece três possibilidades legais para a filiação: "a filiação oriunda da adoção, a filiação oriunda de inseminação artificial heteróloga e a posse de estado de filiação. Apenas em relação a esta última pode haver concorrência com a multiparentalidade." (LÔBO, 2023, p. 640).

O princípio do instituto da multiparentalidade está alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana, que está plenamente relacionado com os sentimentos das pessoas. Tem também como base o princípio da afetividade, que por muito tempo foi erroneamente menosprezado quando confrontado com o fator consanguíneo. E também se baseia no princípio da igualdade e isonomia dos filhos (GONÇALVES, 2017).

Conclui-se que, visando assegurar o desenvolvimento das crianças e a preservação dos laços familiares, os princípios relacionados acima dão suporte para a existência do instituto da multiparentalidade, já que a família é de suma importância para a formação e desenvolvimento dos mesmos.

#### 4.3 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O status familiar é uma característica da personalidade, que busca determinar a posição de cada pessoa na família, além de predeterminar seus efeitos legais e regular direitos e obrigações mútuas. Tanto é assim, que a lei Civil regula as relações de família e seus efeitos gerados, seja pelo vínculo sanguíneo, civil, ou ainda afetivo (MARQUE; SANTANA, 2018).

O direito à convivência familiar é um dos direitos fundamentais e é de extrema importância para o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes.

De acordo com Lôbo (2023, p. 176) a convivência familiar pode ser compreendida como:

A relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a

moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

Nesse mesmo sentido, Ishida (2011, p. 33), explica que o “Direito à convivência familiar pode ser conceituado como o direito fundamental da criança e adolescente a viver junto à sua família natural ou subsidiariamente à sua família extensa”.

Sanches e Veronese (2017, p. 143), afirmam que “a família é compreendida como estrutura ideal para o crescimento e a socialização das crianças e dos adolescentes, possibilitando a construção de afeto, a capacidade de relacionar-se e a formação como sujeito”.

Sendo assim, o direito à convivência familiar é um direito essencial e apresenta a ideia de que a criança deve viver com sua família em um ambiente de afeto e cuidado mútuo.

O direito à convivência familiar encontra respaldo no art. 227 da Constituição Federal de 1988, e também está contido no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros princípios previstos em legislação infraconstitucionais. Sendo obrigatório aos pais, à sociedade e ao Estado o dever de cumprimento desse direito fundamental. A esse respeito, vejamos o que diz Sanches e Veronese, (2017, p. 144):

[...] a garantia do direito à convivência familiar e comunitária não está adstrita a um modelo hegemônico, mas ao contrário, evidenciando que suas funções de socialização e proteção podem ser exercidas nos mais diversos arranjos familiares e contextos socioculturais, a proteção outorgada pela Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente exigem que todos os esforços e ações sejam empreendidos pela sociedade e pelo Estado para garantir a preservação dos vínculos familiares.

Assim, percebe-se que é dever da família criar um alicerce seguro para o desenvolvimento saudável das crianças e dos adolescentes. Todavia, quando isso não acontece, é necessário que o Estado e a sociedade trabalhem juntos para efetivar esse direito, com o objetivo de implementar políticas públicas que garantam “apoio e promoção social da família de origem, devendo dar prioridade à manutenção ou à reintegração dos filhos à sua família natural ou extensa” (SCHUTZ, 2020, p. 18).

## 5 DIREITO SUCESSÓRIO DECORRENTE DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Neste ponto, cabe destacar algumas considerações a respeito dos efeitos sucessórios decorrentes do reconhecimento da filiação socioafetiva, seja ela reconhecida judicialmente ou de forma voluntária através do registro em cartório.

O direito à herança constitui direito fundamental, previsto no artigo 5º, incisos XXX e XXI, da Constituição Federal. E assim como todos os demais institutos jurídicos, a herança, necessariamente, se submete a valores constitucionais.

No mesmo sentido, Carnacchioni (2022) afirma que, na atualidade, tal direito deve ser interpretado a partir de uma perspectiva constitucional, com a submissão das regras e princípios estabelecidos na legislação civil aos valores sociais constitucionais, como dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial, autonomia privada, função social e boa-fé objetiva das relações sucessórias.

Vale destacar, que o pressuposto fático do direito à herança é a morte, real ou presumida. Portanto, o direito das sucessões disciplina as relações jurídicas decorrentes do falecimento da pessoa (sucessão *causa mortis*).

De acordo com Oliveira e Santana (2017, p. 19):

Entende-se por sucessão, em sentido amplo, o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra; investindo-se a qualquer título, no todo ou em parte, nos direitos que lhe competiam. Já em sentido restrito, sucessão é tão somente a transferência da herança ou legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, tanto por força de lei como em virtude de testamento.

De acordo com o artigo 1.786 do Código Civil, "A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade" (BRASIL, 2002). Ou seja, mediante regras legais ou, pela via testamentária.

Nos casos em que o pai tiver filhos biológicos e afetivos, o valor da herança destinada aos filhos deverá ser partilhado de forma igualitária, respeitando o princípio da igualdade entre os filhos.

Esta igualdade é prevista tanto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, como no artigo 1.596 do Código Civil, de forma idêntica, *in verbis*: "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" (BRASIL, 1988).



Assim, quando reconhecida a filiação socioafetiva, seus efeitos devem ser os mesmos decorrentes da filiação biológica. Com isso, o filho afetivo adquire o direito à herança de seu pai ou de sua mãe. Nesse sentido, Oliveira e Melo (2019, p. 318) expõe que:

Reconhecida a filiação socioafetiva, o filho sucede em igualdade de condições com os filhos sanguíneos do de cujus. Entre as hipóteses de filiação socioafetivas, aquela que tem merecido reconhecimento de gerar direitos sucessórios é a da denominada adoção a brasileira [...].

