

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 830

(Ano IX)

(02/12/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

## SUMÁRIO

### COLONISTA DA SEMANA



01/12/2017 Rômulo de Andrade Moreira

» [O novo entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a competência por prerrogativa de função](#)

### ARTIGOS

01/12/2017 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Lei de crimes hediondos e sua aplicação na Justiça Militar face à Lei nº13.491/17](#)

01/12/2017 Danielle Silva Mantovanelli

» [A Justiça Restaurativa: uma alternativa para o Sistema Carcerário Brasileiro](#)

01/12/2017 José Carlos Souza Cambé dos Santos

» [A defasagem da tabela do Imposto Sobre a Renda Pessoa Física](#)

01/12/2017 Jackson Carlos Mendes da Silva

» [Ociosidade no Sistema Prisional](#)

01/12/2017 Fernando Rodrigues Batista

» [A \(de\) mora processual penal, em face dos direitos e garantias fundamentais](#)

01/12/2017 Naianny Oliveira Arrais

» [Violência doméstica e a aplicação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha](#)

30/11/2017 Renata Moura Tupinambá

» [Os pilares do Código de Processo Penal de 1941 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988](#)

30/11/2017 Isaac Fernandes de Castro

» [A suspensão do fornecimento de energia elétrica para prestadores de serviço público por inadimplência à luz do Código de Defesa Do Consumidor](#)

30/11/2017 Katia Dias Barros

» [O dano moral e a responsabilidade civil no tocante ao extravio de bagagem em voos nacionais e internacionais](#)

30/11/2017 Caroline Evellym Inacio Rios

» [Considerações legais acerca da redução da maioridade penal](#)

30/11/2017 Kessyara Silva Rodrigues

» [O dano moral na relação de consumo: uma análise quanto à inscrição indevida do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito](#)

30/11/2017 Rafael Sulino de Castro

» [Direito desportivo constitucional: o desporto educacional nas escolas públicas de Palmas \(TO\)](#)

29/11/2017 Aloyzio Alves da Costa Neto

» [A responsabilidade subsidiária do Poder Público pelo inadimplemento de encargos trabalhistas nos contratos de terceirização de mão de obra.](#)

29/11/2017 Andrea Cerqueira Russo

» [A escravidão contemporânea analisada à luz da indústria têxtil](#)

29/11/2017 Paulo Junior Moreira

» [A harmonia entre os Poderes e o Judiciário como guardião dos direitos e garantias fundamentais.](#)

29/11/2017 Ranny Mychelly Oliveira Ferreira

» [Da responsabilidade civil pelo abandono afetivo da mulher após a dissolução conjugal](#)

29/11/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Benefícios e malefícios da redução da maioridade penal](#)

29/11/2017 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» [Pena de vida: O que cabe aos Severinos e Virgulinos.](#)

28/11/2017 Lana Vitória Pinheiro Carmo Lazzaretti

» [A obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil: uma análise quanto à eficácia da medida](#)

28/11/2017 Renata Moura Tupinambá

» [A identidade de gênero no cenário jurídico-social](#)

28/11/2017 Andrea Cerqueira Russo

» [Uma análise crítica da Lei 11.340/06 à luz da expansão do ideário punitivista no Brasil](#)

28/11/2017 Eliezer Coelho Dias

» [A Nova Lei da Terceirização do Trabalho \(Lei N°13.429/2017\)](#)

28/11/2017 Helmuth Perleberg Neto

» [Efetivação do direito à saúde pública por meio de decisões judiciais](#)

28/11/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Comentários acerca dos artigos 318 a 329 do Código de Processo Civil brasileiro.](#)

27/11/2017 Saruzze Pereira Santos

» [Consequências psicológicas e jurídicas do abandono afetivo](#)

27/11/2017 Kamille Neves Figueiras Cabral de Souza

» [A responsabilidade civil do médico no procedimento cirúrgico de cunho estético](#)

27/11/2017 Andrea Cerqueira Russo

» [Uma análise da psicopatia e seu enquadramento jurídico-penal](#)

27/11/2017 Maria Eduarda Andrade e Silva

» [A sentença de improcedência por insuficiência de provas em ações coletivas: implicações na coisa julgada e no interesse recursal](#)

27/11/2017 Lourranna Machado Sales

» [Responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais](#)

27/11/2017 Mariana Barbosa da Silva Uhlemann

» [A isonomia entre servidores públicos e empregados do setor privado no que se refere ao direito de greve e ao recebimento de salário](#)

## O NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:**  
Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS.

No dia 16 de fevereiro de 2017 o Ministro Luís Roberto Barroso encaminhou ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento da Ação Penal nº. 937, por meio da qual um ex-Deputado Federal, que havia renunciado ao mandato para assumir a Prefeitura de um Município do Estado do Rio de Janeiro, responde pela prática do crime de “compra de votos”. Naquela oportunidade, o Ministro pretendia discutir a questão de foro por prerrogativa de função. No respectivo despacho, o relator afirmou que o suposto delito teria sido cometido em 2008, quando o réu disputou a Prefeitura. Eleito Prefeito, o caso começou a ser julgado no Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, onde a denúncia foi recebida em 2013. Com o encerramento do mandato à frente da chefia do Executivo local, o caso foi encaminhado para a primeira instância da Justiça Eleitoral. Em 2015, como era o primeiro suplente de Deputado Federal de seu partido, ele passou a exercer o mandato diante do afastamento dos Deputados Federais eleitos, o que levou à remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. Em setembro de 2016, o réu foi efetivado em virtude da perda de mandato do titular, mas após sua eleição novamente para a Prefeitura, também no ano passado, ele renunciou ao mandato de parlamentar (em janeiro de 2017), quando o processo já estava liberado para ser julgado pela Primeira Turma.

Segundo afirmou o relator, à época, “as diversas declinações de competência estão prestes a gerar a prescrição pela pena provável, de modo a frustrar a realização da justiça”, salientando que “o sistema é feito para não funcionar” e o caso revelava “a disfuncionalidade prática do regime de foro”, razão pela qual acreditava “ser necessário repensar a questão quanto à prerrogativa.”



Para o Ministro Barroso, havia *“problemas associados à morosidade, à impunidade e à impropriedade de uma Suprema Corte ocupar-se como primeira instância de centenas de processos criminais.”*

Ao encaminhar o julgamento do tema para o Plenário, por meio de questão de ordem, o relator sugeriu a análise da possibilidade de conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, de modo a limitar tais competências jurisdicionais aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo.

No dia 31 de maio foi iniciado o julgamento. Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso, afirmou que *“o foro deve se aplicar apenas a crimes cometidos durante o exercício do cargo, e deve ser relacionado à função desempenhada.”* Outro entendimento adotado pelo Ministro foi de que a competência se torna definitiva após o final da instrução. A partir desse momento, a competência para julgar o caso não será mais afetada por eventual mudança no cargo ocupado pelo agente público.

O voto baseou-se no entendimento de que a atuação criminal originária ampla do Supremo Tribunal Federal *“tornou-se contraproducente em razão do grande volume de processos e da pouca vocação da sua estrutura para atuar na área. O resultado leva à demora nos julgamentos, à prescrição e cria um obstáculo à atuação do Supremo como corte constitucional.”*

Para ele, *“o foro se tornou penosamente disfuncional na experiência brasileira por duas razões. A primeira delas é atribuir ao Supremo Tribunal Federal uma competência para a qual ele não é vocacionado. Nenhuma corte constitucional do mundo tem a quantidade de processos de competência originária em matéria penal como o Supremo Tribunal Federal”,* citando que havia *“mais de 500 inquéritos e ações penais em curso na Casa, e lembrando que o julgamento de um deles, a Ação Penal nº 470 (do chamado mensalão), durou 69 sessões.”*

Ademais, *“os procedimentos que regem o funcionamento do Tribunal são mais complexos do que os utilizados pela primeira instância, o que*

*pode levar à demora nos julgamentos e à prescrição das penas”, ressaltando “que o objetivo do foro é proteger o cargo e garantir a autonomia de seu exercício, portanto, não fazia sentido atribuir a proteção prevista constitucionalmente ao indivíduo que o ocupa. Assim, devem-se excluir dos atos amparados pela regra aqueles sem relação com o cargo.”*

Outro problema citado foi o “sobe e desce” processual que, segundo o Ministro, “*retarda o processo e afeta a credibilidade do sistema penal. A brecha acaba sendo usada pelos acusados, que obtêm ou renunciam a cargos a fim de alterar o foro competente e adiar a conclusão do processo, segundo palavras do relator.*”

No voto foi citado estudo elaborado pela Fundação Getúlio Vargas sobre o tema, segundo o qual o novo entendimento reduziria em mais de 90% os inquéritos e ações penais em curso no Tribunal. Ainda segundo o estudo, pouco mais de 5% das ações penais em curso tiveram origem no próprio Supremo Tribunal Federal.

No dia seguinte, 1º. de junho, o julgamento foi retomado, mas um pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes suspendeu a sessão. Para o Ministro, não era “*possível se analisar a questão apenas sob o ponto de vista do foro em determinada instância, uma vez que eventual alteração, como a proposta pelo relator do caso, traria repercussões institucionais no âmbito dos Três Poderes e do Ministério Público.*” Ele também comentou que não existia “*estatística ou estudo que comprovasse o grau de efetividade no processamento de ações penais antes e depois do aumento das hipóteses de foro privilegiado, prevista na Constituição de 1988, não sendo possível estabelecer uma conexão, seja ela histórica, sociológica ou jurídica, entre a criação do chamado foro privilegiado e a impunidade. A afirmação de que o foro na Suprema Corte acaba gerando impunidade não só não tem respaldo estatístico, como acaba por ofender e desonrar a própria história do Supremo.*”

Nesta sessão, o Ministro Marco Aurélio e as Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia anteciparam seus votos, acompanhando o relator. O Ministro Marco Aurélio defendeu a aplicação do foro por prerrogativa de função apenas aos crimes cometidos no exercício do cargo, relacionados



às funções desempenhadas, assentando “*que, caso a autoridade deixe o cargo, a prerrogativa cessa e o processo-crime permanece, em definitivo, na primeira instância da Justiça. A fixação da competência está necessariamente ligada ao cargo ocupado na data da prática do crime e avaliou que tal competência, em termos de prerrogativa, é única, portanto não é flexível. A competência que analisamos é funcional e está no âmbito das competências, ou incompetências, absolutas. Não se pode cogitar de prorrogação. Se digo que a competência é funcional, a fixação, sob o ângulo definitivo, ocorre considerado o cargo ocupado quando da prática delituosa, quando do crime, e aí, evidentemente, há de haver o nexo de causalidade, consideradas as atribuições do cargo e o desvio verificado.*”

Já a Ministra Rosa Weber, que também acompanhou integralmente o voto do relator, afirmou que “*a evolução constitucional ampliou progressivamente o instituto do foro por prerrogativa de função. Diante disso é pertinente uma interpretação restritiva que o vincule aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão dele. O instituto do foro especial, pelo qual não tenho a menor simpatia, mas que se encontra albergado na nossa Constituição, só encontra razão de ser na proteção à dignidade do cargo, e não à pessoa que o titulariza.*”

Também seguindo o voto do relator, a Ministra Cármen Lúcia, destacou que “*foro não é escolha, e prerrogativa não é privilégio. O Brasil é uma República na esteira da qual a igualdade não é opção, é uma imposição. Essa desigualação que é feita para a fixação de competência dos tribunais, e, portanto, de definição de foro, se dá em razão de circunstâncias muito específicas. A Constituição faz referência a membros, agentes ou cargos, portanto, no exercício daqueles cargos é que se cometem as práticas que eventualmente podem ser objeto de processamento e julgamento pelo Supremo e pelos órgãos judiciais competentes.*”

Ontem, 23 de novembro, foi retomado o julgamento e, mais uma vez, suspenso em razão de um pedido de vista, desta vez do Ministro Dias Toffoli. De toda maneira, até o momento, oito Ministros proferiram voto na matéria, seis acompanhando o entendimento do relator, no sentido de que o foro se aplica apenas a crimes cometidos no exercício do cargo e em

razão das funções a ele relacionadas. Nesta sessão, o Ministro Alexandre de Moraes divergiu parcialmente, pois, segundo seu voto, *“o foro deve valer para crimes praticados no exercício do cargo, mas alcançando todas as infrações penais comuns, independentemente de se relacionaram ou não com as funções do mandato.”*

Em seu voto-vista, o Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o relator na parte que fixa o foro no Supremo Tribunal Federal apenas para os crimes praticados no exercício do cargo, após a diplomação, valendo até o final do mandato ou da instrução processual. Para ele, *“estender a prerrogativa para alguém que praticou crime antes de ser parlamentar afasta a relação com a finalidade protetiva do mandato, objetivo da prerrogativa, que é voltada para proteção institucional. É uma prerrogativa do Congresso, e não de quem sequer sabia que um dia seria congressista.”* Na sua divergência parcial, o Ministro afirmou que *“o texto constitucional não deixa margem para que se possa dizer que o julgamento das infrações penais comuns praticadas por parlamentares não seja de competência do Supremo Tribunal Federal. A expressão ‘nas infrações penais comuns’, contida no art. 102, I, ‘b’), alcança todo tipo de infrações penais, ligadas ou não ao exercício do mandato.”*

Em que pese o pedido de vista, adiantou seu voto o Ministro Edson Fachin, salientando, entre outros pontos, *“que o princípio do duplo grau de jurisdição é atingido pela cláusula de prerrogativa de foro. Algumas das justificativas dadas para sustentar o instituto – como a de que os tribunais superiores seriam mais isentos e menos influenciáveis, e como forma de inibir demandas abusivas contra parlamentares – para concluir que essas justificativas não são compatíveis com a Constituição, uma vez que o julgamento imparcial e independente é direito de todos os cidadãos.”*

Também o fez o Ministro Luiz Fux, igualmente acompanhando integralmente o voto do relator. Para ele, *“a leitura do texto constitucional indica que a competência do Supremo é preservada quando o ato ilícito é praticado no exercício do cargo e em razão do cargo”,* afirmando que tinha também preocupação com as declinações de foro, concluindo *“que era preciso que os casos tenham seu juízo próprio, e que ao Supremo fossem reservados apenas os ilícitos cometidos no cargo e em razão dele.”*

Por fim, o decano, Ministro Celso de Mello, destacou em seu voto *“que existem cerca de 800 autoridades com prerrogativa de foro apenas no Supremo, entre autoridades do Executivo, militares, ministros de tribunais superiores e outros”*, revelando ser um defensor da supressão de todas as prerrogativas em matéria criminal, *“por entender que todos os cidadãos devem estar sujeitos à jurisdição comum de magistrados de primeira instância”*, lembrando, outrossim, *“que, no início do julgamento da Ação Penal nº. 470, em agosto de 2012, já havia manifestado seu entendimento no sentido de que a prerrogativa merecia uma nova discussão.”* Para o decano, dever-se-ia *“reconhecer, mediante legítima interpretação do texto constitucional, que a prerrogativa só deve se aplicar a delitos praticados na vigência da titularidade funcional e que guarde íntima conexão com o desempenho das atividades inerentes ao referido cargo ou mandato.”* Com esses fundamentos, o Ministro acompanhou integralmente o voto do relator.

Observa-se, portanto, que, nada obstante o pedido de vista mais uma vez feito neste julgamento, a questão já está praticamente decidida no sentido do entendimento firmado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, a saber:

Primeiro: o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

Segundo: após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

Terceiro: terminado definitivamente o julgamento, o entendimento aplicar-se-á a todos os processos pendentes no Supremo Tribunal Federal, por se tratar de uma regra fixadora da competência.

Oxalá, na próxima sessão, tenhamos finalmente a decisão final, com uma observação: creio que essa interpretação dada pela Suprema Corte

(para mim correta, enquanto não se acaba de uma vez por todas com a competência por prerrogativa de função – via uma emenda à Constituição), fatalmente atingirá todo e qualquer réu que tenha prerrogativa de foro, e não somente os parlamentares federais.

Assim, doravante, Prefeitos, Deputados Estaduais, Magistrados, membros do Ministério Público, Ministros, etc, etc., deixarão de ter tal prerrogativa, salvo em relação aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. Ademais, após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar as respectivas ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

## LEI DE CRIMES HEDIONDOS E SUA APLICAÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR FACE À LEI Nº13.491/17

**EDUARDO LUIZ SANTOS**

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

**Coautor: FRANCISCO SANNINI**

**NETO:** Delegado de Polícia, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Pós-Graduado com Especialização em Direito Público. Professor da Graduação e da Pós-Graduação do Centro Universitário Salesiano de Lorena/SP. Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor do Complexo Educacional Damásio de Jesus.

O presente texto tem o intuito de discutir a questão da aplicabilidade ou não da Lei dos Crimes Hediondos à Justiça Militar a partir da inovação legislativa promovida pela Lei 13.491/17.

Em breve artigo, Fernando Galvão afirma que a partir da edição da Lei 13.491/17, “será possível caracterizar um crime militar hediondo”.<sup>[1]</sup>A nosso ver a assertiva do respeitável estudioso deve ser acatada “cum grano salis”, mesmo porque, no espaço que reservou à análise do tema, não lhe foi possível um maior desenvolvimento da ideia exposta de forma por demais sucinta.

Por obviedade, Galvão retira sua conclusão e aplaude a possibilidade de aplicação da Lei dos Crimes Hediondos na Justiça Militar porque, até então, essa afirmação seria impossível, dada a redação restritiva do Código Penal Militar, antes do advento da Lei 13.491/17, bem como (e mais relevante), tendo em vista a redação da própria Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), que somente faz referência explícita a



tipos penais da legislação penal comum, incidindo, portanto, o óbice de aplicação no âmbito castrense por força do “Princípio da Legalidade”.

Esse quadro era realmente lastimável, pois criava um abismo de desproporção entre o tratamento dado a civis e a militares no caso de prática de crimes considerados hediondos na legislação comum, mas para os quais tal qualificação não existia no Código Penal Militar e nem havia referência na Lei dos Crimes Hediondos. Havia uma clara e evidente violação ao “Princípio da Proporcionalidade” quando, por exemplo, um civil era condenado com os rigores da Lei 8.072/90 pela prática de estupro e um militar em serviço ou em área sob administração militar, cometendo o mesmo ilícito, mas previsto no CPM, não recebia o mesmo tratamento jurídico-penal. Não havia justificativa plausível para tanto.

Contudo, a euforia embutida na afirmação de Galvão é um tanto quanto exagerada, pois que a questão não foi devidamente solucionada, ao menos não em sua totalidade, por força da Lei 13.491/17.

É verdade que o artigo 9º, inciso II, do CPM, passa para a competência da Justiça Militar todos os crimes previstos no CPM e mais “os previstos na *legislação penal*”, quando perpetrados por militar em serviço ou em razão da função. Entretanto, a regra é de competência e fala em “crimes” previstos na “legislação penal”, ampliando sobremaneira o conceito de crimes militares para abranger quaisquer infrações penais, ainda que não dotadas de previsão correspondente na legislação castrense.<sup>[2]</sup> Pois então, a nova normativa define regra de *competência* atrelada ao conceito de *crimes militares*, sendo fato que a Lei 8.072/90 não prevê crime algum. Trata-se de uma lei com dispositivos de caráter penal, processual penal e de execução penal, mas não com previsão de qualquer tipo penal. Assim sendo, num primeiro plano de análise, a alteração promovida no sistema de *competência* da Justiça Militar pela Lei 13.491/17, nada teria a ver com os ditames da Lei 8.072/90. Essa lei apenas arrola crimes previstos no Código Penal Brasileiro e em legislações esparsas na condição de hediondos ou equiparados, mas não prevê tipo penal algum.



A eventual conclusão pela aplicabilidade da Lei dos Crimes Hediondos na Justiça Militar a partir do advento da Lei 13.491/17, não pode derivar da simples e direta correlação entre tais diplomas, razão pela qual a afirmação simplista e sucinta de Galvão precisa ser devidamente esmiuçada.

Como a Lei dos Crimes Hediondos não prevê crimes, mas apenas arrola certas infrações, já previstas na legislação penal comum, como hediondos ou equiparados, não é possível concluir que a Lei 13.491/17, ao afirmar que são *crimes militares* também os previstos na “legislação penal” em geral empreende uma alteração capaz de fazer, por si só, que a Lei dos Crimes Hediondos adentre à Justiça Castrense.

Na verdade, tal assertiva somente será verdadeira nos casos em que um militar vier a ser processado, na Justiça Militar, por crime previsto como hediondo ou equiparado na Lei 8.072/90, desde que em sua versão prevista na lei penal comum, não no correspondente tipo penal previsto no Código Penal Militar. Ou seja, a possibilidade de aplicação da Lei dos Crimes Hediondos à Justiça Militar será, no máximo, parcial, perpetuando, agora também internamente, na Justiça Castrense, a violação do Princípio da Proporcionalidade.

É preciso atentar para o fato de que a Lei 8.072/90 sempre foi eivada de vários vícios e inconstitucionalidades, mas, também, sempre teve uma virtude incontestável no que diz respeito ao cumprimento do Princípio da Legalidade Estrita. A catalogação, em rol taxativo, de quais são os crimes hediondos, bem como os equiparados, sempre foi realizada de forma clara e segura. Não somente o “nomen juris” do crime é mencionado na Lei 8.072/90, mas o legislador tomou o cuidado de sempre abrir um parêntesis, onde descreve o exato artigo de lei, bem como seus parágrafos e incisos, não deixando margem a qualquer equívoco. Nesse aspecto, é que se verifica que todas as referências existentes na Lei dos Crimes Hediondos são feitas a crimes previstos no Código Penal Brasileiro e em legislações esparsas comuns, nada havendo ali que diga respeito ao Código Penal Militar. Eventual pretensão de equiparação por semelhança constituiria espúria analogia “in mallam partem”, vedada no Direito Penal.

Por isso, até então sempre foi pacífico o entendimento de que a Lei dos Crimes Hediondos não tinha aplicação na Justiça Militar. Gonçalves, por exemplo, afirma:

Adotou-se, portanto, um critério que se baseia exclusivamente na existência de lei que confira caráter hediondo a certos ilícitos penais. Assim, por mais grave que seja um determinado crime, o juiz não lhe poderá conferir o caráter de hediondo, se tal ilícito não constar do rol da Lei 8.072/90. Os *crimes militares não estão abrangidos nessa lei*” (grifo nosso). [3]

No mesmo sentido assevera Capez: “A Lei dos Crimes Hediondos não alcança os delitos militares, já que não constam da relação *numerus clausus* do art. 1º.” [4] Poder-se-ia argumentar que tais lições doutrinárias são antecedentes à Lei 13.491/17, mas tal assertiva seria equivocada, confirmando o que nos ensina Eco, ou seja, que “infinitas são as astúcias da razão”. [5]

Ocorre que o advento da Lei 13.491/17, em nada altera o fato de que a Lei 8.072/90, apresenta um rol taxativo de ilícitos considerados hediondos ou equiparados, indicando sempre o artigo de lei a que se refere e nunca fazendo menção a qualquer dispositivo do Código Penal Militar.

Dessa maneira, quando a Lei 13.491/17, passa a abranger todo crime da “legislação penal” brasileira como militar, desde que praticado em serviço ou em razão da função, somente se poderá aplicar a Lei dos Crimes Hediondos na Justiça Castrense quando o militar for processado por tipo penal previsto na lei comum e sem correspondente no CPM, pois, caso contrário, obviamente, será processado pelo correlato crime do CPM e não pelo da legislação penal comum. Como o crime do CPM não contém previsão na Lei 8.072/90 e, portanto, não é considerado hediondo, a Lei 8.072/90, não pode ser manejada, sob pena de violação frontal ao Princípio da Legalidade Estrita.

Exemplificando: digamos que um militar em serviço pratique um crime de estupro na forma do que seria o artigo 213, CP, constrangendo, mediante violência ou grave ameaça, uma mulher à conjunção carnal. Este dispositivo é previsto como hediondo no artigo 1º, V, da Lei 8.072/90. Mas, tal legislação somente faz referência ao crime do Código Penal Brasileiro. Estando o militar em serviço, não responderá pelo artigo 213, CP, mas pelo artigo 232, CPM, o qual não é arrolado pela Lei 8.072/90 como hediondo. A aplicação dos ditames da Lei 8.072/90, fica, portanto, inviável em face do Princípio da Legalidade. Dessa maneira, perpetua-se a violação à proporcionalidade que sempre existiu.

Doutra banda, se um militar, ainda que em serviço, pratica crime de tortura, o qual somente é previsto na Lei 9.455/97, não tendo previsão correlata no CPM, aí sim, poder-se-á conjecturar da aplicação da Lei dos Crimes Hediondos na Justiça Militar. É que nesse caso o militar, mesmo na Justiça Especial, responderá pelo crime comum, já que inexistente correspondente no CPM. Ora, esse crime de tortura, é abrangido como equiparado a hediondo pela Lei 8.072/90 em seu artigo 2º, de maneira que efetivamente, mesmo o militar estará submetido, agora na Justiça Especial, às regras dos Crimes Hediondos. *Antes o seria também, mas na Justiça Comum.* Nesse caso, também acaba havendo uma perpetuação da violação da proporcionalidade. Agora de forma ainda mais nítida, porque essa desproporção invade a seara da Justiça Especial, ou seja, alguns militares, processados de agora em diante na Justiça Castrense, receberão os rigores da Lei dos Crimes Hediondos, enquanto outros não os receberão, mesmo dentro da mesma Justiça Especial por absoluta falta de sustentação legal para tanto.

Portanto, a nosso ver, a Lei 13.491/17, longe de solucionar a violação à proporcionalidade, a mantém a agudiza. Se antes a desproporção somente ocorria entre Justiça Comum e Justiça Especial, mantém-se a situação em vários casos e ainda se cria, no seio da Justiça Militar, mais casos de tratamentos desproporcionais. Antes, ao menos, ainda se poderia argumentar que o tratamento desigual se fazia em justiças diversas. Agora, a desproporção é levada para o seio da própria Justiça Especial.

Parece-nos que a única alternativa seria a previsão de todos os crimes militares que têm correlatos na Lei 8.072/90 como hediondos, mediante uma reforma deste último diploma legal. Aí sim, a Lei dos Crimes Hediondos passaria a ser corretamente aplicada, com proporcionalidade e igualdade a civis e militares, indistintamente, ou seja, a todos os civis e a todos os militares que incidissem em práticas criminais consideradas hediondas ou equiparadas.

Enquanto isso não acontece, o entusiasmo de Galvão e outros autores ligados à Justiça Militar não se justifica, pois que a Lei 13.491/17 somente faz complicar ainda mais o quadro desproporcional já existente.

Aliás, vêm pululando interpretações que rumam ao absurdo, num incompreensível enaltecimento da Lei 13.491/17 e numa empreitada que move montanhas de juridicidade com argumentos indefensáveis, para ampliar de forma incrível o alcance da Justiça Militar, defendendo-se, por exemplo, a possibilidade de um “Júri Militar” ou mesmo de aplicação da Lei 9.099/95 no âmbito castrense, inobstante ser o Júri uma instituição da Justiça Comum (isso é contestado agora, mas é de trivial conhecimento), jamais de Justiças Especiais, bem como o claro e evidente mandamento do artigo 90-A, da Lei 9.099/95, impedindo a aplicação das regras dos Juizados Especiais Criminais à Justiça Militar.

Entretanto, não devemos nos assustar, pois como adverte o historiador Paulo Mercadante, com base nas lições de Jean Cruet e Max Nordau:

Na militância agrega-se a flexibilidade da hermenêutica. Ela produz a jurisprudência, artifício ou mentira, no dizer de Max Nordau, destinada a salvar as aparências, estabelecendo entre os princípios e uma prática contraditória o acordo puramente exterior. [6]

A interpretação jurídica maculada por demais pela militância, ideologia ou corporativismo pode realmente levar a conclusões das mais

inusitadas, sustentadas numa lógica formalmente apreciável, mas com um conteúdo evidentemente inviável.<sup>[7]</sup>

## REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crimes Militares praticados contra civil – Competência de acordo com a Lei 13.491/17. Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br) , acesso em 04.11.2017.

\_\_\_\_\_. Direito, Moral e Ciência Contemporânea. Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br) , acesso em 04.11.2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume IV. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ECO, Umberto. *Pape SatànAleppe*. 2ª. ed. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2017.

GALVÃO, Fernando. Novos Desafios na Competência Criminal. Disponível em <http://www.aprapr.org.br/2017/10/16/justica-militar/> , acesso em 04.11.2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MERCADANTE, Paulo. *A coerência das incertezas*. São Paulo: É Realizações, 2001.

---

[1] GALVÃO, Fernando. Novos Desafios na Competência Criminal. Disponível em <http://www.aprapr.org.br/2017/10/16/justica-militar/> , acesso em 04.11.2017.

[2] Sobre eventuais críticas a essa ampliação e outras vertentes interpretativas possíveis, inclusive na linha de defesa da inconstitucionalidade dos dispositivos em destaque, já escrevemos: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crimes Militares praticados contra civil – Competência de acordo com a Lei 13.491/17. Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br) , acesso em 04.11.2017.

[3] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 2 – 3.

[4] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume IV. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 199.

[5] ECO, Umberto. *Pape SatànAleppe*. 2ª. ed. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 136.

[6] MERCADANTE, Paulo. *A coerência das incertezas*. São Paulo: É Realizações, 2001, p. 76.

[7] Do “vazio” da lógica e de sua conformação como mera “estrutura” do pensar, a qual nada tem a ver com o conteúdo do “pensamento”, já tratamos em outro texto, de forma bastante didática: “Não obstante é preciso lembrar que a lógica que orienta o pensamento analítico é uma espécie de molde vazio que pode muitas vezes abrigar conclusões absolutamente apartadas da realidade. Da mesma forma que se pode construir um silogismo famoso e verdadeiro como: Todo homem é mortal – Sócrates é homem – Portanto, Sócrates é mortal. Também se pode erigir um silogismo falso, contudo logicamente (formalmente) perfeito como: Todo gato fala alemão – Fênix é um gato – Portanto, Fênix fala alemão”. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Direito, Moral e Ciência Contemporânea*. Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), acesso em 04.11.2017.



## A JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA ALTERNATIVA PARA O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

**DANIELLE SILVA MANTOVANELLI:**  
Graduanda em Direito Pela Faculdade  
Serra do Carmo.

**ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO**

**(Orientador)[1]**

**RESUMO:** Este artigo consiste em apresentar a Justiça Restaurativa, como uma alternativa para a solução da crise no Sistema Carcerário Brasileiro, que diante do fracasso procuram-se métodos para aplicação de um novo modelo que define conceitos diferentes de justiça e crime, o objetivo deste trabalho é apresentar e aplicar esse método restaurativo para resolver os conflitos da sociedade e sucessivamente a melhoria do sistema carcerário brasileiro. A Justiça baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, possam resolver seus conflitos de forma que alcancem uma solução ideal para ambos à prática restaurativa têm como premissa maior reparar o mal causado esse novo modelo processual, vai muito além do punitivismo penal estabelecido atualmente.

**Palavras Chave:** justiça restaurativa; sistema carcerário; ressocialização.

**ABSTRACT:** This article presents Restorative Justice, as an alternative to the solution of the crisis in the Brazilian Prison System, that, in the face of failure, we look for methods to apply a new model that defines different concepts of justice and crime, the objective of this work is present and apply this restorative method to solve the conflicts of society and successively the improvement of the Brazilian prison system. Justice is based on a consensus procedure, in which the victim and the offender, can solve their conflicts in a way that they can reach an ideal solution for both restorative practice and have as premise to repair the evil caused by this new procedural model, goes much further of criminal punitivism currently established.

**Keywords:** restorative justice; prison system; re-socializ

**SUMÁRIO:** 1.INTRODUÇÃO 2. A CRISE NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO; 3.JUSTIÇA RESTAURATIVA UMA POSSIVÉL SOLUÇÃO PARA A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO; 3.1 AS ORIGENS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA; 3.2 JUSTIÇA RESTAURATIVA SEUS PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS; 3.3 PRINCIPAIS PRÁTICAS RESTAURATIVAS; 4. A JUSTIÇA RESTAURATIVA SUA APLICABILIDADE E SEUS PROJETOS NO BRASIL; 4.1CÍRCULOS RESTAURATIVOS E SUAS SOLUÇÕES; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERENCIAS.

---

## **1. INTRODUÇÃO**

O Direito Penal é um sistema que, para além da visão do senso comum de servir à punição, serve especialmente como limitador do poder punitivo do Estado, estabelecendo regras e critérios específicos que permitem e definem as possibilidades de intervenção do Estado na liberdade individual. É um freio de legalidade que evita arbitrariedades no uso do *jus puniendi*. Neste sentido, temos como postulados básicos do direito penal a anterioridade, a legalidade estrita, o devido processo legal e diversos outros princípios que formam uma rede de proteção individual contra intervenções arbitrárias na vida do cidadão.

Contudo, no atual estado da arte no Brasil, o que se percebe é a existência sistemática de violações em decorrência do colapso no sistema carcerário brasileiro, com toda sorte de falhas estruturais submetendo os detentos a situações que colidem frontalmente com os postulados e garantias que forma a base de nosso Estado de Direito.

Dentre os problemas do sistema de execução penal brasileira temos a falta de aplicação efetiva da Lei de Execuções Penais, em decorrência direta da falta de investimento em uma estrutura digna somando-se a essa precarização a superlotação nos presídios identificada pelo CNJ em acompanhamento da situação prisional brasileira. Mesmo diante da escancarada realidade de precarização do sistema prisional brasileiro muito pouco é feito pelos governos para resolver ou equalizar essa situação, e em decorrência disto as prisões, que deveriam

servir em seu sentido também como ambiente ressocializador do delinquente torna-se tal e qual os antigos sistemas que visavam apenas o sentido retributivo da pena (morte, tortura, penas corporais, etc.). Alguns estudiosos consideram os presídios brasileiros equiparados a masmorras medievais, locais de descarte humano a toda sorte de humilhações e degradações, tornando quase que inatingível quaisquer expectativas relacionadas à possibilidade de reintegração e ressocialização do delinquente após o cumprimento de sua pena.<sup>[2]</sup>

O Estado tem o poder e dever de assegurar os direitos e garantias dos detentos, mas infelizmente acaba se tornando ele próprio o violador destas garantias. Conforme o *artigo 5º, inciso III da Constituição Federal* “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, texto este que reflete e repete os postulados do próprio sistema local e internacional de Direitos Humanos, considerado núcleo essencial e universal de direitos individuais.<sup>[3]</sup>

O que se precisa consolidar dentro de um Estado de Direito é que todos estão igualmente submetidos às regras e todos, da mesma forma, são sujeitos de direitos mínimos inerentes à própria humanidade. Esse racionalismo é uma característica dos Estados modernos que denotam o próprio grau de humanidade em que vive nossa sociedade.

Sem o respeito às garantias, e sem o trato humano com o detento, torna-se impossível que se possibilite a ressocialização de quem está sendo dissocializado, desumanizado. A sistemática violação da dignidade da pessoa dentro do sistema carcerário tem se mostrado fator que, além de não ressocializar, permite a cooptação deste detento para sistemas paralelos e criminosos, fomentando a ampliação de facções criminosas no Brasil.

Neste sentido que a Justiça Restaurativa valoriza a autonomia dos sujeitos e do diálogo entre eles com o principal objetivo de humanizar o sistema de recuperação do delinquente, transpondo o foco da ressocialização tradicional desde a transgressão e a culpa para o âmbito positivo de possibilidades prospectivas do sujeito na sociedade, ou seja, a sua participação como cidadão na sociedade na qual ele está inserido.

Desta forma a Justiça Restaurativa visa promover a democracia ativa na qual não se pressupõe que somente a vítima ou o infrator são os afetados em seus relacionamentos, mas toda a comunidade, porque, sofre as consequências em sua totalidade.

A Justiça Restaurativa não visa a impunidade, mas fazer com que aquele que comete infrações perceba a gravidade de sua conduta e se responsabilize pelos seus atos, por meio da realização de círculos com os ofensores, ofendidos e representantes da sociedade, de forma a reduzir os ciclos de violência e criminalidade e promover uma cultura da paz por meio do diálogo e da participação da sociedade neste sistema.

Assim afasta-se a ideia de apenas determinar a culpa e a consequente pena ao transgressor, mas também de fazê-lo compreender que para aquele ato infracional existem possíveis sanções e levá-lo a pensar na responsabilidade de não reincidir. Ao invés de definir a justiça como retribuição, busca-se o foco na restauração, ou seja: se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promoção da cura. Atos de restauração - ao invés de mais violação, devem contrabalancear o dano ocasionado promovendo a inserção por meio da responsabilidade e não da punição.

Este trabalho busca uma compreensão da possibilidade de que a Justiça Restaurativa seja uma alternativa viável de incorporação de um sistema mais humano e que vise efetivamente a recuperação do delinquente para além do sistema puramente retribucionista que tem se tornado o sistema prisional brasileiro.

A proposta é apresentada como uma possibilidade de avanço naquilo que preconiza o sistema penal brasileiro, sob o aspecto normativo, tanto no que concerne aos Tratados dos quais somos parte, como a nossa Constituição e as demais leis instituindo práticas socioeducativas, democráticas e articuladas, oportunizando assim corresponsabilidades nas intervenções institucionais, na perspectiva de um novo Sistema de Garantia de Direitos.

## **2. A CRISE NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

O reconhecido fracasso do sistema punitivo não é novidade no Brasil, o sistema atual de justiça criminal está em crise e se encontra

deteriorado, com presídios *superlotados* que não oferecem o mínimo de condições para atender às necessidades dos presos, com um aumento significativo de crimes a crise no sistema carcerário no Brasil não tem um fim e o Estado não apresenta uma solução para o problema e isto afeta o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana e toda a sociedade que sofre suas consequências.

Segundo os últimos dados divulgados em 2014 pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Infopen), o Brasil chegou à marca de 607,7 mil presos. Desta população, 41% aguarda por julgamento atrás das grades. Ou seja, há 222 mil pessoas presas sem condenação, *a morosidade nos julgamentos só aumenta a quantidade de presidiários. De acordo com o jornal Folha de São Paulo, os presos provisórios custam R\$6,4 bilhões por ano e isso é devido à rigorosidade das leis brasileiras pelo crime de tráfico de drogas também, pela lentidão da justiça na elaboração das sentenças finais. Dessa maneira, o investimento que o Governo Federal dispõe para melhorar essa situação, não é suficiente, pois haverá um crescimento nos gastos relacionados com a gestão das pessoas detidas, conseqüentemente, causa a superlotação nos presídios do Brasil.* (PRUDENTE, 2012, online)

A reincidência é grande, o que gera uma pergunta na sociedade *e que muitos de nós já ouvimos. Se o sistema carcerário é tão ruim por que os reincidentes cometem novos crimes para voltar? A resposta é a falta de oportunidades de trabalho ao ex-presidiário, e a única opção que lhe resta é voltar a infringir a lei, pois quando retornam ao convívio social é como se a própria coletividade o empurrasse novamente para o mundo do crime. Há um certo preconceito e isso tudo sem dúvida, torna pouco provável a reabilitação de um ex-detento. Umareportagem publicada pela Gazeta do Povo[4]revela o drama de presos que são despejados na sociedade após anos de encarceramento sem que, durante esse período, o Estado tenha tomado providências para que essas pessoas se tornassem aptas a encarar o novo desafio. Há o*



preconceito, a dificuldade de arranjar trabalho, a necessidade de se readaptar. E há o medo de cair de novo em erro.

Sentindo-se desamparados e desumanizados pelo Estado, os presidiários, prometendo lutar por seus direitos, deram origem às facções, organizações controladas por criminosos que estão dentro do sistema penitenciário e também fora dele, usando da violência como principal arma para desestabilizar os órgãos de segurança e a sociedade. Com a reincidência, torna-se cada vez mais difícil a reabilitação, de modo que, dentro dos presídios os detentos sofrem com abusos tanto por parte dos agentes penitenciários quanto de outros detentos. Acuados, a única opção que lhes resta é se unir as chamadas “Facções”. (PELIZZOLI, 2014)

Apesar de serem originadas em determinada localidade, não é incomum que as facções se alastrem por todo o território nacional e assim ocorreu com o PCC, considerada a maior facção do Brasil.

O PCC surgiu em 1993, na casa de custódia de Taubaté-SP, mais conhecido como “Masmorra”, pela severidade dos castigos aplicados. Na intenção de lutar por seus direitos alguns detentos se uniram e formaram uma espécie de partido, e posteriormente, formularam um “estatuto” que regulamentava as normas internas do grupo, e a relação entre o partido e o Comando Vermelho do Rio de Janeiro. (ZIZEK, 2006)

O estatuto foi publicado no Jornal Folha de São Paulo em 25 de Maio de 1997, e dispunha de dezesseis itens, sendo o de maior relevância o de número 13, que diz:

Temos que permanecer unidos e organizados para evitarmos que ocorra novamente um massacre, semelhante ou pior ao ocorrido na Casa de Detenção em 2 de Outubro de 1992, onde 111 presos foram covardemente assassinados, massacre esse que jamais será esquecido na sociedade brasileira. Por que nós do Comando vamos sacudir o Sistema, e fazer essas autoridades mudar a prática carcerária, desumana, cheia de injustiça, opressão, torturas, massacres nas prisões. (VASCONCELOS, 2008)



A criação do PCC e de tantas outras facções é prova de que a incompetência na administração do cárcere no Brasil tem um longo histórico, fazendo-se necessário repensar as práticas de resolução de conflitos, de modo que, desde as camadas mais pobres da sociedade, se liberte gradualmente dos processos de criminalização e da ideologia punitivista.

Informou Lindomar Sobrinho, presidente do Sindicato dos Agentes Penitenciários de Roraima: “Os agentes agiram de pronto e pararam a carnificina. Se eles não tivessem agido, teria sido muito maior”.  
**(CARTA CAPITAL, 2017, on line)**

Quando se fala da carnificina nos presídios Brasileiros logo se imagina que isso é uma coisa dos dias atuais, devido ao aumento significativo dos crimes, criação de novos ilícitos penais, crise econômica brasileira, etc. Porém o sistema Carcerário Brasileiro nunca foi modelo a ser seguido, no ano de 1952, O Massacre da Ilha Anchieta foi uma das maiores rebeliões nos presídios[5], de acordo com jornais da época[6] o número de mortos passaram de 100, se faz necessário repensar se passou 65 anos e nada mudou, esse grande problema passa por várias gerações é uma situação complexa e ambígua, nos primeiros dias do ano de 2017 o sistema carcerário explodiu, ocorrendo em menos de 15 dias rebeliões em diversos presídios dos estados brasileiros deixando mais de 130 mortos.[7]

Como se pode observa as práticas de resolução de conflitos aplicada durante décadas não estão surtindo o seu devido efeito, deve se pensar, desde as camadas mais pobres da sociedade, para que está se liberte gradualmente dos processos de criminalização e da ideologia punitivista.