Sendo assim, a filiação socioafetiva, quando confirmada, produzirá efeitos jurídicos, porque esse ato tem efeito *erga omnes*, transcendendo os efeitos entre as partes. Além disso, tem efeito *ex tunc*, voltando a data do nascimento, ou até mesmo a da concepção (MARQUE; SANTANA, 2018).

Por derradeiro, impende registrar a problemática dos efeitos sucessórios do reconhecimento da multiparentalidade. Em regra, as linhas sucessórias são estabelecidas de acordo com os genitores. Com efeito, a multiplicidade de genitores implicará na multiplicidade de heranças. Essa situação ainda não encontra tutela no ordenamento jurídico pátrio, concebido sob o paradigma da biparentalidade.

Em relação aos efeitos jurídicos da multiparentalidade, na VIII Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado no sentido de que o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes com os quais passará a ter vínculo de filiação. De acordo com o Enunciado 632: “Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos” (DANTAS; FRAZÃO E CORREIA, 2018, p.10).

Além disso, o Enunciado nº 33 editado em 2019 pelo Instituto Brasileiro do Direito de Família preceitua que:

O reconhecimento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade gera efeitos jurídicos sucessórios, sendo certo que o filho faz jus às heranças, assim como os genitores, de forma recíproca, bem como dos respectivos ascendentes e parentes, tanto por direito próprio como por representação (IBDFAM, 2019, não paginado)

Nesse sentido, Lôbo (2023, p. 652) explana que:

O filho será herdeiro necessário tanto do pai socioafetivo, como do pai biológico, em igualdade de direitos em relação aos demais

herdeiros necessários de cada um; terá duplo direito à herança, levando-o a situação vantajosa em relação aos respectivos irmãos socioafetivos, de um lado, e irmãos biológicos, do outro, mas essa não é razão impeditiva da aquisição do direito.

Percebe-se, com base nesses entendimentos, que o filho afetivo, que também tem vínculo biológico com outros pais, pode ter mais vantagens patrimoniais em relação ao que só tem a paternidade sanguínea. Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a possibilidade do recebimento de herança advinda tanto do pai biológico como do socioafetivo, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, § 6º, DA CF/1988. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. [...] 4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido (BRASIL, 2017).

Portanto, cabe observar que o princípio da igualdade de filhos, previsto no art. 227 § 6º da Constituição Federal e repetido no art. 1.596 do Código Civil, veda qualquer interpretação que não seja a aceitação da dupla herança, nas situações de pais múltiplos.

Outro ponto que gera bastante repercussão no direito sucessório é a questão do reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem*.

Nesse sentido, Issa (2020, p. 46) explica que:

A jurisprudência autoriza o reconhecimento de filiação socioafetiva *post mortem*, com todos os direitos sucessórios advindos desse vínculo. Para tanto, podem ser utilizados quaisquer meios de prova em Direito admitidos, tudo com o intuito de comprovar a afetividade e o estado de posse de filho quando o *de cuius* era vivo.

Os diversos meios de prova que podem ser utilizados para o reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem* foram apontados em recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Vejamos:

APELAÇÃO AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA INCONFORMISMO DA AUTORA ACOLHIMENTO Segundo a jurisprudência do STJ, as regras que comprovam a filiação socioafetiva são: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição O histórico escolar revelando as diversas cidades onde a autora estudou, os boletins escolares assinados pelo de cujus, as fotografias que retratam a autora desde sua infância até a fase adulta ao lado do falecido, especialmente a que aparece o de cujus levando a autora ao altar em seu casamento, bem como, o depoimento das testemunhas, comprovam o tratamento da autora como se filha fosse e o conhecimento público dessa condição Aplicação analógica da adoção póstuma, a qual pode ser admitida mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal para tanto Existente o afeto entre pai e filha manifestado em uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica - Precedentes da Corte Superior Sentença reformada DERAM PROVIMENTO AO RECURSO (BRASIL, 2020).

Além disso, é importante ressaltar que, conforme dispõe o artigo 1.857 do Código Civil, o estado de filiação pode ser reconhecido via testamento. Admitindo, assim, que o testador possa identificar o filho socioafetivo por disposição de última vontade, e este terá direito à sucessão legítima (MARQUE; SANTANA, 2018).

Assim, tendo em conta a proteção integral da criança ou do adolescente e o princípio da dignidade da pessoa humana, o legislador garantiu-lhes, entre outras coisas, o direito à herança.

## 6 (IM)POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O reconhecimento de filho é um ato jurídico em sentido estrito, de modo que seus efeitos decorrem da lei. De acordo com os artigos 1.609 e 1.610, ambos do Código Civil, o ato jurídico de reconhecimento de filhos é irrevogável, mesmo que seja declarada em testamento. Vejamos o teor dos referidos artigos:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável [...].

Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento (BRASIL, 2002).

Lôbo (2023, p.697) trata sobre a irrevogabilidade do reconhecimento do filho, vejamos:

A irrevogabilidade é corolário do reconhecimento do filho, havido fora do casamento. O reconhecimento, depois de realizado, passa a integrar o âmbito de tutela jurídica do perfilhado, convertendo-se em inviolável direito subjetivo deste. O reconhecimento certifica o estado de filiação e, como tal, é indisponível. Extingue-se com sua exteriorização. O interesse protegido é o do perfilhado, sendo inadmissível o arrependimento posterior de quem reconhece.

Embora a filiação socioafetiva não esteja expressa em lei, é considerada como um tipo de filiação, pelo que se conclui que também é irrevogável, tal como a filiação biológica comumente mencionada pelo legislador.