### **3. JUSTIÇA RESTAURATIVA UMA POSSIVÉL SOLUÇÃO PARA A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO**

Sendo uma novidade no Brasil a sua veloz difusão conceitual para a Justiça Restaurativa que em contraposição ao atual sistema penal retributivo[8] no qual segue a ideologia punitivista, ao contrário então da justiça tradicional que não se preocupa com a violação da norma que atinge os presos a vítima e toda a comunidade, a Justiça Restaurativa valoriza a autonomia dos

sujeitos e do diálogo entre eles com o principal objetivo de humanizar o sistema, que ao invés de versar sobre transgressões ou a culpa, materializa as possibilidades concretas da participação individual e social do indivíduo na sociedade.

A importância da Justiça Restaurativa para o sistema retributivo é um dos benefícios mais evidente e imediato para o sistema de justiça formal é o efeito conciliador, pois ao evitar que certos litígios cheguem aos bancos judiciais o resultado se torna visível, porque o Judiciário é liberado das grandes filas de casos para julgar e não havendo grandes demandas certamente o judiciário irá analisar as lides de forma mais eficaz.

A Justiça Restaurativa então uma das alternativas para contribuir e minimizar o problema carcerário Brasileiro, pois o modelo inova ao solucionar conflitos, antes que haja a punição proposta pela justiça criminal, com ela pretende solucionar o conflito reiterando o comprometimento das partes na busca de uma solução negociada reduzindo os efeitos estigmatizantes de uma eventual vitória ou derrota processuale restabelecer o convívio social tanto da vítima quanto do agressor, resgatando a sensação de segurança da comunidade e gerando um enorme potencial de pacificação social.(Prática da Justiça Restaurativa, 2005, p.83) Essa nova Justiça se apresenta como uma alternativa ao atual modelo retributivo ao exemplo que não objetiva a punição e sim a restauração do ofensor, tem um cuidado maior deve ser dispensado quando o ofensor se tratar de criança ou adolescente, para isso tem a obrigatoriedade de se levar em consideração o tratamento disponibilizado pelo ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente a esses menores infratores, para que o modelo restaurativo possa contribuir de forma veemente na soluções desses conflitos.

Faz-se compreender que o trabalho da justiça restaurativa não é voltada para o delito, mas sim a consequência do conflito gerado por este, o modelo restaurativo visa complementar o tratamento da retribuição dada ao ofensor pelo Estado visto que esta não dirimi o conflito apenas pune o agente e é esse o trauma tanto da vítima quanto do ofensor, que muitas vezes a Justiça Restaurativa é chamada para se manifestar, pois a sociedade vive

numa convivência à distância, em contato então podemos notar que essa justiça tende a promover uma intensificação do papel comunitário na promoção da segurança. (CARVALHO Luiza, 2015)

### 3.1 AS ORIGENS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Segundo Albert Eglash(2011,p.19)a Justiça Restaurativa surgiu em meados da década de 70, como resultados de antigas tradições pautadas em diálogos, de acordo com a história da humanidade as civilizações antigas até a nossa sociedade contemporânea incluindo os grupos familiares, e os povos indígenas criaram soluções para seus conflitos, os construtores de consensos originários se deram em grande escala em países como Nova Zelândia, Canadá, Estados Unidos, Brasil dentre outros, o surgimento da justiça nestes países foi influenciando principalmente pelas propostas abolicionistas do atual sistema penal e de grupos críticos da área penal interessados em busca de alternativas a prisão após o aumento da criminalidade e grande quantidade de presos.

A Justiça Restaurativa ficou mundialmente conhecida pelo livro Trocando as Lentes: Um Novo Foco sobre Crime e Justiça, do americano HowardZehr (2014.p6), na década de 90 e se tornou um dos principais movimentos de reforma do sistema criminal e se tornou um dos principais motivos da reforma no sistema criminal sendo reconhecido e recomendado pela Organização das Nações Unidas e pela União Européia e como forma de incentivar tais regras e regulamentar as práticas no mundo, à ONU emitiu três resoluções de 1999 a 2002 e essas resoluções são referente a justiça restaurativa nos países que são signatários da ONU.

Tais práticas têm raízes em dimensões gregárias tão antigas quanto à organização das comunidades humanas, na medida em que uma comunidade para se manter e conviver precisa ter uma ética e justiça em seu modo de ser um sistema de manutenção de relações que evite ou repare danos e ofensas causados entre os participantes ou litigantes, podemos dizer que as comunidades humanas funcionam na base da teoria do dom da resolução de conflitos. (MARIOTI, 2000)

### 3.2 JUSTIÇA RESTAURATIVA SEUS PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS

Cada instituto tem sua base, sob a qual se justifica e se funda a sua razão de ser, a Justiça Restaurativa por versarem sobre normas de

comportamento social tem o seu fundamento maior os princípios e direitos da dignidade da pessoa humana inicialmente, os princípios fundamentais da pessoa humana, e os princípios norteadores do direito penal correlatos com a essa nova justiça, sob os quais faremos breves comentários para melhor inteligência do tema.

Nas últimas décadas tem crescido a busca por alternativas para a administração de conflitos na sociedade. O Direito Penal e o Direito Processual Penal, por meio dos órgãos da administração de justiça criminal monopolizam a sistemática de resolução dos litígios. As práticas da Justiça Restaurativa têm um novo paradigma na resolução de conflitos por meio do diálogo e a resolução dos danos em que vítima e autores estão envolvidos em busca da recuperação da relação entre as pessoas o novo modelo restaurativo baseia-se em valores, resultados definidos e procedimentos.

As dificuldades enfrentadas na atualidade pelo sistema prisional brasileiro voltam-se para a morosidade na tramitação dos processos além da superlotação nos presídios que não conseguem responder ao apelo social que clama pela redução da violência, de respostas céleres do judiciário para a resolução dos conflitos sociais. Neste sentido a Justiça Restaurativa surge como um caminho viável e uma alternativa muito mais ampla do crime baseiam-se em um modelo não punitivo, mas sim na análise do fato danoso observando suas consequências e procurando as possíveis soluções para a sociedade brasileira.

### 3.3 PRINCIPAIS PRÁTICAS RESTAURATIVAS

Em conformidade com os valores e princípios mencionados acima, diversas podem ser as práticas restaurativas, que, por sua vez, não impedem que novos modelos sejam criados, ou que os já existentes sejam adaptados e modificados em conformidade com as demandas específicas de cada local. Walgrave (2008, p. 31-41), no entanto, selecionou, as práticas mais conhecidas atualmente, apresentando-as da seguinte maneira:

A Justiça Restaurativa tem um especial interesse pelas necessidades das vítimas que não são adequadamente atendidas pelo sistema judiciário penal, entre elas: informação, narração dos fatos, recuperação do senso de controle e reparação ou reivindicação.

Como o foco principal deixa se ter a averiguação dos fatos para posterior responsabilizar o acusado, um serviço de apoio a? vítima, conforme o autor (Walgrave, 2008, p. 32) ,deve ser a primeira e mais importante condição para fazer a justiça, toda projeção, previsão ou planificação do tripé da Justiça Restaurativa, tem como sua base em que nada pode concorrer com o diálogo franco aberto com a vítima e acusado, não é certo que a negociação do conflito seja como um jogo de soma que se soma zero, no qual uma parte ganha e automaticamente a outra perde, pelo ao contrário, a criação de valor sempre está presente, até naqueles casos em que parece que tudo se reduz a uma equação matemática de forma negativa.

É nestas necessidades que o sujeito tem a possibilidade de ser escutado e uma das ferramentas mais importante para resolver conflitos é saber escutar com atenção e pedir explicações, é conhecer a outra história de permitir o arrependimento e a desculpa do ofensor e ter uma reparação pelo dano sofrido.

Para o ofensor, a possibilidade de poder encontrar-se com sua vítima e sua necessidade de responsabilizar-se positivamente e restaurar sua imagem como pessoa para assumir compromissos e condutas valiosas para o futuro que ambos os sujeitos juntamente com a comunidade possam trabalhar na recomposição do relacionamento quanto seja necessário, tendo oportunidade de administrar os conflitos numa experiência com um forte conteúdo pedagógico nesse sentido e cuja a realização não pode estar ausente a comunidade.

Os encontros vítima e acusado devem ser realizados em espaços onde todos os participantes o façam autenticamente e livres de perigo da revitimização, em síntese, não pode existir um programa de Justiça Restaurativa sem sua articulação com um programa vitimológico.

Conforme a Resolução 225, versa sobre as práticas restaurativas e tem como o foco a satisfação das necessidades dos envolvidos, tanto comunidade a vítima e o ofensor, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.



#### **4. A JUSTIÇA RESTAURATIVA SUA APLICABILIDADE E SEUS PROJETOS NO BRASIL**

Importante mencionar que diversos programas de administração alternativa de conflitos se encontram em operação, na condição de projetos-piloto ou de funcionamento contínuo. Referidos programas e projetos são importantes para demonstrarem a efetiva existência de diferentes iniciativas de sistemas alternativos de resolução de conflitos. (2014, p.219)

Em levantamento realizado no ano de 2005<sup>[9]</sup> pelo Ministério da Justiça, por intermédio de parceria entre a Secretaria de Reforma do Judiciário e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), foram mapeados 67 programas alternativos de administração de conflitos, em funcionamento em 22 Estados brasileiros.

A implementação oficial da Justiça Restaurativa no Brasil aconteceu a partir de 2005, através do projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, iniciativa da Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça em colaboração com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Foram criados três projetos-piloto em Porto Alegre (RS), Brasília (DF) e em São Caetano do Sul (SP), mas em foi em Porto Alegre que a Justiça Restaurativa tomou forma e foi chamada de *Projeto Justiça para o Século 21*, um articulado de ações interinstitucionais liderados pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS) com o objetivo de difundir a Justiça Restaurativa na pacificação de conflitos e violências envolvendo crianças, adolescentes e seu entorno familiar e comunitário.(2011, p.18)

Como explicitado no tópico anterior um dos três projetos-piloto foi em Porto Alegre/RS e com o nome de Justiça do Século 21, foi coordenado então pela 3º Vara Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre, que se iniciou as práticas restaurativas, na qual o tema adotado foi o círculo restaurativo com a participação principal da vítima e o seu grupo familiar e a ofensor aplicando as medidas socioeducativas.

Em São Caetano do Sul/SP(2011,p.57) foi adotado um projeto de nome “ Justiça, Educação, Comunidade: Parcerias para a Cidadania”, esse



projeto teve início em 2008 e ainda está em desenvolvimento a prática utilizada são os círculos e cirandas com crianças menores de 12 anos, usando a técnica de comunicação não violenta, os círculos são realizados em mais de 11 escolas atualmente, bem como no Fórum e no Conselho Tutelar da cidade.

Já em Araguaína/ TO no ano de 2013 foi implantada a Justiça Restaurativa o juiz titular da 2ª Vara Criminal e Execuções Penais da Comarca de Araguaína, Antônio Dantas, colocou a unidade judiciária como referência na aplicação da Justiça Restaurativa no país. A próxima etapa do projeto é fazer com que também as vítimas possam participar dos círculos restaurativos. O projeto em Araguaína foi um dos finalista no Prêmio Inovare 2016.

#### 4.1 CÍRCULOS RESTAURATIVOS E SUAS SOLUÇÕES

Através da implantação dos projetos de justiça restaurativa no Brasil, pode-se constatar uma evolução na reabilitação de jovens que haviam cometido algum tipo de delito, o que em outrora, acarretaria em uma punição, talvez, exacerbadamente exagerada.

Podemos citar alguns casos reais em que a justiça restaurativa cumpriu o papel a que se propôs:

##### **Caso 1:**

Em Caxias do Sul (RS), um assalto à mão armada envolvendo três adolescentes encontrou uma saída em uma nova metodologia de solução de conflitos. O caso, que poderia terminar com mais três adolescentes em unidades socioeducativas lotadas, foi resolvido com base na Justiça Restaurativa, ou os chamados círculos restaurativos. No caso do assalto, os três adolescentes, os familiares e o dono do restaurante roubado foram convidados a participar do círculo, onde, juntos, decidiram a melhor forma de solucionar o conflito. Os jovens cumpriram regime de liberdade assistida e devolveram o valor roubado. Para Roger Modelski, um dos adolescentes, a Justiça Restaurativa mudou sua forma de pensar e sem ela “eu poderia estar morto hoje”, afirma. Roger, hoje com 23 anos, conta que a presença do dono do

restaurante nos círculos e a esperança dele de que os jovens poderiam mudar foi fundamental. (PROJETO COLABORA, 2017,online)

## **Caso 2:**

A comarca de Araguaína é referência nacional na aplicação da Justiça Restaurativa, o Juiz titular da 2ª Vara Criminal e Execuções Penais da Comarca de Araguaína, Antônio Dantas, colocou a unidade judiciária como referência na aplicação da Justiça Restaurativa no país. O magistrado já determinou a realização de 11 círculos restaurativos. No dia 13 de setembro foi publicada a sentença com enfoque restaurativo nos autos de nº 0003131-30.2016.827.2706, envolvendo os sentenciados Johnny Cristiano dos Santos e Maria Karollyny Campos Ferreira, tendo sido reconhecida a Justiça Restaurativa para o primeiro e, como consequência, a diminuição da sua pena e a aplicação do regime mais brando, o aberto. (TJTO, 2016, online)

Apesar de a justiça restaurativa visar conciliação entre o infrator e a sociedade, é de suma importância que o “acusado” demonstre arrependimento e interesse nessa conciliação.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, não restam dúvidas quanto à naturalização da barbárie que arruína o sistema carcerário brasileiro, o aumento da criminalidade revela a fragilidade do nosso atual sistema penal, o papel do Estado na solução de conflitos e na promoção de políticas públicas torna-se cada vez mais distante da sociedade, a pena da privação de liberdade de forma indiscriminada não mais ressocializa o indivíduo tornando-o inapto ao convívio social.

E é neste contexto que se insere a proposta da justiça restaurativa, que propõe a ser uma nova ferramenta na composição de resolução de conflitos, sem alimentar a violência, em busca pela harmonização das necessidades de todas as partes envolvidas, sem exclusão, promovendo uma efetiva reflexão entre ambos.

Pode-se dizer que a justiça possui princípios diferentes dos sustentados pelo modelo tradicional, esse novo método trata os acusados com dignidade respeitando as leis, bem como seus direitos tratá-los com dignidade e respeita os seus direitos. Assim, a Justiça Restaurativa, sinaliza um novo e longo caminho a ser enfrentado, mas que a necessidade de resolver o problema carcerário no Brasil está clamando por uma luz no fim do túnel como uma ferramenta para a reestruturação do sistema criminal.

## 6 REFERÊNCIAS

*BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.*

ZEHR, H. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice* (Waterloo, ON: Herald Press, 1990) in <http://www.restorativejustice.org/>. Acesso 25 mar. 2017

PELIZZOLI, M. L. **A importância da Justiça Restaurativa - em direção à realização da justiça**: Editora da UFPE, 2014 – Disponível em: [https://www.ufpe.br/edr/images/documentos/A\\_import%C3%A2ncia\\_da\\_JR.pdf](https://www.ufpe.br/edr/images/documentos/A_import%C3%A2ncia_da_JR.pdf) Acesso: 06 jun. 2017

VASCONCELOS, C. E. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 35-40) Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A\\_Paz\\_que\\_Nasce\\_de\\_uma\\_Nova\\_Justica\\_BAIXA.pdf](https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A_Paz_que_Nasce_de_uma_Nova_Justica_BAIXA.pdf) Acesso: 12 jun. 2017

ACHUTTI, Daniel Silva: *Justiça Restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2014.

ZIZEK, Slavoj. *Arriesgarlo imposible: Conversaciones com Glyn Daly*. Trad. Sonia Arribas. Madri: Trotta, 2006, p.116 site: [http://emporiododireito.com.br/tag/processo-penal/page/19/#\\_ftn30](http://emporiododireito.com.br/tag/processo-penal/page/19/#_ftn30) Acesso em 12 jun. 2017.

Uma abordagem constitucional sobre a Justiça Restaurativa no âmbito criminal preconizada na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/viewFile/62935/38656> Acesso: 12 jun.2017.

REDAÇÃO: SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO – PROBLEMAS E SOLUÇÕES Disponível em: <http://www.imagine.com/redacao-sistema-carcerario-brasileiro-problemas-e-solucoes/> Acesso: 12 out. 2017

Justiça Restaurativa em Debate. Disponível em: <http://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2016/03/%209/1/1/1> Acesso: 12 out. 2017

'Presídios do País são masmorras medievais', diz ministro da Justiça. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais--diz-ministro-da-justica,10000001226>>, acesso em 18 nov. 2017

*Justiça Restaurativa: o que é e como funciona.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona> Acesso: 19 nov. 2017

Carnificina em presídios deixou mais de 130 mortos neste ano. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/carnificina-em-presidios-deixou-mais-de-130-mortos-neste-ano> Acesso: 19 nov. 2017

A Ilha Anchieta Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Rebeli%C3%A3o\\_da\\_Ilha\\_Anchieta](https://pt.wikipedia.org/wiki/Rebeli%C3%A3o_da_Ilha_Anchieta) Acesso: 19 nov. 2017.

tjto—Comarca de Araguaína é referência nacional na aplicação da justiça restaurativa. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem->

[noticias/4345-comarca-de-araguaina-e-referencia-nacional-na-aplicacao-da-justica-restaurativa](#). Acesso em 17 de nov. 2017.

NOTAS:

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Prestação Jurisdicional, pós-graduado em Direito e Processo Administrativo, Graduado em Direito e em Comunicação Social. Professor Universitário em Direito Penal e Processo Penal, escritor de obras jurídicas, palestrante.

[2] Em entrevista o então Ministro da Justiça no governo Dilma, José Eduardo Cardoso, citou os presídios textualmente como masmorras medievais. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais--diz-ministro-da-justica,10000001226>>, acesso em 18/11/2017

[3] Podemos citar: Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), art. 5, 2; Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), art. 5; Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, art. 7.

[4] Ex-Detentos, realidade e preconceito. (GAZETA DO POVO, 2010, on line)

[5] A Rebelião da Ilha Anchieta foi um confronto ocorrido em 20 de junho de 1952, entre as forças policiais brasileiras e prisioneiros que tentaram escapar do presídio que existia, na época, na [Ilha Anchieta, litoral norte do estado de São Paulo](#) episódio foi uma das maiores rebeliões de prisioneiros da história. Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Rebeli%C3%A3o\\_da\\_Ilha\\_Anchieta](https://pt.wikipedia.org/wiki/Rebeli%C3%A3o_da_Ilha_Anchieta) acesso em 19/11/2017.

[6] Manchete do jornal O Estado de S. Paulo, Edições dos dias 21 e 22 de Junho de 1952, (MIGALHAS, 2017, online).

[7] No dia 1º de Janeiro de 2017, em Manaus uma rebelião no [Complexo Penitenciário Anísio Jobim \(Compaj\)](#), foi encerrada com o assassinato de 56 presos. Posteriormente no dia 4º de Janeiro em Patos (PB) dois homens foram assassinados durante uma rebelião. Dias depois da barbárie em Manaus, a [Penitenciária Agrícola Monte Cristo](#), na capital de Roraima, foi palco de dezenas de mortes, em um novo episódio da guerra de facções, 33 homens morreram. Uma outra rebelião na Penitenciária de Alcaçuz, na Região Metropolitana de Natal, deixou [26 mortos](#), foi o terceiro maior massacre do ano. Disponível



em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/carnificina-em-presidios-deixou-mais-de-130-mortos-neste-ano> acesso 19/11/2017.

[8] Sistema penal retributivo segue a teoria que a pena é a retribuição do mal injusto praticado pelo criminoso.

[9] A publicação dos resultados está? disponível no sítio eletrônico do Ministério da Justiça, seção *publicações* <http://www.mj.gov.br> , acesso em 20/11/2017

## **A DEFASAGEM DA TABELA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA PESSOA FÍSICA**

**JOSÉ CARLOS SOUZA CAMBÉ DOS SANTOS:**  
Bacharelado em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

**ANTÔNIA MARIA DA SILVA**

**(Orientadora)[1]**

**RESUMO:** O objeto desse estudo bibliográfico é a de analisar 4 tabelas montadas a partir de informações obtidas junto à Receita Federal do Brasil e do SINDIFISCO/NACIONAL - Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, sobre a correção monetária da Tabela Progressiva Mensal de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte Pessoa Física para o período de 1996 a 2016, constatando defasagem de 81,41%, entre o reajuste concedido pelo Estado e a inflação medida pelo IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo), com o objetivo de tecer considerações se o Estado obedeceu ao Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva dos contribuintes do Imposto sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza para tributar as pessoas físicas, ano-calendário 2016, sem afetar o atendimento de suas necessidades básicas. Tal pesquisa apoiou-se na consulta bibliográfica de doutrinadores do Direito Tributário, cuja conclusão foi pela ocorrência de que o Estado não obedeceu ao Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva e ao Princípio Constitucional da Legalidade sobrecarregando os contribuintes que obtiveram renda tributável entre 5,3 a 8,5 salários mínimos por mês no ano- calendário de 2016.

**PALAVRAS-CHAVE:** Defasagem da tabela; Imposto sobre renda

**ABSTRACT:** The purpose of this bibliographic study is to analyze 4 tables assembled from information obtained from the Brazilian Federal Revenue Service and from SINDIFISCO/NACIONAL - National Union of Tax Auditors of the Brazilian Federal Revenue, on the monetary correction of the Monthly Progressive Tax Table on the Withholding Income for the period from 1996 to 2016, indicating a 81.41% lag between the adjustment granted by the State and the inflation measured by the National Extended

Consumer Price Index (IPCA), with the objective of weaving considerations: if the State obeyed the Constitutional Principle of the Contribution Capacity of the Taxpayers of Income Impost and Taxes of Any Nature to tax individuals, calendar year 2016, without affecting the fulfillment of their basic needs. This research was based on the bibliographical consultation of tax law writers, whose conclusion was that the State did not comply with the Constitutional Principle of the Contributory Capacity and the Constitutional Principle of Legality overloading taxpayers who obtained taxable income between 5,3 and 8,5 minimum wages per month in the calendar year 2016.

**KEYWORDS:** Discrepancy of the table; Income impost

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza; 2.1. Cronologia histórica do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza; 3. Princípio da capacidade contributiva; 4. O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza retido na fonte da pessoa física e o princípio da capacidade contributiva para o exercício 2017, ano-calendário 2016; 5. Considerações finais.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho foi elaborado para responder ao questionamento se o Estado obedeceu ao Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva dos contribuintes do Imposto sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza para tributar as pessoas físicas, ano-calendário 2016, sem afetar o atendimento de suas necessidades básicas.

Buscou-se na doutrina, Constituição Federal de 1988, no Código Tributário Nacional, nos sítios eletrônicos da Receita Federal do Brasil e do SINDIFISCO/NACIONAL e do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística a resposta para o questionamento.

Necessário se fez delimitar o tema de Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza no sentido amplo para restringir-se na Pessoa Física, com foco na defasagem na correção dos valores que compõem a tabela progressiva mensal de cálculo do imposto retido na

fonte, uma vez que o Imposto de Renda é de contribuição antecipada mensalmente com ajuste anual no exercício seguinte ao ano-calendário.

O trabalho com este tema se justifica pela inquietação geral quando o assunto é o Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, uma vez que para o sistema tributário renda é fruto do trabalho, do capital ou a combinação de ambos e proventos seria qualquer acréscimo patrimonial não advindo do trabalho e do capital.

Para alcançar o objetivo da pesquisa, a metodologia adotada foi a consulta bibliográfica de doutrinadores de Direito Tributário e informações nos sítios da web dos órgãos supracitados.

O trabalho foi estruturado em 4 (quatro) itens e 1 (um) subitem.

No primeiro, está a introdução.

No segundo, a definição de imposto, em relação ao Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, a competência para instituí-lo, o fato gerador, a base de cálculo, quem são os contribuintes, além do conceito de renda e proventos, bem como os critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, tidos como princípios que devem ser observados.

No subitem 2.1, descreve-se sinteticamente a cronologia do Imposto sobre a Renda no mundo por volta de 1799 e no Brasil, por volta de 1843, embora oficialmente o imposto em questão foi criado em 1922.

No terceiro, apresenta-se o Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva, que poderá ser observada pelo Estado em sua competência para tributar sem comprometer o mínimo existencial ou o mínimo vital do contribuinte.

No quarto, apresenta-se a delimitação do tema amplo para Imposto sobre a Renda retido na fonte para pessoa física e demonstra a defasagem provocada pela falta de correção monetária da Tabela Progressiva mensal para o cálculo do Imposto Retido na Fonte para o período de 1996 a 2016, com reflexos negativos em relação ao Princípio da Capacidade

Contributiva. As tabelas 1, 2, 4 e 6, demonstram a resposta que o SINDIFISCO/NACIONAL dá ao questionamento deste artigo.

## **2. IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA**

A definição de Imposto encontra-se no artigo 16 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, que instituiu o Código Tributário Nacional – CTN, que diz que é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

O artigo 153, inciso III, § 2º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, traz a seguinte previsão de que compete à União instituir imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei.

Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza é de competência da União (art. 153, CF c/c 43, CTN), e tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, de renda ou de proventos de qualquer natureza.

A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis (art. 44, CTN), sendo contribuinte do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43 do CTN, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis (art. 45, CTN).

O conceito jurídico de renda consiste no acréscimo patrimonial num lapso de tempo, tributável quando atende aos princípios de isonomia, da capacidade contributiva e o do não confisco.

A definição estampada no inciso I, do artigo 43, do Código Tributário Nacional – CTN, define renda como o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos.



No mesmo artigo supracitado, tem-se, no inciso II, a definição de proventos de qualquer natureza como os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso I, ou seja, tudo que não for produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos.

Doutrinadores como Sabbag (2015), afirmam que renda de capital advém de aluguel, “*royalties*”, recebimentos decorrentes de aplicações financeiras, lucros, participação nos lucros, bonificações, rendimentos de partes beneficiárias etc.; que renda do trabalho provém de salário, honorários, pró-labore, comissões, etc.; que a renda da combinação do capital e do trabalho resulta do pró-labore, lucro etc.; que os proventos de qualquer natureza são os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda supramencionado – aposentadorias, pensões, ganhos em loterias, doações, acréscimos patrimoniais não justificáveis etc.

Contudo, os recursos econômicos auferidos pelos contribuintes são indispensáveis à satisfação de suas necessidades vitais básicas, garantidas pela Constituição, em especial em seu artigo 6º que prescreve ser 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, não podem ser computados para fins da incidência do imposto sobre a renda, seja como renda ou como proventos de qualquer natureza.

Queiroz (2004), um dos doutrinadores consultados afirma que o indicador mais seguro para que a tributação possa ocorrer de maneira o mais justa possível parece ser aquele em que o imposto somente possa incidir sobre os valores dos efetivos acréscimos de renda ou proventos, assim considerados os que excederem os custos e despesas necessários à percepção dos rendimentos e à manutenção da fonte produtora.

Observa-se no artigo 153 da Constituição Federal o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade.

Entretanto, para Carraza (2006), o critério da generalidade é para quaisquer pessoas, o critério da universalidade é para todas as renda e

proventos e o critério da progressividade é observado no acréscimo de patrimônio, pois se maior, maior será a alíquota aplicável.

## **2.1. CRONOLOGIA HISTÓRICA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA**

No mundo, de acordo com o relato da maioria dos historiadores, o imposto sobre a renda surgiu na Inglaterra em 1799, pela necessidade de angariar recursos para financiar a guerra contra a França de Napoleão Bonaparte. Em 1815, com a derrota de Napoleão, o imposto foi suspenso, retornando em 1842.

No Brasil, o primeiro imposto progressivo sobre os vencimentos percebidos dos cofres públicos, surgiu no reinado de D. Pedro II (1843), vigorou por dois anos como tributação exclusiva na fonte.

A exemplo de que ocorreu na Inglaterra, a guerra contra o Paraguai (1864 a 1870) exigiu medidas fiscais para obtenção de recursos. Buscou-se no imposto sobre a renda a solução para equalizar a política orçamentária e financeira. Foram várias as tentativas para implementar o imposto, mas todas infrutíferas.

Porém, em 1922, conseguiu-se a sua implantação com os rendimentos agrupados em categorias, sendo que o rendimento líquido (rendimento bruto menos dedução) de cada uma ficaria sujeito à tabela progressiva.

Destaca-se, no período de 1922 a 2016, alguns eventos como isenção da primeira profissão, a instalação do Conselho de Contribuintes, a dedução para dependentes (encargos de família) como cônjuge, filhos menores e inválidos, pais maiores de 60 anos, filhas ou irmãs solteiras ou viúvas sem arrimo, desde que não tivessem rendimentos próprios.

A Constituição de 1934, estabeleceu imunidade de imposto sobre a renda para vencimentos de escritor, jornalista e professor, passando a fazer parte da Carta Magna como imposto de competência da União. Porém, a primeira reforma tributária (1964 a 1967) impactou a receita

desse imposto com incentivos fiscais; retenção na fonte para rendimentos do trabalhador sem vínculo empregatício e aluguéis; atualização, dos valores da legislação do imposto sobre a renda, pela correção monetária; incentivos para florestamento e reflorestamento; redução do imposto devido na compra de ações, por meio de certificados de compra de ações, das empresas autorizadas pelo Banco Central do Brasil.

Segundo a Secretaria da Receita Federal do Brasil, observa-se, avanço tecnológico (1927 a 2016) que proporcionou segurança, rapidez e facilidade no preenchimento e na entrega da declaração do imposto sobre a renda, para maior comodidade para o contribuinte e eficiência para o Fisco.

### **3. PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA**

O artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, prevê que sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

O Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva busca em outros princípios como o da igualdade, ser justo na medida que tem como objetivo tributar mais quem ganha mais e tributar menos quem ganha menos, pois segundo Carraza (2005), esse princípio não deve dissociar do Princípio da Igualdade e da Proporcionalidade, pois é justo que quem tem rendimento maior pague mais imposto e quem tem rendimento menor pague menos, graduando de acordo com a capacidade econômica do contribuinte

Desde a Constituição Federal de 1946 (art. 202), o Princípio da Capacidade Contributiva ingressou no ordenamento jurídico nacional, com a finalidade de inibir o legislador de instituir tributos que atentem contra o mínimo existencial ou mínimo vital, que de acordo com Carrazza (2006), é conceito que gravita em torno dos bens mais preciosos do ser humano, como a vida, a saúde, a cultura, ou seja compreende os valores monetários que garantem direito à vida, à saúde, à educação, à moradia e ao lazer do contribuinte e de seus familiares e dependentes, razão pela

qual não devem ser computados para fins de determinar a renda ou os proventos, mesmo que apenas em parte.

Nesse sentido leciona o professor Luciano Amaro (2005), pois se o contribuinte não tem riqueza é inútil instituir imposto sobre a renda, pois do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à procura de água. Arremata que o princípio da capacidade contributiva é a manifestação da isonomia, pois devem ser tratados com igualdade os que tiverem igual capacidade contributiva e com desigualdade os que tiverem riquezas diferentes, logo diferente capacidade de contribuir.

Na mesma linha doutrinária ensina Baleeiro (2005) ao afirmar que no Direito como um todo e principalmente no Direito Tributário encontra-se a justiça como igualdade distributiva, porque se deve tributar de acordo com a capacidade econômica do contribuinte.

Nesse sentido, o termo “sempre que possível” estampado no § 1º do artigo 145 da Constituição Federal de 1988, dá margem para que o Estado não observe este Princípio Constitucional.

#### **4. O IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA RETIDO NA FONTE DA PESSOA FÍSICA E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA PARA O EXERCÍCIO 2017, ANO-CALENDÁRIO 2016.**

É certo que o Estado por intermédio do Poder Executivo pode usar a discricionariedade para atender à Política Fiscal e Econômica.

Porém, segundo o SINDIFISCO/NACIONAL, a falta de reajuste das Tabelas: mensal para desconto do imposto sobre a renda na fonte e a de ajuste anual, ofende além do Princípio da Capacidade Tributária, o Princípio da Legalidade, devido a omissão que equivale à majoração indireta do imposto, portanto sem lei que a determine, evidenciando uma defasagem de 81,41%, para o período de 1996 a 2016, ou seja, o Estado recebeu mais imposto que deveria e os contribuintes pagaram mais que deveriam.

A Tabela 1, elaborada pelo Departamento de Estudos Técnicos do SINDIFISCO/NACIONAL, ajustada pelo autor, demonstra os resíduos da correção e compara os índices de IPCA que deveriam ser usados para corrigir a Tabela do Imposto sobre a Renda no ano-calendário de 1996 a 2016, uma vez que não ocorreram reajustes para os anos-calendários compreendidos entre 1996 a 2001, 2003, 2004 e 2016, bem com ocorreram reajustes abaixo dos índices do IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo) para 2007, 2008, 2010 a 2015, com reflexos negativos ao contribuinte do referido imposto.

Outra constatação da Tabela é o reajuste de 4,5% para o período de 2007 a 2014, enquanto a média do IPCA para o período foi de 5,66%, segundo informações no [sítio, http://www.ibge.gov.br/Precos\\_Indices\\_de\\_Precos\\_ao\\_Consumidor/IPCA/Fasciculo\\_Indicadores\\_IBGE/ipca-inpc\\_201710caderno.pdf](http://www.ibge.gov.br/Precos_Indices_de_Precos_ao_Consumidor/IPCA/Fasciculo_Indicadores_IBGE/ipca-inpc_201710caderno.pdf).

#### **TABELA 1**

Resíduos da correção da Tabela  
do Imposto sobre a Renda pelo

IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo) 1996 - 2016 –  
em %.

Períodos	IPCA	Correção na Tabela	Resídu os	Resíduos Acumulados
----------	------	--------------------------	--------------	------------------------



1996	9,56	0	9,56	9,56
1997	5,22	0	5,22	15,28
1998	1,65	0	1,65	17,18
1999	8,94	0	8,94	27,66
2000	5,97	0	5,97	35,28
2001	7,67	0	7,67	45,66
2002	12,53	17,50	-4,97	38,42
2003	9,30	0	9,30	51,29
2004	7,60	0	7,60	62,79
2005	5,69	10,00	-4,31	55,77
2006	3,14	8,00	-4,86	48,20
2007	4,46	4,50	-0,04	48,14
2008	5,90	4,50	1,40	50,22
2009	4,31	4,50	-0,19	49,94
2010	5,91	4,50	1,41	52,05
2011	6,50	4,50	2,00	55,09
2012	5,84	4,50	1,34	57,17
2013	5,91	4,50	1,41	59,39
2014	6,41	4,50	1,91	62,43
2015	10,67	5,60	5,07	70,67

2016	6,29	0	6,29	81,41
------	------	---	------	-------

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)

Tabela elaborada pelo Departamento de Estudos Técnicos do Sindifisco/Nacional/Ajustada pelo autor.

A Tabela (1) demonstra a evolução dos reajustes e dos resíduos pela diferença entre a inflação medida pelo IPCA e os reajustes concedidos anualmente desde 1996.

A política de correção da Tabela do IRRF mensal e ajuste anual resulta no crescimento acumulado.

Na Tabela 2, tem-se, também, as seguintes deduções: dedução por dependente R\$ 189,59; parcela isenta dos rendimentos de aposentadoria, pensão, reserva ou reforma dos contribuintes com mais de 65 anos: R\$ 1.903,98.

## **TABELA 2**

### Tabela Progressiva Mensal

do Imposto de Renda Retido na Fonte Ano Calendário 2016 – em R\$.

De	Até	Alíquota	Dedução
0,00	1.903,98	Isento	0
1.903,99	2.826,66	7,5%	142,80
2.826,67	3.751,05	15%	354,80
3.751,06	4.664,68	22,5%	636,13
acima de	4.664,68	27,5%	869,36

Fonte: Secretaria da Receita Federal do Brasil

Tabela elaborada pelo Departamento de Estudos Técnicos do Sindifisco/Nacional/Ajustada pelo autor.

Ao analisar as Tabelas 2 (Progressiva Mensal) e 4 (Progressiva Mensal Corrigida), ano-calendário 2016, tem-se um comparativo das faixas de incidência do imposto sobre a renda, suas alíquotas e deduções por dependentes, da parcela isenta de aposentadoria, reserva remunerada, reforma e pensão para declarante com 65 anos ou mais, caso não tenha sido deduzido dos rendimentos tributáveis.

A defasagem de 81,41%, apurada na Tabela 1 e aplicada na Tabela 4, acumulada nos últimos 21 anos, aplica-se, também, nas deduções supracitadas.

Existem outras deduções que não dependem de correção pelo IPCA.

Para melhor entendimento dividiu-se essas deduções em três grupos.

Primeiro: despesas médicas, Previdência Privada PGBL – Plano Gerador de Benefício Livre ou FAPI – Fundo de Aposentadoria Programada Individual, pensão alimentícia e carne-leão: livro caixa.

Segundo: os incentivos a doações ao Estatutos da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, à cultura, ao audiovisual, ao desporto, limitadas a 6% do imposto devido.

Terceiro: os incentivos a doações ao PRONAS/PCD – Programa Nacional de Apoio à Saúde de Pessoa com Deficiência e ao PRONON – Programa Nacional de Apoio à Atenção Oncológica, limitadas a 1% do imposto devido.

O SINDIFISCO-NACIONAL, sugere uma reforma tributária que contemple a ampliação das deduções no ajuste anual do imposto sobre a renda, gastos com medicamentos de uso extra hospitalar, vitais a capacidade contributiva. Sugere a volta da dedução com despesas com moradia, seja aluguel residencial ou juros no seu financiamento, considerando que estas despesas consomem, de muitos trabalhadores, cinquenta por cento de sua renda tributável.

Aliás, essas deduções dizem respeito a direito fundamental garantido no artigo 6º da Constituição federal no sentido de que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

O artigo 7º da Constituição Federal, corrobora a respeito das deduções ao dizer: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social {...}”

Lembra-se ainda, segundo o SINDIFISCO-NACIONAL, que até 1998, era permitida a dedução dos aluguéis residenciais e dos juros para no financiamento da casa própria na declaração do imposto sobre a renda ajuste anual.

É interessante observar que, atualmente, quem recebe aluguel deve tributar o rendimento, mas quem paga aluguel não pode deduzi-lo.

Na Tabela 3, tem-se, também, as seguintes deduções: dedução com educação limitada a R\$ 3.561,50, anuais para o titular e para cada dependente ou alimentado com os quais o titular efetuou despesas com instrução.

Essa tabela e a tabela 5, foram elaboradas pelo autor, apenas para ilustrar, mas não interfere na conclusão do trabalho.

### **TABELA 3**

#### Tabela Progressiva Ajuste Anual

do Imposto de Renda Retido na Fonte Ano Calendário 2016 – em R\$.

De	Até	Alíquota	Dedução
0,00	22.847,76	Isento	0
22.847,77	33.919,92	7,5%	1.713,60
33.919,93	45.012,60	15%	4.257,60
45.012,61	55.976,16	22,5%	7.633,56
acima de	55.976,16	27,5%	10.432,32

Tabela elaborada pelo autor.

As Tabelas 3 (Progressiva Ajuste Anual, ano-calendário 2016) e a tabela 5 (Progressiva Ajuste Anual Corrigida pelo Resíduos Inflacionários dos anos-calendários de 1996-2016), resultaram da multiplicação por 12



(meses) sobre os valores das tabelas 2 (Progressiva Mensal) e tabela 4 (Progressiva Mensal Corrigida).

Na Tabela 4, tem-se, também, as seguintes deduções: dedução por dependente R\$ 343,94; parcela isenta dos rendimentos de aposentadoria, pensão, reserva ou reforma dos contribuintes com mais de 65 anos: R\$ 3.454,01.

Na Tabela 5 a dedução com educação limitada a R\$ 6.460,92, anuais para o titular e para cada dependente ou alimentado com os quais o titular efetuou despesas com instrução, inclui também despesa médica e com pensão alimentícia.

#### **TABELA 4**

##### Tabela Progressiva Mensal Corrigida

pele Resíduos Inflacionários dos anos-calendários de 1996-2016

(IPCA - Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo)

Ano-Calendário 2016 - em R\$

De	Até	Alíquota	Dedução
0,00	3.454,01	Isento	0
3.454,02	5.127,84	7,5%	259,05
5.127,85	6.804,78	15%	643,64
6.804,79	8.462,20	22,5%	1.154,00
acima de	8.462,20	27,5%	1.577,11

Fonte: Secretaria da Receita Federal do Brasil

Tabela elaborada pelo Departamento de Estudos Técnicos do Sindifisco Nacional/Ajustada pelo autor.

## TABELA 5

Tabela Progressiva Ajuste Anual Corrigida  
pelo Resíduos Inflacionários dos anos-calendários de 1996-2016  
(IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo)

Ano-Calendário 2016 - em R\$

De	Até	Alíquota	Dedução
0,00	41.448,12	Isento	0
41.448,13	61.534,08	7,5%	3.108,60
61.534,09	81.657,36	15%	7.723,68
81.657,37	101.546,40	22,5%	13.848,00
Acima de	101.546,40	27,5%	18.925,32

Tabela elaborada pelo autor

A simulação pela Tabela Vigente e Tabela Corrigida pelo Resíduos Inflacionários dos anos-calendários de 1996-2016, pelo IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, demonstra a defasagem que ocorreu na Tabela (6) para alguns rendimentos tributáveis previamente selecionados.

Compara o imposto a recolher pela tabela vigente, ano-calendário de 2016, com o imposto a recolher com a tabela reajustada pela defasagem do período 1996-2016 (81,41%), indicando a diferença em valores de ambas.

Percebe-se que a correção pelo índice oficial da inflação, implicaria uma ampliação da faixa de isenção mensal em R\$ 1.550,03, assim, somente seriam tributados os contribuintes com renda mensal superior a R\$ 3.454,01.

A partir daí a diferença do imposto a recolher é crescente, até o valor limite da alíquota de 27,5%, ou seja, R\$ 8.462,20 estabilizando-se em seguida, pois acima desse nível de rendimento os acréscimos serão sempre tributados pela mesma alíquota.

A Tabela 6, está dividida em três grupos de renda tributável.

O primeiro grupo, com renda de R\$ 2.000,00, R\$ 2.500,00 e R\$ 3.000,00, que correspondem, respectivamente, a 2,13; 2,7 e 3,2, salários mínimos, portanto, não alcançáveis pela Tabela corrigida.

O segundo grupo, com renda tributável mensal de R\$ 5.000,00, R\$ 6.500,00 e R\$ 8.000,00, que correspondem, respectivamente, a 5,3; 6,9 e 8,5, salários mínimos, recolheriam 336,09%; 177,08% e 105,98 a mais, pela falta de correção da tabela.

O terceiro grupo com renda tributável mensal de R\$ 20.000,00, R\$ 30.000,00 e R\$ 100.000,00, que correspondem, respectivamente, a 21,3; 32 e 106,7, salários mínimos, também, pela falta de correção da tabela, reteria imposto com diferença a maior de 18,04%; 10,60% e 2,73%.