Diante disto, de acordo com Nogueira (2017, p. 61) a revogação da filiação socioafetiva geraria diversos danos, quais sejam: “patrimoniais, pois atingiria o direito a alimentos e herança do filho, também seriam de personalidade, pessoais e psicológicos, pois gerariam um drástico rompimento afetivo, construído ao longo do tempo e da convivência familiar”.

Uma das justificativas que impedem a revogação da filiação afetiva é o fato de o filho não ser descartável. E que ser pai e mãe é uma função social que se baseia na afetividade e não é aceitável que um pai simplesmente abandone esse sentimento só porque não quer mais assumir a paternidade do filho e seus efeitos jurídicos (MONTEIRO; SILVA, 2009).

Nesse sentido, foi aprovado na IV Jornada de Direito Civil, o Enunciado 339 contendo o seguinte teor: “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho” (CFJ, 2016).

Vale destacar também o Provimento n. 63/2017 do CNJ, que trabalha a questão da socioafetividade e o reconhecimento voluntário do filho. Esse provimento, ocorreu em novembro de 2017, e estabelece a possibilidade de reconhecimento voluntário tanto da paternidade quanto da maternidade, sendo irrevogável, contudo, podendo ser desconstituído judicialmente nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação, por exemplo (CNJ, 2017).

A vedação da anulação do reconhecimento consciente e espontâneo por parte do pai é defendida pela doutrinadora Maria Berenice, uma vez que isso retiraria da criança os

laços que foram construídos e que constroem sua personalidade e identidade, pela simples vontade e interesses puramente econômicos do pai (DIAS, 2016).

Vale ressaltar que apesar de vigorar a irrevogabilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva, há exceções quando houver algum tipo de vício de consentimento, como por exemplo, o erro, o dolo, a coação, a simulação ou a fraude (WELTER, 2003).

A revogação da filiação é permitida legalmente pelo art. 1604 do Código Civil que cita o seguinte: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro” (BRASIL, 2002).

Tal disposição baseia-se também na teoria dos fatos jurídicos, que admite a anulação das ações e negócios jurídicos eivadas de vícios jurídicos, quando for viável a renúncia ao registro socioafetivo, pois o reconhecimento da filiação socioafetiva é considerado um ato jurídico (NOGUEIRA, 2017).

Observa-se, pois, que é possível a revogação da filiação socioafetiva de forma excepcionalíssima. Todavia, para que isso ocorra, o interesse da criança deve vir em primeiro lugar, devendo o juiz decidir o que for melhor para a criança.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo, norteou-se a partir de um objetivo geral, que foi o de demonstrar os efeitos pessoais e materiais resultantes do reconhecimento da filiação socioafetiva, de acordo com a Constituição Federal de 1988.

A realização deste estudo foi norteada por objetivos específicos que definiram um percurso metodológico adequado para investigar aspectos específicos e estratégicos do estudo. Para tanto, foram destacados os princípios orientadores do direito de família, a multiparentalidade e os direitos sucessórios decorrentes do reconhecimento da filiação socioafetiva.

É verdade que o cerne da família já se limitou às relações consanguíneas, onde somente eram considerados filhos aqueles de vínculo biológico com seus pais.

Todavia, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 surgiram várias inovações que mudaram significativamente o Direito de família deixando de lado o velho modelo padronizado de família formado somente pela linhagem biológica, dando espaço a outros modelos como as famílias socioafetivas. Além disso, trouxe princípios que são essenciais para essa área do direito, como por exemplo os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Neste cenário, a afetividade se apresenta como fonte orientadora para as famílias contemporâneas, em que laços de carinho, afeto e solidariedade são mais importantes do que as relações puramente biológicas.

A paternidade e a maternidade já não são mais mero sinônimos de laços de sangue, a figura do pai ou da mãe não pode mais ser caracterizada apenas pelo status biológico, já que também pode ser reconhecida pelo vínculo afetivo.

É dessa situação que surge a necessidade de se estudar os diversos direitos pessoais e patrimoniais devidos aos filhos socioafetivos, por meio da hermenêutica jurídica e de uma interpretação ampla, levando em consideração que os filhos socioafetivos, são detentores dos mesmos direitos que os filhos biológicos, sendo vedada qualquer tratamento desigual.

A lei prevê três tipos de presunções de filiação: a legal, a biológica, e, por fim, a socioafetiva. Essa última permite que laços parentais sejam reconhecidos pelo direito, independentemente de vínculo genético com o pai, baseados na situação de fato. Ainda, segundo o ordenamento jurídico, há a possibilidade de coexistência de dois vínculos paternos, igualmente importantes para o filho, como um pai biológico e outro afetivo, sempre em observância ao princípio do melhor interesse da criança.

A tutela dessas relações permite que o menor possa garantir seus direitos fundamentais familiares, independentemente da sorte dos vínculos amorosos dos adultos. Quer dizer, admitir o reconhecimento jurídico de “mais de um pai” ou de “mais de uma mãe” garante que a criança preserve seus vínculos parentais, mesmo em caso de rompimento da convivência, protegendo o menor da desassistência existencial e material.

Diante disto, reconhecida a filiação socioafetiva, o filho afetivo terá o direito ao nome, à multiparentalidade, à convivência familiar, de ser chamado à ordem sucessória, mesmo quando reconhecido múltiplos pais, bem como, terá garantido o direito à irrevogabilidade da filiação socioafetiva, tal como a filiação biológica comumente mencionada pelo legislador.

Assim sendo, a estrutura familiar meramente baseada em laços sanguíneos é atenuada diante do progressivo reconhecimento do afeto, ficando claro que os grupos familiares não são formados somente pela consanguinidade, mas também pela afetividade.