Portanto, o segundo grupo foi o mais onerado, mas percentualmente decresce na medida que aumenta o valor do salário, ofendendo os princípios da capacidade contributiva e da progressividade e atinge a classe média assalariada.

O SINDIFISCO/NACIONAL defende a correção da Tabela do Imposto de Renda Pessoa Física e respectivas parcelas a deduzir, bem como das demais deduções por dependente, pelo índice integral da inflação oficial.

## **TABELA 6**

Simulação Imposto de Renda Pessoa Física

Tabela Vigente e Tabela Corrigida

pelos Resíduos Inflacionários dos anos-calendários de 1996-2016

(IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo)

Renda Mensal Tributável	Imposto a Recolher Mensal		Valor a Recolher a maior	Diferença em %
	Tabela Vigente	Tabela Corrigida		
<b>1.903,98</b>	0	0	0	0
2.000,00	7,20	0	7,20	0
2.500,00	44,70	0	44,70	0
3.000,00	95,20	0	95,20	0
<b>3.454,01</b>	0	0	0	0
5.000,00	505,64	115,95	389,69	336,09
6.500,00	918,14	331,36	586,78	177,08
8.000,00	1.330,64	646,00	684,64	105,98
<b>8.462,20</b>	0	0	0	0
20.000,00	4.630,64	3.922,89	707,75	18,04
30.000,00	7.380,64	6.672,89	707,75	10,60
100.000,00	26.630,64	25.922,89	707,75	2,73

Fonte: Secretaria da Receita Federal do Brasil

Elaborada pelo Departamento de Estudos Técnicos do Sindifisco Nacional/Ajustada pelo autor.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza é de competência da União (art. 153, CF c/c 43, CTN), e tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, de renda ou de proventos de qualquer natureza.

O artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, prevê que sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, tendo garantido ao contribuinte, que na tributação do imposto de renda deveria a União observar os critérios da universalidade, generalidade e progressividade.

O Estado por intermédio do Poder Executivo pode usar a discricionariedade para atender à Política Fiscal e Econômica, porém, a falta de reajuste das tabelas para desconto do imposto sobre a renda na fonte e a de ajuste anual ofendem o Princípio da Capacidade Tributária e o Princípio da Legalidade.

Nesse sentido, ao comparar a tabela 2 (não corrigida) com a tabela 4 (corrigida) chega-se, respectivamente, a diferença percentual a maior de 336,09; 177,08 e 105,98, na renda tributável que corresponde a 21,3; 32 e 106,7 salários mínimos. Assim, os contribuintes do terceiro grupo analisado, perderiam o percentual de 18,4; 10,6 e 2,7, respectivamente.

As informações fidedignas da Receita Federal do Brasil e do SINDIFISCO-NACIONAL comprovam o índice de 81,41% de defasagem na Tabela Progressiva mensal para o cálculo do Imposto sobre a Renda retido na fonte para pessoa física para o período de 1996 a 2016, com reflexo no ano-calendário 2016, exercício 2017.

Tal defasagem afeta, principalmente, os contribuintes do segundo grupo, analisado com o apoio da Tabela 6, do item 4. Demonstra-se que aqueles contribuintes com rendimentos tributáveis no ano-calendário 2016,



entre 5,3 a 8,5 salários mínimos, seriam os que mais perderiam, pois recolheriam mais imposto.

Portanto, a resposta ao questionamento se o Estado obedeceu ao Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva dos contribuintes do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza para tributar as pessoas físicas, no ano-calendário 2016, sem afetar o atendimento de suas necessidades básicas, está esculpida na análise das tabelas 1, 2, 4 e 6 desse artigo, que demonstram a defasagem supracitada, em desalinho ao fundamental princípio constitucional tributário.

Desse modo, o Estado ao não reajustar a Tabela Mensal de retenção na fonte e conseqüentemente a Tabela de Ajuste Anual, não repôs a inflação nos anos-calendários de 1996 a 2001, 2003 e 2016, repôs parcialmente em 2008 e de 2010 a 2015.

Assim, o Estado não respeitou o Princípio da Capacidade Contributiva e não observou, também, o Princípio da Legalidade Tributária, pois esta omissão equivale à majoração indireta do imposto, sem lei que a determine, pois evidenciou uma defasagem que o propiciou receber mais imposto que deveria e os contribuintes pagaram mais que deveriam.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano, **Direito tributário brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BALEEIRO, Aliomar, **Direito tributário brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL, Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em 22 set. 2017.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).  
Acesso em 15 set. 2017.

BRASIL, **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional.

Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm). Acesso em 29 set. 2017.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tabelas do IPCA anual de 1996 a 2016**. Rio de Janeiro – RJ. Disponível: <https://www.ibge.gov.br>. Acessos: 2; 3, 10, 17 nov. 2017.

QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. Barueri: Manole, 2004.

SABBAG, Eduardo, **Manual de direito tributário**, 7.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **História do Imposto de Renda Pessoa Física**. Brasília Distrito DF, 2017.

Disponível:

<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/institucional/memoria/imposto-de-renda>. Acessos em: 6, 12 e 13 out. 2017.

SINDIFISCO/NACIONAL. **Defasagem na correção da tabela do Imposto de Renda Pessoa Física**. Brasília DF, 2017. Disponível: <http://www.sindifisconacional.org.br>. Acessos em: 20, 27 out.2017.

---

[1] Antônia Maria Silva, Mestre em Direito Agrário pela UFG – 2013, Especialista em Direito Tributário pela Unisul – 2009, Especialista em Direito Notarial e Registral pela Cândido Mendes – 2017, Auditora Federal de Controle Externo do TCU desde 2004, Professora de Direito Tributário da Faculdade Serra do Carmo e Professora da IFTO desde 2014.

## OCIOSIDADE NO SISTEMA PRISIONAL

Jackson Carlos Mendes da Silva<sup>1</sup>

ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO

(Orientador)<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo analisa as características do Sistema Penitenciário Brasileiro, o qual é repleto de deficiências e, principalmente, a ociosidade nas prisões como sendo um dos fatores que mais contribuem para a não ressocialização do condenado. O Estado, ao se esquivar da tarefa de ressocializar integralmente o condenado, influencia no agravamento do quadro de reincidência, ao passo que os detentos, ao invés de se redimirem e se reeducarem pelas condutas reprováveis que praticaram, acabam saindo dos presídios piores do que quando lá chegaram. O enfoque maior gira em torno da discussão de alguns aspectos da ressocialização enquanto finalidade da pena. Como deverá ser o retorno dos egressos das prisões à sociedade, relacionado à função social da pena no ordenamento jurídico brasileiro, aglutinado também à liberdade pós-cárcere e a reinserção do mesmo no mercado de trabalho. Para tanto, foram utilizados os métodos dedutivo e histórico, além de pesquisas bibliográficas para sustentar esse pensamento e entrevista. Por fim o trabalho propõe algumas soluções que estão dando certo para solucionar a conturbada questão carcerária. Além disso, procura alargar tal responsabilidade não só ao Estado, mas também aos cidadãos de um modo geral.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema penitenciário; Ressocialização; Ociosidade; Políticas Públicas.

---

1 Jackson Carlos Mendes da Silva, Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo, Email: jacksonsilva01@hotmail.com;

2 Enio Walcácer de Oliveira Filho, Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais, Pós-graduado em Direito e Processo Administrativo, Graduado em Direito e em Comunicação Social, todos os cursos pela UFT – Universidade Federal do Tocantins. Escritor dos Livros Constituição & Inquisição (Lumen Juris), e Tutela penal das modernas Biotecnologias, organizador de obras jurídicas, professor e palestrante.

**Abstract:** This article analyzes the characteristics of the Brazilian Penitentiary System, which is full of deficiencies and, mainly, idleness in prisons as one of the factors that contribute most to the non - resocialization of the convicted person. The State, in discharging the task of totally re-socializing the condemned person, influences the aggravation of recidivism, while inmates, instead of redeeming themselves and re-educating themselves by the reprehensible behaviors they practiced, end up leaving the prisons worse than when they arrived there. The major focus revolves around the discussion of some aspects of resocialization as a purpose of the penalty. What should be the return of prisoners to society, related to the social function of punishment in the Brazilian legal system, also linked to freedom of post-prison and the reintegration of it in the labor market. For that, the deductive and historical methods were used, as well as bibliographical research to support this thought and interview. Finally the work proposes some solutions that are working to solve the troubled prison problem. In addition, it seeks to extend such responsibility not only to the State, but also to citizens in general.

**KEYWORDS:** Penitentiary system; Ressalizacion; Idleness; Public policy.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade apresentar um dos aspectos da realidade do sistema prisional brasileiro quanto ao descaso do Estado em relação às medidas de políticas públicas de trabalho para ressocialização dos presos. A precariedade dos meios disponibilizados, atualmente, para a ressocialização dentro do complexo prisional conduz ao incentivo para que o detento saia do cárcere mais tendete à criminalidade do que no momento de sua prisão. Sendo assim, dentro desse contexto, realizou-se uma análise das políticas públicas adotadas atualmente no sistema prisional feminino do estado do Tocantins, bem como os projetos em vigor observando sua eficácia e aplicabilidade.

O Sistema Prisional Brasileiro é um tema foco de grandes discussões na sociedade devido à crise que enfrenta em nossos dias. A Lei de Execução Penal Brasileira (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984), é uma das leis mais completas existentes no mundo, entretanto não é



colocada em prática no país. O ente estatal prefere tratar as penas apenas como uma forma de castigar o indivíduo pelo delito cometido.

A superlotação das prisões, as debilitadas e insalubres instalações físicas, a falta de treinamento dos funcionários responsáveis pela reeducação da população carcerária e a própria condição social dos que ali se encontram são alguns dos inúmeros fatores que contribuem para o fracasso do sistema penitenciário brasileiro no que se refere à questão da recuperação social daqueles que nele estão inseridos.

A ineficácia da finalidade ressocializadora da pena devido à ociosidade do condenado, não permitido que ele, por meio do trabalho e atividades sociais, perfaça a sua reinserção na cadeia produtiva social. Nesse sentido, o trabalho no sistema penitenciário surge como uma forma de redução de dano, propiciando assim uma qualidade de vida melhor, tornando possível a ressocialização.

A pena no Brasil tem 3 finalidades: 1 – Retribuição do mal que causou, consistente em uma reação estatal em relação ao delito cometido baseado na culpabilidade do agente. Portanto, o jus puniendi atua como forma de retribuir o mal que o criminoso causou, amparado na proporcionalidade estrita, segundo o princípio da justiça distributiva; 2 – Prevenção, para que as outras pessoas não cometam delitos e nem o próprio condenado; 3 – Ressocialização, que é a recuperação, e uma das formas de ressocializar é por meio do trabalho.

Por isso é de extrema importância a realização deste artigo, que tem como principal objetivo demonstrar a real situação do sistema prisional brasileiro e buscar alternativas que auxiliem no processo de ressocialização do detento.

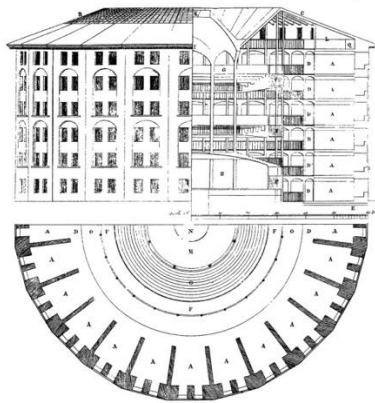
## **1. A ORIGEM DO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

Até o século XVIII, o Direito Penal tinha sua maior demonstração nas penas desumanas e cruéis, onde não existia a privação de liberdade como forma de pena, assim no que tange a custódia, isto é, era a forma de manter o acusado sob os cuidados para não fugir e também era um meio de produzir provas, onde se torturava o indivíduo, legitimamente. O indivíduo acusado esperava o julgamento e a pena que seria destinada a ele, sem se locomover, em cárcere. A prisão era um meio, não o fim da punição.

Foi só então a partir do século XVIII que a pena privativa de liberdade passou a fazer parte das punições do Direito Penal. Com o grandioso banimento das penas desumanas e cruéis, a pena de prisão passa a exercer um papel de punição de fato. Segundo o filósofo e historiador francês Michel Foucault (1926-1984), a mudança nas formas de punição acompanha transformações políticas do século XVIII, isto é, o fim do antigo regime e a ascensão da burguesia. A partir daí a punição não era mais um espetáculo público, por que isso passou a ser considerado como apologia à violência, e adota-se a punição fechada, que segue regras rígidas. Assim, ao invés de punir o corpo do condenado, pune-se a sua “alma”. Essa mudança, segundo Michel Foucault, foi um modo de acabar com as punições imprevisíveis do soberano sobre o condenado, tornando assim proporcionalidade entre o crime e a punição.

No final do século XVIII começaram a surgir as primeiras ideias do que se tornariam as penitenciárias que conhecemos hoje. Primeiramente com o inglês John Howard (1726-1790) que, em 1777, publicou o livro *The State of Prisons in England and Wales* (As condições das prisões da Inglaterra e Gales), onde faz uma dura crítica à realidade prisional da Inglaterra e propõe uma série de mudanças de melhorias para a condição dos presos. Considerado por muitos como o pai da ciência da penitenciária, Howard propõe a criação de estabelecimentos específicos para a nova visão que havia surgido sobre o cárcere, onde a restrição de liberdade era a punição por si só. (DI SANTIS e ENGBRUCH, 2016)

Outro inglês, Jeremy bentham (1748-1832), defendia a punição proporcional. Para ele, “a disciplina dentro dos presídios deve ser severa, a alimentação grosseira e a vestimenta humilde”, mas rigidez serviria para mudar os hábitos e o caráter dos indivíduos. Em 1787, ele escreveu “Panóptico”, onde descrevia uma penitenciária modelo, com uma estrutura circular, uma torre no centro e as celas nas bordas, onde apenas um homem vigiaria todos os prisioneiros ao mesmo tempo, sem que estes o vissem. (DI SANTIS e ENGBRUCH, 2016)



*Desenho representando a arquitetura do panóptico imaginado por J. Bentham, por Willey Riveley, 1791. Crédito: Wikipédia*

No final do século XVIII e início do século XIX, surgiram na Filadélfia os primeiros presídios que seguiam o sistema celular, ou sistema da Filadélfia. O preso ficava sozinho em sua cela, em total reclusão, sem contato com o mundo externo e com os outros presos. Em 1820 surge nos Estados Unidos o Sistema Auburn ou Sistema de Nova Iorque, que adotava a reclusão e o isolamento apenas no período noturno. Durante o dia, as refeições e o trabalho eram coletivos, mas impunha-se regra de silêncio, os presos não podiam se comunicar ou mesmo trocar olhares, a vigilância era absoluta.

Foi também na Inglaterra, em Norfolk, que surgiu a progressão de pena, no qual o preso passava por estágios, começando com a reclusão total, depois somente no período noturno, até entrar no terceiro estágio, um regime semelhante ao da liberdade condicional e, finalmente, a liberdade. (DI SANTIS e ENGBRUCH, 2016)

## 1.1 AS PRISÕES NO BRASIL

O Brasil, até 1830, ainda uma colônia portuguesa, não tinha um Código Penal próprio, submetendo-se às Ordenações Filipinas, elencava crimes e penas que seriam aplicadas no Brasil. Pena de morte, degredo para as galés e outros lugares, penas corporais (como açoite, mutilação, queimaduras), confisco de bens e multa e ainda penas como humilhação pública do réu eram exemplos de penas aplicadas na colônia. Não existia a previsão de privação de liberdade posto que as ordenações são do século XVII e os movimentos reformistas penitenciários começam somente no fim do século seguinte. Nesta época, portanto, as prisões eram apenas local de custódia. (DI SANTIS e ENGBRUCH, 2016)

Em 1824, com a nova Constituição, o Brasil começou a reformular seu sistema punitivo: acabando com as penas de açoite, tortura e outras penas cruéis; determina-se que as cadeias devem ser “seguras, limpas e bem arejadas havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme as circunstâncias, e natureza dos seus crimes”. A abolição das penas cruéis não foi totalmente plena, já que os escravos ainda estavam sujeitos a elas. (DI SANTIS e ENGBRUCH, 2016)

No ano de 1890, o novo Código Penal acabou com as penas de morte, penas perpétuas, açoite e as galés e previa quatro tipos de prisão: **celula**; **reclusão** em “fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares”, destinada aos crimes políticos; **prisão com trabalho** que era “cumprida em penitenciárias agrícolas, para esse fim destinadas, ou em presídios militares; e **disciplinar**, cumprida em estabelecimentos especiais para menores de 21 anos. Uma inovação desse Código foi estabelecer limite de 30 anos para as penas.

Existia um grande déficit entre o que era previsto em lei com a realidade carcerária. No ano de 1906, por exemplo, foram condenados 976 presos no estado de São Paulo à prisão celular, mas existiam apenas 160

vagas, portanto 816 presos (90,3%) cumpriam pena em condições diversas àquela prevista no Código Penal vigente, como demonstra Fernando Salla, pesquisador do Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo (USP).

## 2. A OCIOSIDADE

Atualmente o sistema carcerário brasileiro encontra-se em grande debate no meio jurídico, tendo em vista, que o sistema carcerário encontra em situação caótica, e conseguinte, sem efetividade. Dessa forma, devido à falta de investimento do Estado, o sistema prisional não oferece uma vida digna aos condenados, e por fim, não garante a sua finalidade que é ressocializar e de prevenção contra o crime.

Sabemos que a aplicação da pena é deste o primórdio uma forma de ressocializar o indivíduo para que se restabeleça socialmente, e que não volte mais a delinquir.

No nosso ordenamento jurídico, a punição e prevenção são feita por meia da Lei 7.210/1984 que tem como finalidade a prevenção dos crimes e reinserção daqueles contrários a lei, onde, cuida deste para o retorno ao convívio social. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal dispõe como objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal transitada em julgado e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, conforme estabelece o artigo 1º desta lei.

Em que pese à lei 7.210/1984 dispor sobre direitos que vise a ressocialização, a norma não passa de uma forma codificada. Tendo em vista, o cenário vivenciado pelo sistema penal, torna inviável sua aplicação. Nesse norte, é necessário que optemos por medidas alternativas para que tenhamos um sistema penal efetivo.

Veja que outro grande problema inerente nos presídios brasileiro é superlotação, pois mundialmente o Brasil encontra-se na 4ª colocação dos países que possuem mais pessoas presas, atrás apenas de Estados

Unidos, China e Rússia, conforme o relatório do Infopen (2016). Com isso, torna ainda mais difícil a efetivação da execução da pena. Diante esse contexto, a assistência ao apenado é obrigação do Estado, onde este deve prevenir o crime e orientar o retorno daquele ao convívio em sociedade vide artigo 10 da Lei 7.210/1984. Desta feita, é necessário que se tome como medita previsto por essa, a condições digna e efetiva da pena. Nesse raciocínio, como já explanado anteriormente, acreditamos que a ressocialização do indivíduo, é possível por meio do trabalho.

### **3. A RESSOCIALIZAÇÃO**

Ressocializar alguém traz a ideia de um processo pelo qual o ser humano, ao ser submetido, torna-se apto a viver novamente em sociedade, mediante a assimilação de valores comuns ao grupo que pretende reingressar.

Diferente do que muitos pensam, em regra, não é o crime cometido que dessocializa o indivíduo, se assim fosse, a pena por si só já cumpriria com a função ressocializadora. O que dessocializa, é o cumprimento da sanção penal, sendo a pena privativa de liberdade seu grande expoente dessocializador.

Alessandro Baratta (2002, p. 186) em sua obra “Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal”, foi feliz ao dizer que:

Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir. (...) Antes de falar de educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão.

Da mesma forma que os indivíduos da sociedade, não estão preparados para receber o egresso, o Estado parece também não ter



entendido que a ressocialização é um direito do preso e não um favor prestado pelo Estado a ele.

É sabido que os meios não justificam os fins e também que a criminalidade nunca foi sinônimo de pobreza, mas como esperar uma atitude diferente de um furto, por exemplo, cometido por um indivíduo que mora na periferia e passa fome, e que tem as poucas oportunidades existentes travadas pela sociedade e pelo Estado que não se preocupa em investir nessa fatia da sociedade?

Infelizmente, a maioria da população carcerária é composta de reincidentes, seja por falta de oportunidade encontrada na vida fora dos muros, seja pela precariedade dos métodos de ressocialização desenvolvidos pela política carcerária.

É necessário promover instrumentos durante o cumprimento da pena para amenizar o fator dessocializador. À exemplo, Anabela Miranda Rodrigues (2002, p.53) cita três bases para que isso possa ser colocado em prática: “respeito à liberdade de consciência do recluso, a realização positiva dos direitos fundamentais do recluso e a obrigação constitucional de intervenção social do Estado”.

Para tanto, é preciso desocupar-se da inércia e, ao menos, tentar experimentar desses métodos no dia-a-dia prisional.

#### **4. PRISÃO COMO FORMA DE PUNIÇÃO**

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como a base da Constituição da República Federativa do Brasil, presente no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Ao ler o artigo 5º, inciso III, esta base ganha força “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; no inciso XLIX, esta estabelecido que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Relembrando do texto da Constituição de 1824, que dizia algo semelhante da seguinte forma: “As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes”.

O princípio da humanidade “sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquico dos condenados.” (BITTENCOURT, 2002)

Ao analisar o contexto da pena como forma de punição, observa-se que o fim desejado não está sendo alcançado e que a Constituição não está sendo respeitada, uma vez que a pena é a punição imposta a alguém como sanção a uma conduta que deverá ser reprimida, ou seja, fora dos padrões sociais.