Diante do exposto, pode-se concluir através deste estudo que, ao ser reconhecida a filiação socioafetiva, esta gerará efeitos no mundo jurídico e que apesar dos esforços das instâncias superiores do judiciário brasileiro e dos regulamentos do CNJ, a mesma fica à mercê de interpretações casuísticas, visto que, até o presente momento, não há uma lei específica que protege esse modelo de filiação. Razão pela qual, sugere-se a criação de



uma norma legal que vá regulamentar todos os entornos mais relevantes da filiação socioafetiva.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, P. A, de. **Efeitos da paternidade socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro**. 77f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) - Especialização em Prática Judicante, Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, 2015.

AUGUSTO, D. C. D; SILVA, E. M da. **União poliafetiva: uma reflexão acerca da pluralidade de entidades familiares**. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, 2016. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1411400437P567.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2023.

BERLEZE, G. M. **A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. Curitiba, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13356/1/TCC%20-%20Corrigido%20-%20Protocolo.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BITTAR, E. C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 06 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. **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: 29 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 0006422-26.2011.8.26.0286**. 1ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Vivian Medina Guardia e outro. Apelado: Juízo da Comarca. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Data de Julgamento: 14/08/2012. Data de Publicação: 14/08/2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/22130032/inteiro-teor-110551735>. Acesso em: 12 abr.2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC**. Tribunal Pleno. Recorrente: A N. Recorrido: F G. Relator: LUIZ FUX. Data de Julgamento: 21/09/2016. Data de Publicação: 24/08/2017. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 18 abr. 2023.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.618.230/RS (2016/0204124-4)**, T3 - Terceira Turma. Recorrente: VL. Recorrido: OGGL E RML. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 28/03/2017. Data de Publicação: 10/05/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/465738570/inteiro-teor-465738580>. Acesso em: 18 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1004890-30.2018.8.26.0132**. Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado. Apelante: T.A.M. Apelado: K.L.S. Relator: Alexandre Coelho. Data do Julgamento: 21/01/2014. Data de Publicação: 08/05/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/842999098/inteiro-teor-842999116>. Acesso em: 21 abr. 2023.

CARNACCHIONI, D. **DIREITO CIVIL FAMÍLIA: Filiação, Poder Familiar, Guarda e Direito de Visitas, Tutela; Lei de Alienação Parental; Usufruto e Administração dos Bens dos Filhos Menores**. Livro Eletrônico. 2022.

CARVALHO, D. M, de. Parentalidade socioafetiva e a efetividade da afetividade. **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família**. p. 311-334. Minas Gerais, 2013. p. 326.

CARVALHO, D. M de. **Direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CFJ - CONSELHO FEDEAL DE JUSTIÇA. **Enunciados**. 2016. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>. Acesso em: 19 abr. 2023.

CNJ- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63 de 14/11/2017**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525> Acesso em: 19 abr. 2023.

DANTAS, R; FRAZÃO, A. O,de; CORREIA, A. **VIII JORNADA DE DIREITO CIVIL**. 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2023.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 11. ed. 2016.

\_\_\_\_\_, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodvm, 2020.

GAGLIANO, P. S; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional.** 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAMA, G. C. N, da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso.** São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, M. M. R. N. **As novas entidades familiares: o caminho trilhado para um novo conceito de família.** 2009. 53 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Faculdade de Ensino Superior da Paraíba- Fesp, João Pessoa, 2009. Disponível em: [http://www.fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/trabArquivo\\_30082010080840\\_MYRNA.pdf](http://www.fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/trabArquivo_30082010080840_MYRNA.pdf). Acesso em: 04 abr. 2023.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: direito de família.** Vol. 6. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, G. D. A Multiparentalidade: Da Evolução do Arranjo Familiar à Tese 622 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica Multidisciplinar – UNIFACEAR.** ISSN: 2316-2317. 2017. Disponível em: <file:///D:/Downloads/a-multiparentalidade-da-evolucao-do-arranjo-familiar-a-tese-622-do-supremo-tribunal-federal-.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2023.

ISHIDA, V. K. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 686 p.

**IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família.** Enunciados do IBDFAM. Enunciado nº 33. 2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 21 abr. 2023.

ISSA, M. D. **FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS DIANTE DA AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO.** 2020. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP. Ribeirão Preto – SP. 2020. Disponível em: <https://ajmadvogados.com.br/wp-content/uploads/2021/01/TCC-Mateus-Issa-USP.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2023.

LÔBO, P. **Direito Civil: família.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LÔBO, P. **Direito Civil.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MADALENO, R. Paternidade alimentar. **Revista Brasileira de Direito de Família: ano VIII,** n. 37, p. 138, ago./set. 2006.

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

MAL, A. C. D. R. F. D.; MALUF, C. A. D. **Curso de direito de família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

MACHADO, J. M. S dos. **A pluralidade das entidades familiares e suas novas modalidades**. 2012. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria – RS. 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2890/Monografia%20de%20Gradua%C3%A7%C3%A3o%20-%20Jana%C3%ADna%20Machado.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 abr. 2023.

MONTEIRO, W. B, de; SILVA, R. T, da. **Curso de direito civil: direito de família**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

MORAES, A, de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MARQUES, V. P; SANTANA, N. S. Socioafetividade: o valor jurídico do afeto e seus efeitos no direito pátrio. **Revista Vertentes do Direito**, v. 5, n. 1, p. 126-160, 2018.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de direito Civil: Família**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOGUEIRA, E. M. **FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: uma análise sobre as razões de sua irrevogabilidade**. 2017. 91f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília – DF. 2017.

OLIVEIRA, E. M. P, de; SANTANA, AC. T. C, de. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS NO DIREITO SUCESSÓRIO. **Revista Jurídica UNIARAXÁ**, Araxá, v. 21, n. 20, p. 87-115, ago. 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Jur%C3%ADdica-UNIARAX%C3%81\\_21\\_n.20.04.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Jur%C3%ADdica-UNIARAX%C3%81_21_n.20.04.pdf). Acesso em: 18 abr. 2023.

OLIVEIRA, J M. L. L; MELO, M A. B, de. (orgs.) **Direito Civil: Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, R. B. dos. **A tutela jurídica da afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.

SANCHES, H. C. C; VERONESE, J. R. P. A Proteção Integral e o Direito Fundamental de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (autora e organizadora) **Direito da Criança e do Adolescente**: novo curso - novos temas. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 828 p.

SARLET, I. W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Revista atual**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

SCHUTZ, E. R. **A (IM)POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR PADRINHOS E MADRINHAS AFETIVOS: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. 2020. 91 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina. Içara- SC. 2020. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/15627/2/TCC%20-%20Eduarda%20Raupp%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2023.

TARTUCE, F. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. 2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/859>. Acesso em: 04 abr. 2023.

VIEIRA, S. A possibilidade das uniões poliafetivas no vigente ordenamento jurídico brasileiro. **Rev. Jus Navigandi**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53975/a-possibilidade-das-unioes-poliafetivas-no-vigente-ordenamento-juridico-brasileiro/1>. Acesso em: 04 abr. 2023.

VIEGAS, C. M. A. R, de. **Famílias poliafetivas**: Uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2017. 234 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

WELTER, B. P. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

## **OS LIMITES SEMÂNTICOS À EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA: O SIGNIFICADO DA NORMA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**DAVID RAMALHO HERCULANO BANDEIRA:**

Advogado. Formado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Pós-graduando em Direito Constitucional pela ABDConst.

**RESUMO:** O presente trabalho tem o objetivo de analisar os limites semânticos atinentes à norma da presunção de inocência, sobretudo os constantes no texto constitucional, para concluir acerca da (im)possibilidade da execução antecipada da pena. A partir da estrutura do texto normativo, analisar-se-ão, no decorrer do ensaio, argumentos selecionados, por relevantes, que permeiam tal discussão, a exemplo da distinção terminológica entre presunção de inocência e de não culpabilidade, da antecipação da sanção penal como juízo de culpa, da diferenciação entre prisão processual e prisão-pena e do momento processual em que se constata o trânsito em julgado.

**Palavras-chave:** Presunção de Inocência; Execução Antecipada da Pena; Limites Semânticos.

### **1 INTRODUÇÃO**

A norma da presunção de inocência encontra-se prevista na Constituição e na legislação infraconstitucional. No plano constitucional, o principal dispositivo é o art. 5º, LVII, segundo o qual “ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Não se ignora a existência de outros dispositivos, constitucionais e infraconstitucionais, que serão analisados no trabalho.

Nos últimos anos, discutiu-se, de modo mais intenso e acalorado, a possibilidade da execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado, especialmente após a condenação em segunda instância. A discussão gira em torno do seguinte questionamento: a norma constitucional da presunção de inocência, nos moldes em que se encontra, permitiria a antecipação da prisão-pena para um momento anterior ao trânsito em julgado?

No pano de fundo, determinados temas são debatidos. Alguns afirmam que a Constituição da República Federativa do Brasil teria consagrado a norma da não culpabilidade, supostamente distinta de uma norma da presunção de inocência. Outros concluem que, apesar de se impedir a antecipação do juízo de culpa, não se veda a antecipação da sanção penal. Utilizam-se, alguns, da existência da prisão processual, antes do trânsito em julgado, para justificar a igual possibilidade da imposição de prisão-pena.



Há, inclusive, quem levante dúvidas acerca do momento processual em que, no direito brasileiro, há o trânsito em julgado.

O presente trabalho, diante de tal discussão, pretende realizar uma análise acerca dos limites semânticos, sobretudo do texto constitucional, atinentes à norma da presunção de inocência. Enfrentar-se-ão, no decorrer da análise, os principais argumentos no sentido da possibilidade da execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado.

A estrutura do ensaio restringir-se-á a um único capítulo, tratando-se de um texto único e escrito de forma corrida, em que se inserirá subcapítulos, com títulos explicativos, apenas para fins didáticos.

## **2. A NORMA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E OS LIMITES SEMÂNTICOS À EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA**

O exame da possibilidade da possibilidade da execução antecipada da pena perpassa, necessariamente, pela análise dos limites semânticos do texto normativo da Constituição. Para tal análise, faz-se necessário, de início, transcrever o artigo 5º, LVII, da Constituição federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

### **2.1 Presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade?**

Quanto à primeira parte do dispositivo, percebe-se que o legislador constitucional afirma que “ninguém será considerado culpado”. Introduce-se, de pronto, a discussão das formulações positiva – presunção de inocência – e negativa – presunção de não culpabilidade – da norma em questão.

Parte da doutrina<sup>180</sup>, afirma que o ordenamento jurídico que porta, em seu texto normativo, uma terminologia que se refere à formulação negativa – como é o caso do dispositivo mencionado – tem o acusado como não culpado durante a persecução penal. No entanto, empiricamente, em nada se distingue o não culpado do inocente.

É que não existe semi-culpado ou quase-culpado no processo penal. Isso porque, ao final, a sentença definitiva implicará, quanto ao juízo de culpabilidade, ou a condenação ou a absolvição do réu; não há, pois, terceira opção. São qualidades essencialmente excludentes e não graduáveis, justo porque o estado de inocência tem um termo final estabelecido: a comprovação jurídica da culpa.

Assim, não se pode dizer que, no curso do processo, o acusado não é culpado, mas não é inocente (se não é culpado, é inocente), porquanto não há, ainda, um juízo irrefutável ou juridicamente suficiente sobre as questões de fato e de direito que acarretariam, ou não, a sua condenação.