Cesare Bonessana, em sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, já afirmava que havia duas finalidades primordiais na aplicação das penas: uma de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e outra é a de desestimular aos outros cidadãos a praticar delitos. (BECCARIA, 149 p. p. 52.)

A prisão é um serviço caro e reconhecidamente não ressocializa. Pelo contrário, dissocializa. Em razão da superpopulação, dos seus métodos e da sua própria natureza, é desumana e cruel; corta o vínculo com a comunidade, com a família, com o trabalho, com a educação. Há séria dúvida, por tudo isso, sobre se cumpre ou não seu papel de intimidação.

No sistema prisional brasileiro, ainda há que se destacar: os presos não são separados por idade, natureza da infração, condição processual, praticamente nenhuma é a assistência médica, odontológica etc. (GOMES, 199 p. p. 32/33).

A prisão tem altos custos para o Estado e não vem cumprindo a sua função, ou seja, não ressocializando o condenado, porque o governo não procura investir em programas de prevenção e ressocialização, onde o

custo é menor e o retorno é rápido e eficaz. Não é mantendo o condenado em uma cela de prisão sem infraestrutura e com esforço único do condenado e de seu familiar, é que vamos eliminar o alto índice de reincidência criminal.

Este número alto de reincidência criminal leva a ter a certeza de que, na prisão, não se recupera ninguém, os poucos que se recuperam e não voltam a cometer crimes, é devido a uma base familiar sólida, pois não é só o condenado que cumpre a pena, mas todos ao seu redor, colegas, amigos e familiares.

Segundo Michel Foucault, “no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua humanidade”. (FOUCAULT, 1991)

## 5. A VIABILIZAÇÃO DO ENSINO ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA DENTRO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO.

Quando falamos de ressocializar, pensamos em duas coisas, o trabalho e o estudo. Conforme a Lei de Execução Penal, nº 7.210 de 1984, em seu artigo 10, diz que é de dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, objetivando a prevenção ao crime e o seu retorno à sociedade. Tais assistências elencadas no artigo seguinte abrangem a material, à saúde, jurídica, **educacional**, social, religiosa; que acolhem tanto o detento em regime fechado, quanto ao egresso. (grifo nosso).

A Lei de Execução Penal, nos artigos 17 ao 21 descreve a maneira que deverá proceder à aplicação da assistência educacional no âmbito carcerário, onde, de acordo com a letra da Lei, deverá compreender a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado; o ensino de 1º grau obrigatório, integrado ao sistema escolar da unidade federativa; o ensino profissional ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico, sendo este adequado à condição da mulher condenada; atividades educacionais que poderão ser objeto de convênio

com entidades públicas ou particulares, desde que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados; e em cada estabelecimento, em atendimento às condições locais, dotar-se-á de uma biblioteca, **para o uso de todas as categorias de reclusos**, providas de livros instrutivos, recreativos e didáticos. (grifo nosso).

Ao analisar de forma simples a legislação, constata-se que a Lei de Execução Penal sobre a ótica das políticas de assistência educacional, no sistema penitenciário, não passam de interpretações distintas pelos entes da federação quanto as suas responsabilidades no oferecimento de tal assistência, sendo que o que se observa é a aplicação espaça da educação como método de ressocialização, em que enquanto uns estados isoladamente e ainda longe da institucionalização implementam e se esforçam para cumprir o que a Lei determina, fazendo parte da minoria, outros pouco o fazem, ou até mesmo nada fazem nesse caminho. (JULIÃO, 2006, p. 5).

Com isso, uma forma de efetivar a assistência educacional, seria através da educação a distância, que é conceituada pelo Ministério da Educação como uma “modalidade educacional na qual alunos e professores estão separados, física ou temporalmente e, por isso, faz-se necessária a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação. Essa modalidade é regulada por uma legislação específica e pode ser implantada na educação básica (educação de jovens e adultos, educação profissional técnica de nível médio) e na educação superior. “

Podemos acrescentar na conceituação, o Decreto Presidencial nº 5.622, de dezembro de 2005, que regula a educação da seguinte forma:

Art. 1º. Para os fins deste Decreto, caracteriza-se a educação a distância como modalidade educacional a qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorre com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com estudantes e professores desenvolvendo atividades educativas **em lugares** ou tempos **diversos**. (grifo nosso).

É possível concluir que essa modalidade de ensino é cabível dentro do ambiente carcerário como forma de viabilização da ressocialização dos

presos através da educação. Dessa forma o estudo poderia ser direcionado a todas as etapas: básico, médio, técnico e superior.

Através da educação a distância o sistema carcerário e as entidades governamentais responsáveis economizariam verbas, emendas e dinheiro público. Outro fator seria a garantia da segurança de professores ao adentrarem no complexo penitenciário, que possui sistemas de segurança falíveis. Também a garantia da segurança entre o contato de detentos de facções rivais.

## **6. O TRABALHO**

O trabalho no cárcere deve ser compreendido como um exercício de vivência em sociedade, sobretudo, no melhoramento do indivíduo tanto na esfera profissional quanto na pessoal. Ensinando o detento a obedecer regras e exercer seu comprometimento, o trabalho deve propiciar-lhe, ainda, a visão da possibilidade de levar uma vida “normal”, de forma com que ele se integre à sociedade e como resposta, a sociedade retribua de forma positiva, aceitando esse egresso, fazendo com que ele não sofra rejeições e nem experimente a ausência de oportunidades por conta da vida no cárcere.

O trabalho deve ser compreendido como um agente de transformação. Apesar do que se imagina, a maioria dos detentos tem a intenção de pagar pelos seus erros e esperar poder retornar à sociedade de forma integral. O problema é que eles não conseguem demonstrar essa ideia para a sociedade, porque o próprio sistema não contribui para isso.

Além do mais, quando a pessoa não tem uma ocupação ou um trabalho pelo qual possa direcionar sua atenção, ela acaba por não ter perspectivas. Todos os dias são iguais: vivendo a mesma monotonia, sem absolutamente nada para fazer, contato zero com a execução de alguma atividade e assim sucessivamente, acaba criando no preso uma indiferença pela vida.

Onde se oferece trabalho e educação prisionais, os índices de reincidência são baixíssimos. Estima-se, no Brasil, (dado empírico e não científico) que a reincidência gira em torno de 70%. Nos locais onde há oferecimento de trabalho prisional, essa reincidência diminui para menos de 10%. O Estado tem que aprender a usar essa arma em prol do seu dever de punir, ressocializando o condenado ao mesmo tempo em que o pune, se engrandecendo e se efetivando nesse aspecto. (CPI do Sistema Penitenciário Brasileiro vol. 1, 2008, on line).

## **6. SISTEMA CARCERÁRIO X DIREITO FUNDAMENTAL**

É sabido que o sistema carcerário brasileiro está falido, e sem efetividade, pois o Estado, não conseguiu garantir o básico para seus habitantes tenham uma vida digna. Nesse sentido, a falta de investimento nas áreas da saúde e educação é o mínimo por parte do Estado, com isso, o resultado não poderia ser outro, se não, o aumento de pessoas presas, em um sistema sem respaldo financeiro, onde o indivíduo que é colocado nessas prisões, saem piores do que entraram, é tanto, que por muitos os presídios de hoje são conhecidos com “escola da bandidagem”.

A nossa Carta, na parte dos Direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º onde, aduz que todos somos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo garantida a todos nós a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Entretanto, é notado por todos nós que isso não passa de norma codificada, e que para alcançarmos essas garantias ainda o Brasil tem que passar por muitas mudanças, inclusive, inicialmente que o Estado garanta uma vida digna para o seu povo.

Dessa forma, notemos que as garantias fundamentais abarcam todas as pessoas sem distinção de qualquer natureza. Neste norte, os presos também devem ser tratados de forma que seus direitos sejam respeitados, pois não é porque estes sofreram uma penalidade na



liberdade de locomoção que junto a isso deixou de ter direitos, até porque a finalidade da pena é ressocializar os indivíduos para que esses voltem para o convívio social.

Para tanto, o sentimento que há diante esse cenário caótico vivenciado dentro dos presídios, além da restrição da liberdade, outros direitos também são cerceados:

Ao serem presas, as pessoas perdem não apenas o direito de liberdade. Outros direitos são cerceados, culminando na perda de seu direito a personalidades. Estas consequências acabam por revelar um verdadeiro sistema de vingança, fazendo o que muitos acreditam ser a justiça, a forma mais concreta de ação humana. Deste modo, seria necessário que o sistema penitenciário ofertasse um mínimo de suporte para que os condenados voltem à sociedade, preparados novamente suas vidas, devidamente ressocializados (VASCONCELOS, QUEIROZ, CALIXTO, 2011, P. 1).

Será que diante esse sistema prisional falido é possível que a aplicação da pena seja eficaz? A resposta só pode ser negativa, umas vezes que, como já foi demonstrado alhures, ou seja, enquanto não forem adotadas medidas dignas de cumprimento de pena, jamais esta alcançará o seu fim pretendido, a ressocialização.

Com isso, é notório que o sistema penal atual possui caráter punitivista, tendo em vista, a sua busca incessante em punir o indivíduo que foi contrário a lei, dessa forma, expõe esses indivíduos a forma degradantes de que nada ajudam, só faz tornar mais grave a situação destes indivíduos, que por sua vez, já são castigados pela própria convivência social, são marginalizados e excluídos da sociedade.

Deste modo, com esse direito criminal existente que desrespeita a dignidade do ser humano faz que os apenados se revoltam:

O Direito Criminal, que busca punir aqueles que agem ou agiram contra os valores que este mesmo direito visa proteger, tais como a vida, a propriedade ou acaba, ao arrepio da Lei, por se tornar um meio que legitima pela

prática a tortura e o castigo, tornando os que lhe estão submetidos, pessoas mais revolta tratamento, tantas vezes indignos, que recebem. Não se pode esquecer que um transgressor é antes de qualquer coisa um ser humano detentor de direitos preservados (VASCONCELOS, QUEIROZ, CALIXTO, 2011, P. 1).

Desta feita, essa exposição do condenado a essas situações de castigo e tortura, não resolverá o problema, mas proliferará a criminalidade, a superlotação dos presídios, e outros fatores. Com isso, não conseguirá chegar na ressocialização, pois estes sairão piores do que entraram. Por outro lado, deve se começa a respeitar as garantias fundamentais, uma vez que, as normas ao mesmo tempo que estabelece a pena, preceitua que esta deve ser cumprida de forma que garanta a ressocialização. Isto posto, só conseguiremos alcançar quando for adotada pelo Estado medidas diferentes dessas existentes. Sendo relevante, que haja investimentos inicialmente nas áreas da saúde e educação, ponto base para que se alcance uma vida mais digna.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo buscou analisar uma possível alternativa para essa triste realidade do sistema penitenciário brasileiro. O objetivo do trabalho foi principalmente refletir sobre alguns dos aspectos que envolvem o sistema penitenciário na sociedade contemporânea.

Os presídios, de um modo geral, não apresentam as condições materiais e humanas adequadas para a realização de trabalho, ficando prejudicada a recuperação do preso. Apesar de a maioria dos condenados à pena privativa de liberdade cumpri-la no sistema carcerário comum, várias foram as iniciativas nas últimas décadas para promover a humanização das prisões e evitar a reincidência no crime, como a criação de Associações de Proteção e Assistência aos Condenados, que propiciam ao preso, além da realização de trabalho condizente com o seu regime de cumprimento de pena, assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica.

A abordagem do tema ressocialização, na perspectiva dos direitos humanos, tem como função trazer para a discussão atual o redimensionamento da política prisional e o grau de sua efetividade na redução dos danos sociais. Também temos ciência de que a ressocialização como finalidade da pena só tende a trazer benefícios para a pessoa do condenado, à sociedade e ao Estado como um todo.

A parte positiva é que já adotamos uma teoria que não admite que a pena ultrapasse além do fato praticado e que em se tratando dela, conforme já mencionado, essa pena aplicada deverá ser justa e útil, na exata medida correspondente à culpabilidade do agente, exercendo, portanto, sua finalidade preventiva e educativa.

Parte da sociedade clama por penas duras, mais severas e pedindo até a mudança do atual código, acreditando que mudarão a situação de violência vivida cotidianamente nas grandes cidades. Resgatando a questão de objeto central, ou seja, a discussão sobre o papel do trabalho e educação dentro do sistema penitenciário, é importante que compreendamos que são fundamentais o trabalho e a educação para o desenvolvimento humano, inclusive para a sua socialização.

O que se deseja é que esse desfecho abordado não seja mero discurso dotado de detalhes e vontade, mas de pouca eficiência. O que se espera é que sejam colocados em prática todos os meios que o Estado tem competência de fazer uso, melhorando o sistema prisional desde sua estrutura, capacitação profissional dos detentos, humanização carcerária, readaptação e reeducação do indivíduo.

A ressocialização integral do detento não é algo inalcançável, mas exige, antes de qualquer coisa, a vontade concreta, tanto dele próprio quanto do empenho de vários organismos para que isso ocorra.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI 7.210 de 11 de Julho de 1984. *Dispõe sobre a Execução Penal*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acessado em: 03/10/2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 22. Ed. São Paulo: Rideel, 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Disponível em

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BECCARIA. Cesare Bonessana, Marchesi di. *Dos Delitos e das Penas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Tradução J. Cretella Jr. E. Agnes Cretella, 149 p. p. 52.

DI SANTIS, Bruno Moraes e ENGBRUCH, Werner. *A Evolução Histórica Do Sistema Prisional: Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena*. Revista Universo, nº 61, dez, 2016.

GOMES. Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 199 p. p. 32/33.

FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir - Nascimento das Prisões*, Rio: Vozes, 199.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. 3. Ed. Portugal: Coimbra Editora, 2002.

VADE MECUM. *Código de Direito Penal*. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

*CPI do Sistema Penitenciário Brasileiro - 2008 vol. 1*. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=yLlko\\_rhx6s](https://www.youtube.com/watch?v=yLlko_rhx6s)>. Acesso em 11 de novembro de 2017

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1. 9. Ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. *Eja e educação prisional*. Educação para jovens e adultos privados de liberdade: desafios para a política de reinserção social. Salto para o Futuro. Ministério da Educação. 2006

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

VASCONCELOS, QUEIROZ, CALIXTO, Emerson, Ruth, Gerlania. *A precariedade no sistema penitenciário brasileiro – violação dos direitos humanos*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo\\_id=10363&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10363&n_link=revista_artigos_leitura)>  
Acessado em: 25/11/2017

## A (DE) MORA PROCESSUAL PENAL, EM FACE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

**FERNANDO RODRIGUES BATISTA:**  
Bacharelado em Direito na Sociedade de Ensino Serra do Carmo LTDAS- Faculdade Serra do Carmo.

**ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO**<sup>[1]</sup>  
(Orientador)

**RESUMO:** O presente artigo científico apresenta um estudo sobre o direito fundamental à duração razoável do processo, estando dentre os diversos princípios norteadores do Processo Penal, a observância do princípio da Razoável Duração do Processo aplicado ao Direito Processual Penal, instituído pelo art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Demonstrando que o direito à duração razoável do processo não é sinônimo de celeridade processual, mas sim o direito ao prazo adequado para a prática de atos processuais e direito.

**PALAVRA CHAVE:** Direito Processual, Direitos Fundamentais e Duração razoável do processo

**ABSTRACT:** The present scientific article presents a study about the fundamental right to the reasonable duration of the process, being among the several guiding principles of the Criminal Procedure, the observance of the principle of the Reasonable Duration of the Process applied to Criminal Procedural Law, instituted by art. 5, item LXXVIII of the Federal Constitution of 1988 by Constitutional Amendment 45/2004. Demonstrating that the right to a reasonable length of time is not synonymous with procedural speed, but rather the right to adequate time for the practice of procedural acts and law.

**KEYWORDS:** Procedural Law, Fundamental Rights and Reasonable duration of proceedings.

---

### INTRODUÇÃO

Analisando o contexto atual da justiça em vista à mora processual, pode-se dizer que ela é caracterizada como um momento de ruptura de equilíbrio e tensão de conflitos, ou seja, estado de crise. Não raro, depara-se com as expressões “crise econômica”, “crise política”, “crise da família”,



“crise de valores”, “crise de legitimidade”, e, também, “crise da justiça” (ANDRADE e OLIVEIRA, 2011). Devido a estas circunstâncias o Poder Judiciário tem sido foco de críticas acerca da demora da devida prestação jurisdicional, onde, o direito de ação ainda presente em grande parte da doutrina de processo distancia-se do direito à duração razoável do processo. (MARINONI, 2009, p.83)

Na interação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que o processo penal é um requisito essencial para aplicação de pena, seguindo o axioma “nulla poena sine iudicio”, para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal (LOPES JR *apud* CALAMANDREI, 2016, p. 25).

O principal contexto pode-se resumir a evolução da pena da seguinte forma: inicialmente a reação era eminentemente coletiva e orientada contra o membro que havia transgredido a convivência social, dentre a considerada razão pela pena a vingança e pena são dois fenômenos distintos. A vingança implica liberdade, força e disposição individual; a pena, a existência de um poder organizado (SILVA et. al., 2008).

A justiça quando se trata de modelo processual, ou seja, o construído a partir de outro contexto sociopolítico e econômico entrou em crise, dentre outros fatores está o fato de não ter acompanhando as diversas mudanças ocorridas na sociedade, dentre elas algumas divisões como a celeridade e instantaneidade no mundo dos fatos versus morosidade processual; anseio por aquilo que a lei prometeu versus tutela pelo equivalente pecuniário; conflitos de massa versus processo predominantemente individual; necessidades urgentes versus cognição plena e exauriente (BRASIL, 1973).

Quanto ao processo penal, ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, o processo é essencialmente inquisitório, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está

nas mãos do juiz, portanto torna-se lenta. Uma vez que a quantidade de laudas é imensa tornar-se-á um trabalho lento na demanda dos processos. (BINDER, 2003)

O ato de demora, retardamento no cumprimento da prestação do processo é o conceito clássico de mora processual e discuti-la é de fato um questionamento sobre o atual modelo processual que se desencontra com os anseios da sociedade, a qual clama por uma justiça rápida e eficaz, pois a sua morosidade se tornou fator principal de injustiça, e em consequência a tal situação busca-se incessantemente, em matéria processual, a celeridade da prestação jurisdicional sob o fundamento da necessidade de efetividade do processo. (FREITAS, 2008, p. 165-166).

O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federa – “(...) a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, quando se refere ao direito à duração razoável do processo, expressa que este direito requer os meios que garantam a celeridade da sua tramitação. Assim, explicita-se que o direito à duração razoável exige prestações positivas do legislador, do administrador e do juiz.

Ressalta-se, como bem disposto no artigo 394, do Código Civil, que mora refere-se tanto à figura do credor quanto à do devedor, o réu também tem direito à celeridade do processo, embora o seu interesse não tenha a mesma qualidade do interesse do autor. O direito do demandado à celeridade do processo não pode ser extraído do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ou ser visto como seu corolário. A sociedade, ou aqueles que não participam do processo como partes, igualmente tem, também, o direito de ver os processos desenvolvidos em tempo razoável. (MARINONI, 2009)

Segundo o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro, Joaquim Barbosa, em seu discurso de posse profere que,

A Justiça falha porque é prestada tardiamente. E não raro porque presta um serviço que não é imediatamente fruível por aquele que o buscou.

Necessitamos com urgência de um maior aprimoramento da prestação jurisdicional, especialmente no sentido de tornar efetivo o princípio constitucional da razoável duração do processo. (BARBOSA, 2015)

A morosidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário tem sido o resultado de causas múltiplas, que remontam à sua evolução histórica. O problema da morosidade é, contudo, uma constatação. A insatisfação atinge desde o jurisdicionado mais humilde até os grandes empreendedores. Esta situação pode-se tornar um elemento inibidor para que o cidadão procure, pelos caminhos legais, os seus direitos. Elevados custos e honorários retiram dos menos favorecidos a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário. (CAVALCANTE, 2008). Ainda segundo o mesmo autor a morosidade é produto de um Judiciário com estrutura orgânico-administrativa retrógrada e regulamentada por procedimentos que não acompanharam as mudanças da sociedade. Isto posto, ainda nos deparamos com o fato de que o cidadão toma consciência de seus direitos o que traz consigo um conseqüente aumento da demanda no sentido de que o Estado Democrático cumpra as informações constantes de suas leis.

Diante desta realidade, se reveste de grande importância uma reflexão sobre a atual situação da Justiça, a cerca dos prazos impróprios e das conseqüências decorrentes desta morosidade, sem prejuízo do amplo e seguro acesso à Justiça. Para isso, será necessário conhecer as causas do problema, e seus desdobramentos.

A metodologia aplicada neste estudo é pautada em objetivos explicativos com abordagem quali-quantitativa acerca do tema, construindo-se por meio de pesquisa bibliográfica empregando dados bibliográfico investigados com base nas diretrizes do “não prazo” no Brasil, as implicações e conseqüências, relacionados à questão dos prazos impróprios e com relação aos limites máximos a atuação estatal, os prazos prescricionais, e as suas implicações processuais

Analisando o contexto atual, pode-se dizer que ele é caracterizado como um momento de crise, onde o modelo processual penal construído a

partir de outro contexto sociopolítico e econômico, entrou em crise, dentre outros fatores, exatamente porque não acompanhou as diversas mudanças ocorridas na sociedade.

Algumas dicotomias foram observadas: celeridade e instantaneidade no mundo dos fatos versus morosidade processual; anseio por aquilo que a lei prometeu versus tutela pelo equivalente pecuniário; conflitos de massa versus processo predominantemente individual; necessidades urgentes versus cognição plena e exauriente.