Admitir que a presunção desapareceria progressivamente durante a fase processual seria considerar, em precipitação, que é certa a condenação definitiva, porque, se não for este o resultado, os atos exarados por se considerar a culpa do acusado, de menor ou maior gravidade, seriam invariavelmente equivocados. Acontece que, como dito, ao fim do processo, pode haver tanto a cessação do estado de inocência quanto a sua confirmação. Antes disso, impera a incerteza e, nesta, deve prevalecer o estado (ou a presunção) de inocência. Esvaziar-se-ia, caso contrário, a essência da norma da presunção de inocência.

Sobre o significado dos termos, Badaró<sup>181</sup> é categórico ao afirmar que “as expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas”. No mesmo sentido, leciona Nereu José Giacomolli<sup>182</sup>:

Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis*, afastando-se do conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais mencionados; em suma, diferenciá-las é afastar a presunção de inocência, embora se trate de presunção *iuris tantum*. Dizer que o sujeito no processo não é culpado, mas

<sup>180</sup> Expoente desta corrente é MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal: tomo I. Buenos Aires: EJE, 1951. No Brasil: GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 729, 1996, p. 380-381.

<sup>181</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. cit.*, 2018, n. p.

<sup>182</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. cit.*, p. 442.

imputado, é colocar e dúvida a sua inocência, é desvirtuar o regramento probatório e a proteção da liberdade; é não admitir a presunção de inocência em sua formulação plena; é dizer que o acusado é “semi-inocente” (posição intermediária entre culpado e inocente). Quando não se é presumivelmente culpado, se é presumivelmente inocente, pois *qui negat de uno dicit de altero*.

Ao fim e ao cabo, o que pode sugerir o uso desta ou daquela terminologia são, tão somente, os termos utilizados no texto normativo de cada ordenamento. Entretanto, como dito, não se vislumbram, substancialmente, repercussões práticas que venham a ser causadas por tal distinção de natureza meramente idiomática, semântica ou de purificação conceitual<sup>183</sup>, na medida em que a inocência não é graduável, porquanto – repise-se – possui termo final, que é a comprovação legal da culpa.<sup>184</sup>

Em nada repercute, portanto, a adoção de um termo ou de outro (inocente ou não-culpado) pela ordem normativa de determinado Estado. Aqui, o que pode variar, conforme será enfrentado mais à frente, é o termo final do estado de inocência, isto é, o momento em que há a comprovação legal da culpa, especialmente pelo que se entende, em cada ordenamento jurídico, por juízo definitivo, capaz de rompê-lo. Por esses motivos, neste trabalho, não se fez e não se fará, necessariamente, preferência por uma ou por outra nomenclatura.

## 2.2 Antecipação da sanção penal como ato que denota o juízo de culpa

Ainda no que diz com a primeira parte do dispositivo analisado, visto que se ordena um tratamento conforme a inocência do indivíduo – ou, igualmente, veda-se o tratamento baseado em uma presunção de culpa –, cumpre compreender quais atos exprimem um tratamento incompatível com o estado de inocência. É certo, neste particular, que a norma em comento institui regras de tratamento, que se consubstanciam tanto na dimensão externa (exoprocessual) quanto na interna (endoprocessual) ao processo.<sup>185</sup>

O conteúdo endoprocessual dirige-se aos agentes oficiais, especialmente ao magistrado e ao órgão de acusação, proibindo-os “de agir e de se comportar, em relação

<sup>183</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *Ibidem*.

<sup>184</sup> No mesmo sentido: MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Presunção de não culpabilidade – anotações. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 126, 1990, p. 26-28; BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1993.

<sup>185</sup> O significado da presunção de inocência como regra probatória não será aqui aprofundado. Dar-se-á especial enfoque, por relevante para os fins deste trabalho, à dimensão interna da regra de tratamento.

ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente”<sup>186</sup>. Ou, conforme parecer do próprio Ministério Público Federal, “vetando-se antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, em situações práticas, palavras e gestos”<sup>187</sup>.

Nessa perspectiva, consoante as lições de Eugênio Pacelli Oliveira<sup>188</sup>, o julgador deve conduzir o processo, em todos os aspectos, tendo o acusado como inocente, de forma que este, “em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação”.

Partindo dessas premissas, que são a base do dever de tratamento, a antecipação da aplicação da pena, que decorreria do ato-fim do processo em desfavor do acusado, constituiria a violação máxima ao estado de inocência, cuja preocupação maior é com o *status libertatis* (estado de liberdade). É que, das restrições pessoais passíveis de ocorrer (palavras, gestos *etc*), antes da comprovação da culpa, esta – a aplicação da pena – é, por coerência, a mais grave. Giacomolli é categórico ao afirmar que “a maior referência ao estado de inocência, ao longo da história, revela a preocupação na manutenção do *status libertatis* como regra, situando a prisão, o recolhimento ao cárcere, como *extrema* ou *ultima ratio*, mesmo após a condenação”<sup>189</sup>.

Portanto, embora a dispositivo em comento não se refira ao termo “prisão”, a vedação à prisão (pena) é decorrência necessária do estado de inocência do acusado. Caso contrário, estar-se-ia admitindo a aplicação da pena ao indivíduo que, por mandamento constitucional, é inocente.

Ao passo que a norma, inequivocamente, não admite que se trate o acusado como culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a aplicação da pena é o ato denota, de forma mais ostensiva, um “juízo de culpa”. O respeito à situação jurídica de inocência do acusado, pois, proíbe a antecipação do resultado final do processo em desfavor do réu, sobretudo quanto ao seu efeito primordial: a aplicação da pena.