Segundo Bueno, por efetividade do processo deve ser entendida, fundamentalmente a busca pela efetividade da jurisdição e por um processo civil de resultados, estando o presente estudo, dentre os diversos princípios norteadores do Processo Penal, a observância do princípio da Razoável Duração do Processo aplicado ao Direito Processual Penal, instituído pelo art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

## **1. A MOROSIDADE PROCESSUAL**

A morosidade é fato gerador de descrença no Poder Judiciário brasileiro, estando a insatisfação presente em todos os setores sociais. Afirma Marinoni (1999) que essa problemática tem especial gravidade, vez que estrangula os direitos fundamentais do cidadão, enfocando o processo como um instrumento indispensável para a efetiva e concreta atuação do direito de ação, bem como a remoção de fatos impeditivos ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e à participação de todos na organização econômica, política e social do país.

A longa duração na prestação da tutela jurisdicional, em diversos casos, torna vulnerável a plena efetividade dos processos, a inesperada tutela jurisdicional assegurada às pessoas, em um remate mais simplório, causa grande insegurança jurídica (TUCCI, 1998).

Com efeito, acentua que se o tempo gasto para a tutela de uma pretensão pode ser considerado uma necessidade, pode, outrossim, ser considerado uma imperfeição necessária e que esta pode fazer com que o processo perca sua utilidade, ou deixe e atender os fins a que se destina.

Esclarece, ainda, que, muitas vezes, o retardo na prestação jurisdicional pode transformá-la em mero adorno. (MARINONI), 1999).

A morosidade é, portanto, sintoma e foco de origem das crises que assolam a esfera jurídica. É, sem dúvida alguma, uma característica nem um pouco benéfica da prestação jurisdicional.

A lentidão é resultado de diversas causas que serão diagnosticadas, na sequência, em tópicos. Obviamente, face à excessiva amplitude do tema, somente as mais importantes serão abordadas.

## **2. A REFORMA PROCESSUAL PENAL E RAZUÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS**

A reforma do Código de Processo Penal seguiu um caminho mais penoso. O projeto de um novo Código (Proj. n. 1655/1983) foi apresentado ao congresso Nacional acompanhando em muitos pontos o Projeto José Frederico Marques e refletindo em sua sistemática as modernas tendências doutrinárias do processo. Mas principalmente em face da posição expressamente assumida pela Constituição Federal o projeto ficou completamente desatualizando e foi por isso que o Ministério da Justiça, em 1923, em face da premente necessidade de modernização do Código de Processo Penal (CINTRA et. al., 2010).

O espírito da reforma reside na agilização, simplificação e desburocratização do Processo Penal, mediante os valores informadores da reforma, que, para tanto, serve-se da técnica do modelo acusatório, aderindo às novas tendências do Processo Penal como modelo para o Íbero Composto – Américo; além de outras reformas parciais que se fundaram na Itália e Portugal (THEODORO JÚNIOR, 2005).

## **3. A (DE) MORA PROCESSUAL PENAL, EM FACE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

O direito de ação, na concepção clássica e ainda presente em grande parte da doutrina do processo, não é mais do que o direito à solução do litígio ou o direito a uma sentença sobre o mérito seja ela de procedência ou de improcedência do pedido nesta



dimensão, não há dúvida de que o direito de ação fica muito distante do direito à duração razoável do processo. (MARINONI, 2009, p.83)

Entretanto, quando direito de ação é compreendido como direito as técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção das tutelas prometidas pelo direito material, eles se aproximam do direito à duração razoável do processo. Pois quando se considera o direito à obtenção do direito material se toma em conta a sua “efetividade” que também reclama “tempestividade”. Ao se deixar de lado a concepção clássica de direito de ação atribui-se a ele o significado de direito à tutela jurisdicional efetiva, inserindo-se do direito de ação o direito à tempestividade da prestação jurisdicional.

O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, quando se refere ao direito à duração razoável do processo, expressa que esse direito requer os meios que garantam a celeridade da sua tramitação. Embora, explicita-se que o direito à duração razoável exige prestações positivas do legislador, do administrador e do juiz.

Não obstante, como a compreensão do direito de ação como direito à tutela jurisdicional efetiva (e tempestiva) constitui um processo de aprendizagem e de maturação, não há como deixar de ver a importância do inciso LXXVIII inserido no art. 5º pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

#### **4. CAUSAS DA MOROSIDADE JUDICIÁRIA**

O crescimento da demanda do judiciário brasileiro pode, sem dúvida, ser considerado uma das principais causas da morosidade judiciária. Concorreram para a procura da justiça em larga escala: o aumento da população, a evolução Tecnológica, a ampliação do exercício da cidadania e ênfase sobre o direito das pessoas, através da Constituição Federal de 1988 e também a migração populacional do campo para a cidade, que se deu nos anos 80, decorrente da industrialização do país (MARINONI, 2009).



A causa principal da demora no âmbito do Processo Penal Brasileiro deve-se ao excesso de recursos e a ascensão da criação de tipos penais que resultam no aumento de casos penais, ou seja, de processos a serem julgados, admite-se também a limitação da publicidade às partes aos seus procuradores quanto ao interesse público, outorgando assim o aumento da mora e da pacificação geral na sociedade e atuação do direito. Diante destas suas finalidades uma inserção sociopolítica, deve-se revestir-se de uma dignidade que corresponda aos seus fins, onde há estimativa de termos hoje no Brasil cerca de 1700 tipos de condutas puníveis penalmente, o que demonstra um inflacionamento jurídico-penal em nosso sistema.

O Brasil vem acompanhando um acúmulo explosivo de processos. Conforme pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2004 – “Justiça em números”, a média é de três mil processos pendentes e novos casos por magistrado, na Justiça estadual de 1º grau, no país. (PETRY, 2006) e já com relação ao Tocantins, por exemplo, os Tribunais de Justiça Estadual mesmo de pequeno porte possui 447.281 Processos em tramitação (Ano base 2016)

## **5. A EFTIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

Ao lado das já tradicionais garantias relativas ao processo judicial contidas na Constituição da República Federativa do Brasil, tais como o devido processo legal, o contraditório, entre outros, não basta ao poder público dar garantias de amplo acesso a Justiça, seu dever é também ministrar uma Justiça célere/rápida, dentro do que se considera um prazo razoável de duração do processo. Dessa forma temos a emenda Constitucional nº 45/2004 que inseriu o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, com o seguinte teor: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

As constatações que permitiram ao legislador erigir a questão do tempo do processo ao nível de garantia fundamental é devido a insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional e o entendimento de que a jurisdição não deve ser apenas "prestada" pelo Estado como decorrência do direito de ação, mas que a tutela jurisdicional deve ser efetiva, tempestiva e adequada, sendo atribuição do Estado alcançar este objetivo.

A preocupação com a rapidez do julgamento de infração penal, no direito brasileiro, resta evidenciada, especialmente quanto ao réu preso, sendo que a Constituição do Brasil estabelece como regra: a publicidade de quaisquer julgamentos, seja cível ou penal, regra esta que no entanto é sujeita a exceções previstas no próprio texto constitucional (ANSELMO & WLADIMIR, 2001, p. 73).

A respeitabilidade e confiabilidade no Poder Judiciário estão ligadas a uma resposta rápida e eficaz nas lides ajuizadas. Humberto Theodoro Júnior ensina: "A primeira grande conquista do Estado Democrático é justamente a de oferecer a todos uma justiça confiável, independente, imparcial e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade". (REVISTA, 2005).

Cabe frisar, consoante já exposto por Aury Lopes Jr., que o processo necessita de uma duração razoável em um duplo aspecto, tanto no sentido de dar celeridade à tramitação evitando a descredibilização judicial como no sentido de não ser rápido demais de forma a atropelar as garantias fundamentais do acusado. A Justiça célere foi e sempre será o ideal de todo um desafio posto ao Poder Judiciário, para a realização da promessa democrática de acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva (NALINI, 1994, p. 100).

## **6. DESTINATÁRIOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL**

### **6.1.O Legislador (dever de proteção normativa)**

O legislador é obrigado a dar proteção normativa ao direito fundamental à duração razoável em três dimensões. Deve editar normas com o fim de regular a prática dos atos processuais em prazo razoável. Assim, deve estabelecer prazos que realmente permitam a prática dos atos processuais (preparação da defesa, interposição de recurso, produção de provas etc),

O legislador tem o dever de dar ao juiz o poder de distribuir o ônus do tempo do processo. Isto, é claro, pressupõe que o tempo seja compreendido como ônus, o que sequer é intuído pela doutrina processual tradicional. O tempo é visto pela doutrina clássica como algo neutro ou cientificamente não importante para o processo. Certamente por isso a situação atual está instaurada (MARINONI, 2009).

Não há dúvida de que o direito de ação é da titularidade de quem recebe, ou não, uma sentença favorável. O direito de ação, nesse sentido, é totalmente abstrato em relação ao direito material. Mas esse grau de abstração não responde ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como está claro, incumbe ao legislador traçar os procedimentos e as técnicas processuais idôneas a dar duração razoável ao processo. Para tanto, o legislador deve desenhar procedimentos especiais para determinadas situações, técnicas voltadas à aceleração do procedimento comum e ainda instituir regras processuais capazes de permitir à parte construir o procedimento adequado ao caso concreto.

#### 6.2. Juiz: Dever de Tutela Jurisdicional em prazo razoável

A questão temporal tem grande importância quando se está diante da tutela jurisdicional dos direitos. A jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, fundamentais ou não. A tutela jurisdicional dos direitos é certamente indissociável da dimensão do tempo, pois tutelar de forma intempestiva equivale a não proteger ou a proteger de forma indevida.

Porém, o juiz tem o dever de prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável não somente para tutelar os direitos, mas igualmente para que o réu tenha um processo justo. Não é justo submeter o réu aos males da pendência processual por um prazo desrazoável.

É preciso combater os atos judiciais que dilatam o processo de forma não razoável, além disto, a dilação indevida pode decorrer de uma escolha equivocada, ou melhor, da escolha de uma técnica processual inidônea a dar a devida tempestividade à tutela jurisdicional. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz determina a execução da tutela antecipatória de soma através das regras que servem à execução da sentença condenatória, desprezando a utilização da multa ou do desconto em folha ou de rendas periódicas. Tais atos podem ter natureza comissiva e omissiva (MARINONI, 2009)..

Frise-se que duração razoável, como o próprio nome indica nada tem a ver com duração limitada a um prazo certo ou determinado. Se essa confusão fosse aceita, não se trataria de “duração razoável”, mas de “duração legal”, ou do simples dever de o juiz respeitar o prazo fixado pelo legislador para a duração do processo (ANDRADE *et al*, 2015). E essencial que os prazos se tornem próprios, obrigatórios de serem seguidos, e excepcionalmente descumpridos em face de contingências específicas com relação à eventual maior complexidade encontrada em casos. Não pode ficar ao critério do juiz, sem sanções processuais como as que já existiram no art. 801 do CPP, a dilação exagerada de prazos pelo magistrado.

## **7. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A MOROSIDADE**

Segundo Martins Filho (2000), para que possa ser alcançado o Poder Judiciário do Terceiro Milênio, pilar da cidadania, é necessário que a sua estrutura seja modernizada e que ostente as seguintes características: qualidade técnica de suas decisões (Justiça Social efetiva), baixo custo de sua estrutura (Acessível na prática a todos), celeridade na prestação jurisdicional e concentração de demandas (Coletivização do processo)(FRANÇA,1994).

A reforma da legislação processual infraconstitucional certamente é a medida mais reclamada, sendo que há mais de uma década vem se tentando a adoção de novos mecanismos processuais que consagrem uma prestação jurisdicional justa, efetiva e célere. Atualmente, fala-se em segunda fase da reforma do Poder Judiciário, representada pela

tramitação, no Congresso Nacional, de inúmeros projetos de lei abarcando modificações no sistema processual. Nesse contexto, no âmbito do processo civil, observa-se que a preocupação central do legislador é o sistema recursal. É proposta uma nova reestruturação no julgamento e no procedimento do agravo, seja na forma retida ou por instrumento (PL nº 4.727/2004 e PL nº 4.729/2004, ambos da Câmara dos Deputados), bem como um cerceamento nas hipóteses de interposição (PL nº 138/2004 – Senado). Com relação à apelação, estabelecem-se novas disposições para o seu recebimento e para os seus efeitos (PL nº 4.724/2004, Câmara dos Deputados, e PL nº 136/2004, Senado).

Entretanto é de fácil elucidação que a questão do tempo é de suma importância no âmbito processual, e principalmente no tocante ao Direito Processual Penal, pois é nele que residirá a discussão sobre a liberdade de determinado indivíduo. Já que, por conta do número excessivo de demandas que são diariamente levadas ao Poder Judiciário, observa-se que ao se requisitar que o judiciário cumpra a razoável duração do processo, surgirá potencial risco a eficácia das decisões judiciais, além de possíveis prejuízos a segurança jurídica.

Sobre uma ótica o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, com o seguinte teor: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Visto que o desenrolar do processo em um prazo razoável é, ao contrário, fator de segurança, na acepção mais ampla desse valor. Com respeito a isso, a legislação processual repele a utilização de expedientes que impedem de se efetivar e de se oportunizar a tutela jurisdicional, a teor do que dispõem, só para exemplificar, os artigos 16 a 18, 273, inc. II, 461, 600, 879 e, mais recentemente, o renovado art. 14, caput, inc. V e parágrafo único, todos do Código de Processo Civil (CPC).

## **CONCLUSÃO**



Tendo em vista o conteúdo apurado para a realização do presente artigo científico, faz-se evidente e necessária a pontual definição de uma duração máxima do processo criminal para que a alteração da situação seja plenamente efetivada.

A Emenda Constitucional nº 45 inaugurou o processo de reforma do Poder Judiciário, trouxe modificações importantes, contudo, sem grande eficácia na concretização da celeridade processual. Tornar a segunda fase da reforma do Judiciário realidade, com a aprovação dos inúmeros projetos de lei que tramitam em nossas Casas Legislativas, é imperioso para garantir a respeitabilidade dos direitos fundamentais consagrados na órbita constitucional. Infelizmente, atravessamos uma preocupante crise política que, a cada dia, parece se afastar mais de uma rápida solução.

A lei, como regra de conduta, no seu objetivo de regulação das atividades humanas, tem-se revelado afastada das expectativas da comunidade. Sob a ótica dos cidadãos a justiça passou de distributiva para participativa, está na atualidade caracterizada por uma multiplicação de direitos que, em geral, entram em paradoxo, pois, o cidadão tem acesso ao Judiciário, mas não tem acesso à Justiça.

Cumprir observar que o direito de ação não diz respeito ao acesso ao Poder Judiciário para pedir-lhe a proteção a um direito lesado ou ameaçado, mas à garantia de acessar os órgãos judiciais para alegar a ofensa ou a ameaça a um direito.

A proteção pedida, que equivale à tutela judicial, é a procedência da demanda que só se verificará no final do processo. E nem sempre ocorrerá. Sendo o direito de ação abstrato e autônomo, o cidadão tem o direito de acessar o Judiciário independentemente de ter realmente sofrido uma lesão ou uma ameaça a um seu direito. O que lhe é garantido é o acesso para trazer suas alegações e provas.

Embora o exercício do contraditório e das outras garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal demandem tempo, ele é fonte natural de danos, que devem ser mitigados a fim de alcançar uma justiça lúdima. Com isso, não se quer suprimir as referidas garantias



pertinentes à defesa, mas a jurisdição deve ser prestada em tempo razoável.

Temos como certo que a EC nº 45 foi um avanço para a que os processos pudesse celeridade na tramitação e na consequente prestação jurisdicional, porém não foi alternativa que finda as tentativas, que devem ser constantes para avivar este direito fundamental dos cidadãos. A justiça, concluindo, se apresentam ineficiente e incapaz de cumprir o enunciado de:

(...) dar a cada um o que é seu”, quer pelas desigualdades que encerra, quer pela demora da prestação jurisdicional, quer pela qualidade da resposta judicial essas questões devem ser enfrentadas agora, para que se possa anunciar perspectivas mais esperançosas do mundo jurídico e para que os cidadãos possam exercer o direito fundamental de justiça cuja obrigação de promover é do estado democrático de direito (Chiavenato (1997, p. 21).

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, A. P.; NOVAES FILHO, W. *A constituição dos EUA anotada*. São Paulo: LTr, 2001

ANDRADE, S.; LOURENÇO, L. T.; RANGEL, T. L. V. *A Efetividade Da Duração Razoável Do Processo: Uma Resposta À Morosidade Da Justiça Brasileira*. Disponível em < <http://www.boletimjuridico.com.br/m/texto.asp?id=3927>> Acesso em 20 out. 2017.

BRASIL. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2010.

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

BARBOSA, L. B. *Os danos morais e a mora processual: uma avaliação dos punitive damages como ferramenta de dissuasão e compensação*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/42602/os-danos-morais-e-a-mora-processual-uma-avaliacao-dos-punitive-damages-como-ferramenta-de-dissuasao-e-compensacao>> Acesso em 20 out. 2017.

BINDER. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, 2003, pg-85.

CAVALCANTE, A. R. *A Morosidade no Poder Judiciário Brasileiro: Possíveis Causas, Consequências e Opções para Combater o Problema*. Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA, Fortaleza-CE, 2008.

CHIAVENATO, I. *Gerenciando pessoas: o passo decisivo para a administração participativa*. São Paulo: Makron Books, 1997.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, N. O. *Compreensão da celeridade processual a partir da hermenêutica constitucional*. In: CASTRO, J. A. L.(Coord.). *Direito processual: estudos no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas/ Instituto de Educação Continuada, 2008.

FRANÇA, A. N. *O Exercício Político da Autonomia do Poder Judiciário*. In: *Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coordenação). O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARINONI, L. G. *Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo*. Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e novembro/2009.

MARINONI, L. G. *Novas linhas de processo civil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NALINI, J. R. *Dez recados ao juiz do III milênio*. Revista CEJ, Brasília, DF, 1997. Uma nova ética para o juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

*Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano VI, n. 36, p. 20, jul./ago. 2005.

MARTINS FILHO, I. G. S. *O Sistema Legal e o Judiciário Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2000.

TUCCI, J. R. C. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. Editora Revista dos Tribunais, 1998.

THEODORO JÚNIOR, H. *Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil*. Revista de Processo. n° 124. São Paulo, junho/2005.

VERAS, J.; LEITE, L.; MUSSOLINE, S. *A Razoável Duração do Processo Penal*, 2008.

**NOTAS:**

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo. Graduado em Direito e em Comunicação Social, todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Escritor de obras jurídicas

## **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA**

NAIANNY OLIVEIRA ARRAIS<sup>3</sup>

ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO

(Orientador)<sup>4</sup>

**RESUMO:** O presente artigo consiste no estudo da violência doméstica e as medidas protetivas de urgência, com base na Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, esta que trouxe inúmeros benefícios e segurança para a mulher, dentre elas o destemor de denunciar o agressor e buscar ajuda do Estado para combater esse tipo de violência que infelizmente é tão comum. A violência doméstica e familiar é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, dano moral e patrimonial no âmbito da família e qualquer relação íntima de afeto. É importante compreender que as medidas protetivas de urgência são mecanismos trazidos pela aprovação da lei que buscam erradicar a violência de gênero, uma vez que a medida aplicada ao agressor serve para afastá-lo da ofendida e também para solucionar ou apaziguar conflitos gerados dentro do âmbito doméstico.

**Palavras-Chave:** medidas protetivas; violência doméstica; mulher; agressor

**ABSTRACT:** The present article consists of the study of domestic violence and urgent protective measures, based on Law 11.340 / 2006, known as the Maria da Penha Law, which has brought numerous benefits and safety for women, among them the fear of denouncing the aggressor and seek State aid to combat this type of violence that unfortunately is so common. Domestic and family violence is any action or omission based on gender that causes death, injury, physical, sexual or psychological suffering, moral and property damage within the family and any intimate relationship of affection. It is important to understand that urgent protective measures are mechanisms brought by the approval of the law that seek to eradicate gender violence, since the measure applied to the aggressor serves to remove it from the offended and also to solve or appease conflicts generated within the scope domestic.

**Keywords:** protective measures; domestic violence; woman; aggressor

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A LEI MARIA DA PENHA; 2.1 APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA NO COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER; 3. LEI 13.505/2017; 4. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA; 4.1 CONCESSÕES DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NO

---

<sup>3</sup> Graduando em Direito Pela Faculdade Serra do Carmo.

<sup>4</sup> Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo. Graduado em Direito e em Comunicação social. Todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins. Professor Universitário, autor de obras jurídicas e artigos diversos.

ESTADO DO TOCANTINS; 4.2 EFETIVIDADE DAS Medidas Protetivas de Urgência; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como tema Violência doméstica e a aplicação das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha, com destaque nas Medidas Protetivas de Urgência. Tem como finalidade tratar dos meios de proteção em favor da mulher vítima de violência doméstica, bem como os de punição para os agressores.

Destacar a importância de se dar maior atenção a este tipo de comportamento tão comum no Brasil que é a prática da violência no âmbito familiar ou em qualquer relação íntima de afeto, esclarecer sobre os diversos tipos de violência que é submetida à mulher, seja ela física, psicológica, patrimonial, sexual e moral, uma vez que por falta de conhecimento supõe-se que violência doméstica é somente agressão física.

Com a sanção da Lei 11.340 - Lei Maria da Penha - em 2006, as mulheres passaram a ser amparadas por inúmeros instrumentos e serviços para garantir seus direitos e o atendimento em situações de vulnerabilidade, pois é uma lei que ampara, fortalece a autonomia das mulheres, educa a sociedade, cria mecanismos de assistência e atendimento humanizado para mulheres em situação de risco.