### **2.3 Outros dispositivos e o problema da prisão processual**

---

<sup>186</sup> Palavras do Ministro José Celso de Mello Filho em: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 95.886/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 4 de dezembro de 2009.

<sup>187</sup> Trecho extraído do parecer do Ministério Público Federal (p. 29-30) em: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Constitucionalidade nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 2018. Parecer disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314992702&ext=.pdf>

<sup>188</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 50.

<sup>189</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94

Não se pode ignorar, ainda, o artigo 5º, LXI, da Constituição federal, que estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar”.

Antes de avançar, impende destacar as distinções da prisão processual, que não possui substância de punição e, por isso mesmo, não viola a Constituição. Essa decorre da tutela cautelar, que é marcada pelas características da acessoriedade (é vinculada ao resultado final), da preventividade (tem o escopo de prevenir a ocorrência de danos de difícil reparação), da instrumentalidade hipotética (não tem um fim em si mesma) e da provisoriedade (depende da persistência dos motivos que a ensejaram).<sup>190</sup> Acrescente-se que a prisão processual, como medida cautelar que restringe a liberdade, encerra caráter excepcionalíssimo: a liberdade é, por essência, a regra.

Nesse sentido, acerca da necessária distinção entre a prisão de natureza cautelar e a prisão pena, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery<sup>191</sup> apontam:

É preciso fazer-se distinção entre *prisão cautelar*, que não ofende a garantia da presunção de inocência, com a prisão provisória. Estando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva, que é cautelar (*periculum in mora*), deve ser decretada e expedido o mandado de prisão (...). O que não se pode admitir é a expedição automática de mandado de prisão pelo só fato de haver sido prolatada sentença penal.

Referindo-se à prisão processual, Giacomolli<sup>192</sup>, seguindo a mesma lógica, conclui: “as prisões processuais ocupariam um patamar excepcionalíssimo, depois de afastadas as demais alternativas legais, adequadas e possíveis”. Logo, a excepcional prisão de caráter cautelar, porquanto não tem natureza de pena, não ofende o princípio da presunção de inocência. Afinal, como ensina Calamandrei, “não é tarefa da Constituição traçar as

---

<sup>190</sup> JARDIM, Afrânio Silva. A Prisão em Decorrência de Sentença Penal Condenatória. In: Doutrinas Essenciais Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, n. p.

<sup>191</sup> NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>192</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. cit.*, p. 94.

diretrizes dos provimentos cautelares, que melhor se localizam nos códigos de processo”<sup>193</sup>.

Sobre o tema, o artigo 283 do Código de Processo Penal esclarece, sem contrariar a Constituição, que: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva”. Percebe-se que a norma infraconstitucional transcrita observa e reproduz tanto o artigo 5<sup>a</sup>, LVII, quanto o artigo 5<sup>o</sup>, LXI, ambos da Constituição federal.

O busílis, aqui, entretanto, encontra-se na possível violação do artigo 5<sup>o</sup>, LXI, da Constituição federal. É certo que este dispositivo, ao estabelecer que “ninguém será preso senão (...) por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, impõe que a prisão impescinde de fundamentação legal (legalidade constitucional ou juridicidade). Ainda que se considerasse, em uma hermenêutica forçosa, que o inciso LVII não impede a prisão, na medida em que não se refere diretamente a este termo, a interpretação de que a prisão antes do trânsito em julgado não infringe a Constituição esbarraria na necessidade de fundamentação da ordem prescrita pela autoridade judiciária competente.

No caso, há que se fundamentar na sentença condenatória transitada em julgado (prisão pena), em observância ao artigo 5<sup>o</sup>, LVII, da Constituição federal, ou na existência dos requisitos legais para a prisão processual, presentes na legislação infraconstitucional, esta que se ocupa, essencialmente, dos provimentos cautelares.

A execução antecipada da pena, ao revés, consiste na expedição automática do mandado de prisão, fundada em um mero juízo de probabilidade em virtude da condenação em segundo grau de jurisdição. É, assim, desprovida de qualquer fundamentação, senão baseada na hipótese de condenação definitiva posterior, com o trânsito em julgado. Viola-se, desse modo, o artigo 5<sup>o</sup>, LXI, da Constituição federal.

## **2.4 O trânsito em julgado na tradição brasileira**

Passa-se, agora, à análise da segunda parte do disposto no artigo 5<sup>o</sup>, LVII, da Constituição federal (“[...] até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”), que prevê a duração do estado de inocência do acusado. Aqui, o texto constitucional, numa semântica incontroversa, estabelece como marco ou termo final o trânsito em julgado da

---

<sup>193</sup> CALAMANDREI, Piero. Introdução ao Estado Sistemático dos Procedimentos Cautelares. São Paulo: Editora Servanda, 2000, *apud* CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.2. p. 442.



sentença penal condenatória, até o qual o acusado não pode ser considerado culpado, senão, portanto, inocente.

Entende-se por trânsito em julgado, recorrendo às lições de José Carlos Barbosa Moreira<sup>194</sup>, a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável, no que surge a coisa julgada, momento em que, na sistemática processual brasileira, não mais cabem recursos.

A coisa julgada, por sua vez, refere-se à nova situação jurídica estabelecida pela imutabilidade da sentença transitada em julgado. Há, pois, essencial conexão entre os conceitos, que, segundo Machado Guimarães<sup>195</sup>, revela uma “lógica de antecedente-a-consequente”, porquanto a “decisão trântita em julgado cria, conforme a natureza da questão decidida, uma das seguintes situações: a) a coisa julgada formal, ou b) a coisa julgada substancial”.

Pesquisando o tratamento dispensado ao tema pela doutrina processual difundida no Brasil, percebe-se que não há controvérsias consideráveis. Além dos autores já citados, pode-se citar diversos outros.

No magistério de Eduardo Talamini<sup>196</sup>, tem-se que, “com o trânsito em julgado, constitui-se situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença”. Jordi Nieva-Fenoll<sup>197</sup>, em monografia dedicada ao assunto, afirma que a coisa julgada implica a “inatacabilidade ou inimpugnabilidade da sentença”, ligando-se à ideia de irrevogabilidade do juízo emitido. Segundo Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim<sup>198</sup>, a coisa julgada “decorre do fato de não mais ser possível, no caso concreto, a revisão do julgado, seja em decorrência da impossibilidade de interposição de recurso ou do não cabimento de reexame necessário”. Luiz Guilherme Marinoni, Daniel

---

<sup>194</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 145.

<sup>195</sup> GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. Estudo de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 14.

<sup>196</sup> TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 44.

<sup>197</sup> NIEVA-FENOLL, Jordi. Coisa julgada. Tradução de Antonio do Passo Cabral. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n. p.

<sup>198</sup> ASSIS, Araken de; ALVIM, Arruda; ARRUDA ALVIM, Eduardo. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012, p. 662.

Mitidiero e Sérgio Arenhart<sup>199</sup> lecionam que o trânsito em julgado, que constitui “pressuposto para formação da coisa julgada”, dá-se “quando não cabe mais recurso de determinada decisão judicial ou quando se perde o prazo para impugná-la”.

Na legislação processual, confirma-se o pensamento hegemônico delineado pela doutrina. O Código de Processo Civil de 1973 estabelecia, no seu artigo 467, a definição de coisa julgada material como “eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Mudando a redação, o vigente Código de Processo Civil de 2015 consigna a coisa julgada material como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

O diploma processual anterior, por excesso, discriminava que a formação da coisa julgada material dependia do não mais cabimento do recurso ordinário ou extraordinário, tendo em vista a diferenciação existente em algumas tradições diversas à do Brasil. O novo código, ao consignar o termo “recurso”, inclui os ordinários e os extraordinários.

Diante disso, torna-se evidente que a legislação processual, refletindo a tradição brasileira, adota o entendimento de que qualquer recurso, seja ordinário ou extraordinário, impede o trânsito em julgado, pressuposto para a formação da coisa julgada. É o que confirma Cabral<sup>200</sup>, ao comentar a alteração do novo Código de Processo Civil:

A supressão da expressão “ordinário e extraordinário” é salutar porque a redação anterior remetia a uma tradição que não era a brasileira, fazendo alusão a sistemas estrangeiros nos quais há diferença entre recursos ordinários e extraordinários a depender do trânsito em julgado. Como entre nós qualquer recurso impede o trânsito em julgado, a expressão nunca fez sentido no ordenamento brasileiro, e em bom momento veio a ser suprimida.

Fica claro, pois, que a ordem jurídica brasileira consignou como sentença definitiva, capaz de romper a situação jurídica de inocência, aquela sobre a qual não cabem mais recursos (inatacável, inimpugnável, imutável, irrevogável), com a qual a culpa é legalmente comprovada. Como Badaró constata, “há limites hermenêuticos que parecem insuperáveis para a interpretação do que seja ‘trânsito em julgado’”, segundo o que se encontra

<sup>199</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 4 ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, n. p.

<sup>200</sup> CABRAL, Antonio do Passo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, n. p.

consolidado pela doutrina e, ainda, o que se adota pela legislação processual. Esbarra-se, também aqui, nas possibilidades semânticas do texto constitucional.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As possibilidades semânticas comportadas pela norma contida no artigo 5º, LVII, da Constituição federal, são claras: ao estabelecer que “ninguém será culpado até (...)”, o dispositivo constitucional não deixa dúvidas quanto à vedação da aplicação da pena antes do termo final estabelecido – caso contrário, estar-se-ia punindo quem não é culpado e, por consequência lógica, é inocente.

O marco, que prescreve a duração do estado de inocência, é “o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, quando não cabem mais recursos, ordinários ou extraordinários, cujo conceito não é objeto de controvérsias no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, mesmo se se entendesse, em uma hermenêutica forçosa, que a aplicação da pena não é um ato de carga em si um “juízo de culpa”, violar-se-ia o artigo 5º, LXI, da Constituição federal, que estabelece a imprescindibilidade de fundamentação para a prisão.

Ao fim e ao cabo, constatam-se limites semânticos intransponíveis à execução antecipada da pena, na medida em que a Constituição, em seu texto, elege palavras e conceitos jurídicos cujos significados são consolidados pela doutrina e, mesmo, pela ordem normativa pátrias.

### 4 REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de; ALVIM, Arruda; ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**. Código Penal. Presidência da República, Brasília, 1940.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**. Código de Processo Penal. Presidência da República, Rio de Janeiro, 1941.

BRASIL. **Lei nº 10.729**. Lei de Execução Penal. Brasília, 2003.

BRASIL. **Lei nº 13.105**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.925**. Código de Processo Civil. Brasília, 1973.

CABRAL, Antonio do Passo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estado Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. São Paulo: Editora Servanda, 2000.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei, Para Quem?**. In: Escritos de Direito e Processo Penal Em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Org. Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso: problemas jurídicos e políticos del proceso penal**. Vol II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América – EJE, 1936.

GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 729, 1996.

GUIMARÃES, Luiz Machado. **Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo**. Estudo de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **Presunção de não culpabilidade – anotações**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 126, 1990.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**: tomo I. Buenos Aires: EJE, 1951.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 4 ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. Tradução de Antonio do Passo Cabral. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Relator: Teori Zavascki. DJe: 17 de fevereiro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 95.886/RJ**, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 4 de dezembro de 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 2018. Parecer disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314992702&ext=.pdf>

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.