Diante desse cenário atual, pretende-se analisar que as Medidas Protetivas de Urgência são meios destinados de proteção à vítima de violência doméstica e com a criação da LMP a mulher tem buscado auxílio jurídico solicitando essas medidas cautelares como forma de proteção. Pretende-se que através da efetivação dessas medidas seja controlada a violência contra a mulher, pois em caso de descumprimentos destas pelo agressor há penalidades que enseja até em prisão preventiva.

Este trabalho busca estudar a Lei Maria da Penha com fulcro nas medidas protetivas de urgência, observando que as medidas adotadas são meios elencados na referida lei para proteção da mulher em situação de risco. Para fortalecer essa luta a Lei 13.505/2017 foi aprovada com a finalidade de amparar a vítima com atendimento de servidores especializados, preferencialmente do sexo feminino e preparados para atuar de acordo com a necessidade da ofendida. Trata ainda das medidas protetivas que podem ser deferidas pelo Juiz ou Ministério Público, nesse mesmo sentido, consta levantamento realizado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Tocantins que demonstra o número de medidas concedidas nas comarcas do estado nos últimos cinco anos até outubro de 2017, o que conclui que com o advento da lei, muitas mulheres obtiveram possibilidade e também coragem para enfrentar a violência doméstica e solicitar ajuda do judiciário. Dessa forma, o que espera é que a Lei 11.340/2006 seja cada vez mais inserida no contexto social para que venha conscientizar a população a denunciar qualquer tipo de violência contra a mulher e em decorrência disto o Estado faça o papel de aplicar a lei de forma a erradicar a violência doméstica.



## 2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A Lei Maria da Penha

A Lei 11.340/2006 com fulcro no art. 5º define a violência doméstica e familiar contra a mulher, como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. A Lei Maria da Penha não é uma lei punitiva, mas de proteção. Sendo esta uma das mais avançadas do mundo, visto realizar o trabalho que visa garantir e efetivar os direitos das mulheres.

A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou dia 22/11/2017 nova súmula sobre a aplicação da Lei Maria da Penha.

A Súmula 600 diz: “Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima”.

Para Alice Bianchini (2016, p.31) a Lei Maria da Penha não trata de toda a violência contra a mulher, mas somente daquela baseada no gênero (art. 5, *caput*). Tal delimitação decorre da redação contida no dispositivo antes mencionado, o qual estabelece que, “para efeitos desta Lei [Lei Maria da Penha], configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero”.

Leda Maria Hermann (2006, p. 182, 183) dispõe que as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor estão previstas na Seção II da Lei 11.340/2006 artigo 22. O dispositivo coloca à disposição do Poder Judiciário, em seus incisos, alternativas legais de restrições de conduta aplicáveis ao agressor, presentes nos incisos I a IV, que implica no afastamento do agressor do lar; proibição do agressor de aproximar-se da vítima e de seus familiares, com fixação de distância mínima; proibição do agressor de manter contato com a vítima, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; suspensão da posse ou restrição do porte de armas; o agressor deverá obedecer à restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço militar; poderá o agressor pagar pensão alimentícia provisional ou alimentos provisórios. O *caput* do artigo 22 da mencionada lei, esclarece a possibilidade de aplicação cumulativa das medidas protetivas. A concessão depende de provocação – requerimento do Ministério Público ou pedido da ofendida, o juiz exercerá a função jurisdicional orientado por seu convencimento, podendo acatar integral ou parcialmente o pleito, ou ainda denegá-lo, sempre motivada e fundamentadamente.

### 2.1 APLICAÇÃO da Lei Maria da Penha no combate a violência contra a mulher.

Uma das grandes inovações que a Lei Maria da Penha trouxe para o combate à violência doméstica foi à criação das Medidas Protetivas de Urgência. Essas medidas são concedidas sempre que a mulher encontra-se em situação de risco resultante de violência doméstica, tendo como finalidade protegê-la de novas agressões, podendo ainda ser adotada medidas como: afastar o agressor do âmbito



familiar, proibir determinadas condutas, prestar alimentos quando necessário à ofendida, acompanhamento psicológico e casa abrigo, tudo no intuito de preservar a integridade da vítima e familiares.

Outro ponto positivo para as mulheres vítimas da violência doméstica foi o Supremo Tribunal Federal mediante a Súmula 542 definir a natureza da ação penal incondicionada em caso de crime de lesão corporal resultante de violência doméstica. No entanto, o crime de ameaça é condicionada a representação da vítima, o que leva muitas mulheres posteriormente retratar-se da representação, por ter reatado o relacionamento com agressor, diante disso usufrui do direito que dispõe o art. 16 da LMP, que nada mais é que retratar-se em juízo antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público e assim impedir a continuidade da ação.

Segundo Sousa (2009, p. 22) as medidas protetivas são espécies de medidas cautelares, pois objetiva garantir principalmente a integridade psicológica, física, moral e material (patrimonial) das vítimas, com a finalidade de garantir que ela possa agir livremente ao optar por buscar o amparo estatal e em especial a jurisdicional contra sei o seu suposto agressor.

A violência contra as mulheres constitui uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que conduziram ao domínio e à discriminação das mulheres por parte dos homens e impediram o progresso pleno das mulheres, e que a violência contra as mulheres constitui um dos mecanismos sociais fundamentais através dos quais as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens... (Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, dezembro de 1993)

Das diversas formas de violências vivenciadas por mulheres é demonstrada a subordinação da mulher em relação à figura do homem, essas manifestações de desigualdades de poder vêm de longos anos, nesse contexto, a LMP foi aprovada para coibir essa concepção machista imposta à mulher.

### **3. LEI 13.505/2017**

As medidas protetivas de urgência foram instrumentos criados pela lei 11.340/2006 com o intuito de assegurar proteção estatal em favor da mulher.

Atualmente, a concessão de medidas protetivas é deferida pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. Quando a vítima solicita amparo na Delegacia, o pedido de medidas protetivas deve ser encaminhado pelo delegado em 48 horas (art. 12, III), e o juiz deve decidir em 48 horas (art. 18, I). Após o deferimento, o agressor deve ser intimado da decisão, o que nem sempre é

possível, devido o agressor dificultar o recebimento da intimação ou até mesmo evadir-se para local incerto, o que prejudica a concretização da medida protetiva contra o agressor. Há que se contar que são altos os números de casos de violência doméstica e que por vezes não são apreciados em tempo hábil, assim ensejando o “*periculum in mora*”.

Outro ponto relevante é apontado por Izumino:

As Delegacias da Mulher apresentam algumas dificuldades, como por exemplo, a precariedade de materiais e de pessoal, problemas comum a todo sistema que envolve Segurança Pública no Brasil. Mas o problema maior concentra-se na falta de especialização e capacitação dos agentes. Na maioria dos casos as profissionais que trabalham nas delegacias demonstram grandes dificuldades para compreender a dinâmica da violência doméstica, em grande parte porque estão inseridas nas relações de gênero culturalmente predominante em nosso país. E entendemos gênero como o conjunto de normas que modelam os seres humanos em homens e em mulheres, através de conceitos historicamente construídos. Além disso, as policiais que atuam nas delegacias recebem treinamento da Academia de Polícia, e estes não incluem nenhum tipo de treinamento específico para lidar com a violência contra a mulher. Juntando-se a isso ainda existe o fato de que como as policiais não escolhem a divisão em que vão atuar trabalhar em uma Delegacia da Mulher representa um grande descontentamento para muitas delas que foram treinadas para ser policial e combater crimes (a maioria dessas profissionais não enxerga a violência doméstica contra a mulher como crime, mas sim como problema familiar, pois ocorre dentro da esfera privada, que é onde a maioria dos crimes acontece) (IZUMINO, 2004, p. 35 e 36).

Para dar celeridade nas medidas cautelares a fim de promover maior efetividade à proteção da mulher surgiu o PLC 07/2016.

O Projeto de Lei da Câmara nº 7, de 2016, acrescenta dispositivos à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, para dispor sobre o direito da vítima de violência doméstica de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino. De acordo com o projeto, a concessão de medidas protetivas de urgência pelo delegado só será admitida em caso de risco real ou iminente à vida ou à integridade física e psicológica da mulher e de seus dependentes. Nessa hipótese, depois de aplicar as medidas, a autoridade policial terá de comunicar a decisão ao juiz em até 24 horas, para que ele possa manter ou rever essa intervenção. Terá também a avaliação do Ministério Público em relação à concessão da medida cautelar.

O projeto é de autoria do Deputado Federal Sergio Vidigal (PDT/ES). A matéria foi aprovada pelo Plenário do Senado Federal em 10/10/2017 e posteriormente encaminhada para sanção presidencial.

A Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da Comissão Nacional da Mulher Advogada, ofereceu posicionamentos a respeito do PLC 07/2016 através de nota técnica:

Visto apoiar à parte do projeto que propõe a inclusão do artigo 10-A e do artigo 12-A, os quais tratam do atendimento policial, buscando, dentre outros importantes objetivos, evitar a revitimização da mulher. No entanto, ao que tange à parte do projeto que permite que medidas protetivas sejam aplicadas por delegado de polícia (inclusão do art. 12-B à Lei Maria da Penha), gostaríamos de expressar preocupação tal qual já o fizeram vários órgãos institucionais, sendo que a totalidade deles pediu a rejeição do artigo cujo conteúdo permite à autoridade policial a aplicação provisória, até deliberação judicial, das medidas protetivas de urgência. São elas: AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, FONAVID – Fórum Nacional dos Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, CONDEGE – Comissão Especial para Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher do Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais, NUPEGRE – Núcleo de Pesquisa em Gênero, Raça e Etnia .

O projetado no art. 12-B encontra-se eivado de inconstitucionalidade, além de, pelos meios escolhidos, não ter aptidão para alcançar os fins propostos, que é o de dar mais segurança à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Pois O PLC 7/2016 ao permitir que o delegado de polícia venha a aplicar medida protetiva de urgência, fez condicionado aos seguintes requisitos: 1) existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física e psicológica da vítima ou de seus dependentes 2) aplicação é provisória e deverá ser submetida à deliberação judicial no prazo de vinte e quatro horas 3) ofensor deve ser intimado desde logo. Sendo assim somente poderão ser aplicadas as medidas elencadas no art. 22, III, e art. 23 I e II da LMP. Esses dispositivos possuem elevado cunho restritivo em relação a bens jurídicos do suposto agressor (liberdade de locomoção, liberdade de comunicação, liberdade de expressão). Dessa forma surge a seguinte questão: ao proibir o contato do agressor com os familiares, caso inclua o(a)s filho(a)s menor (es) estaria, a autoridade policial, adentrando questão de direito de família (proibição de visita, alteração de regime de visita, alteração do acordo de guarda compartilhada, etc.), tema

que não é de sua competência funcional. (Nota Técnica ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, p. 1, 2,3)

A Associação Nacional dos Delegados de Polícia federal (ADPF) divulgou nota na qual defende o PLC 07/2016. Pois aduz que a iniciativa representa um inquestionável avanço nos direitos das mulheres no que tange à proteção das vítimas de violência doméstica e que as mulheres que sofrem com violência doméstica precisam de proteção imediata. Na maioria dos casos, voltar para a casa com um papel na mão para aguardar que o agressor seja intimado dentro de no mínimo 4 (quatro) dias pode ser um risco a vida dessas mulheres e de seus filhos.

Para Francisco Sannini Neto (2016, online), salto aos olhos, nesse contexto, a figura do delegado de polícia como o primeiro garantidor dos direitos e interesses da mulher vítima de violência doméstica e familiar, afinal, esta autoridade está à disposição da sociedade vinte e quatro horas por dia, durante os sete dias da semana, tendo aptidão técnica e jurídica para analisar com imparcialidade a situação e adotar a medida mais adequada ao caso.

A lei foi sancionada dia 08 de novembro de 2017, apenas um artigo do texto original foi vetado pelo Presidente Michel Temer o que conferia à polícia autoridade para aplicar medidas protetivas. O Presidente justifica o veto, devido atender a demandas de organizações e órgãos do governo dedicados à defesa da mulher, o artigo 12-B e seus parágrafos 1º e 2º foram vetados porque "incide em inconstitucionalidade material", pois é visto como violação aos artigos 2º e 144, § 4º da Constituição, ao invadirem competência afeta ao Poder Judiciário e buscarem estabelecer competência não prevista para as polícias civis. O que posteriormente poderia ser questionado no Supremo Tribunal Federal (STF) e enfraquecer a Lei Maria da Penha.

Art. 12-B. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física e psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de seus dependentes, a autoridade policial, preferencialmente da delegacia de proteção à mulher, poderá aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência previstas no inciso III do art. 22 e nos incisos I e II do art. 23 desta Lei, intimando desde logo o agressor. § 1º O juiz deverá ser comunicado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas e poderá manter ou rever as medidas protetivas aplicadas, ouvido o Ministério Público no mesmo prazo. § 2º Não sendo suficientes ou adequadas as medidas protetivas previstas no caput, a autoridade policial representará ao juiz pela aplicação de outras medidas protetivas ou pela decretação da prisão do agressor. § 3º A autoridade policial poderá requisitar os serviços públicos necessários à defesa da mulher em situação de violência doméstica e familiar e de seus dependentes."

## 4. Medidas Protetivas de Urgência

As medidas protetivas da Lei Maria da Penha não são instrumentos para assegurar processo. O propósito das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. A LMP possui um vasto rol de medidas a serem tomadas pelos agentes responsáveis pela proteção e pelo julgamento dos atos envolvendo a violência doméstica e familiar, elencadas nos artigos 18 e seguintes da Lei 11.340/2006.

Adriana Ramos de Mello (2009, p.11) salienta que a lei prevê as medidas protetivas de urgência nos artigos 22, 23 e 24 que são verdadeiras medidas cautelares e de bastante utilidade nos casos de violência doméstica e, como tal devem preencher os dois pressupostos tradicionalmente consistentes no periculum in mora (perigo de demora) e fumus bonis iuris (aparência do bom direito). Dessa forma, deve o Juiz agir com bastante cautela ao conceder tais medidas, visto que sabemos que os pedidos muitas vezes são feitos diretamente na Delegacia de Polícia, sem que a vítima tenha sido orientada por um advogado ou defensor público e chegam ao Juiz sem qualquer suporte probatório mínimo que lhe permita definir o pleito cautelar imediatamente. Assim, deve o Juiz, ao analisar a convivência da adoção de tais medidas, verificarem a existência dos pressupostos, podendo designar audiência de Justificação, prevista no art.804 do CPC (MELLO, 2009, p. 11).

### 4.1 CONCESSÕES de Medidas Protetivas de Urgência no estado do Tocantins

Há 11 anos foi aprovada a Lei Maria da Penha, que torna crime a violência doméstica e familiar contra a mulher. A Lei é um grande avanço no combate à violência contra a mulher no Brasil desde que a Constituição Federal passou a dar fundamento constitucional ao combate à violência doméstica, assegurando a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (artigo 226, § 8º).

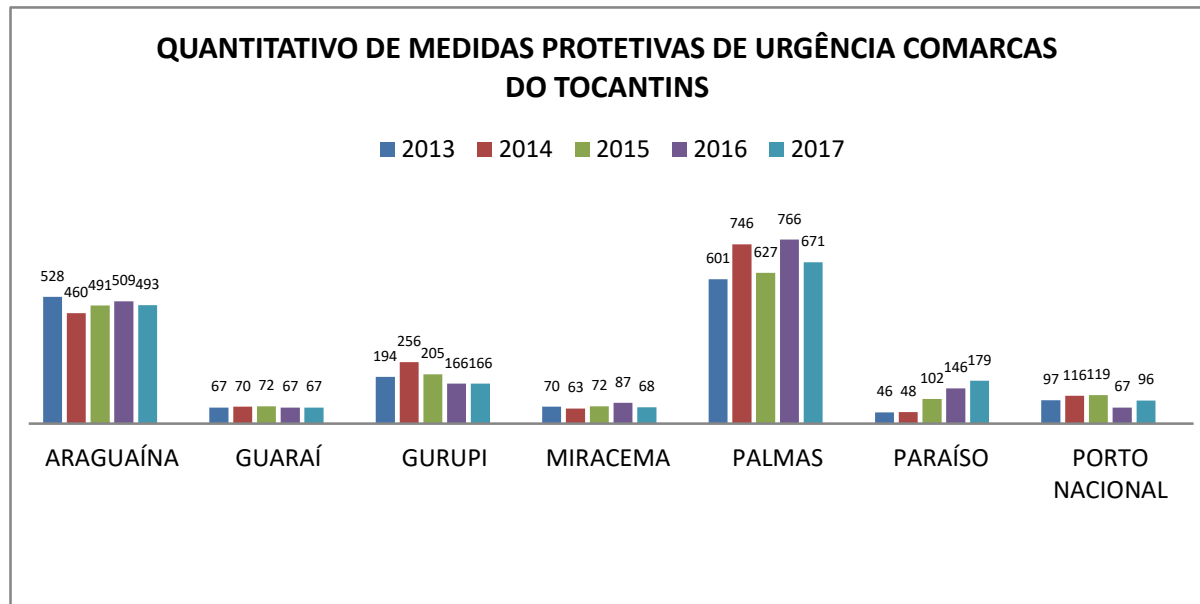
Desde a criação da Lei Maria da Penha, o Poder Judiciário do Tocantins implantou três varas especializadas no combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher nas Comarcas de Araguaína, Gurupi e Palmas, contam ainda com a 26ª Promotoria de Justiça da Capital, Núcleo Maria da Penha dentro do Ministério Público do Estado e duas Delegacias Especializadas em Atendimento à Mulher – DEAM, localizadas na região Taquaralto e central de Palmas, além de Casa Abrigo.

Para se ter base do número de medidas, foi realizada uma análise quantitativa no Tribunal de Justiça do Tocantins tendo como base o Sistema E-proc em relação às medidas protetivas de urgência concedidas nos últimos 05 anos em algumas comarcas e constatou-se que cada vez mais vem se ampliando a utilização das



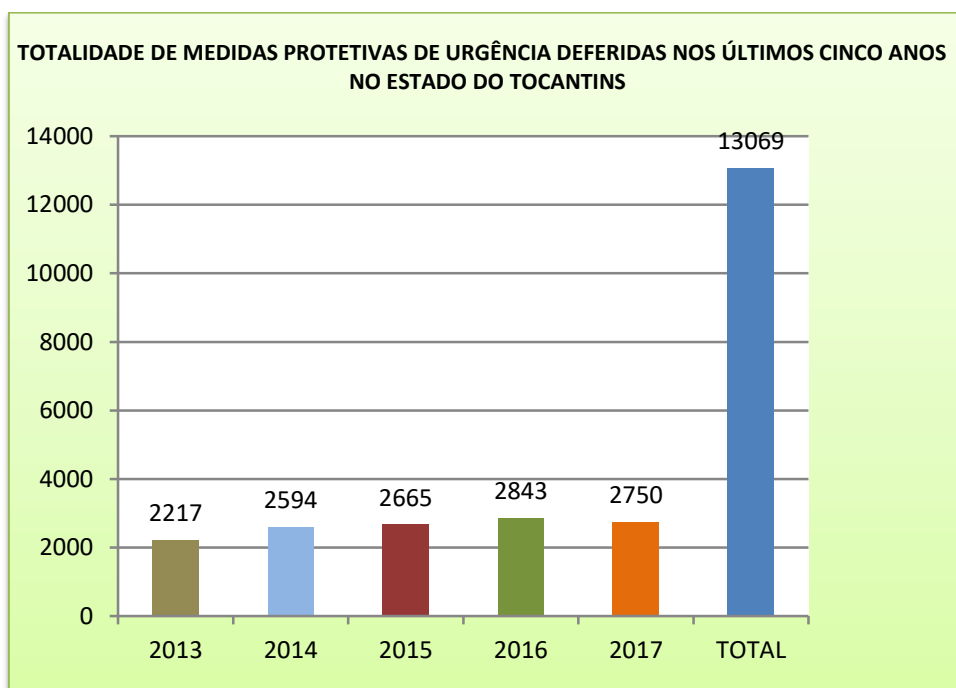
medidas protetivas de urgência no âmbito do estado do Tocantins, esta que é um instrumento processual que visa à proteção da mulher, além de encorajá-la a denunciar agressões sofridas e que por vezes são ocultas. Chama bastante atenção para as cidades de Palmas, Araguaína e Gurupi, levando em consideração que são cidades populosas e isso soma em percentual, no entanto o Índice é muito elevado, seria um ponto positivo ramificar políticas sociais de prevenção e conscientização do mal estar que é causado pela violência doméstica, implantar ciclos restaurativos e acompanhamento psicológico e social daqueles que estão envolvidos nesse contexto.

O gráfico aponta números de medidas protetivas de sete comarcas do Tocantins:



É visível que desde o ano de 2013 até 2017, cresceu o número de medidas protetivas deferidas, isso demonstra que a lei tem ampliado conhecimento para aquelas vítimas que antes desconhecia a lei.





Fonte: Dados obtidos junto ao Tribunal de Justiça do Tocantins

## 4.2 EFETIVIDADE DAS Medidas Protetivas de Urgência

As medidas protetivas de urgência possuem caráter primordial e deve ser deferida dentro do prazo de 48 horas, sem necessidade de audiência das partes, nem de manifestação prévia do Ministério Público, para concessão da medida (art. 19 § 1º LMP). Podendo ser requerida na Vara de combate à Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, Defensoria Pública, Ministério Público e Delegacias de Polícias, principalmente nas Delegacias Especializadas de Defesa da Mulher – DEAMs.

Por vezes essas medidas se tornam sem efetividade quando acontece da vítima reatar com o acusado ou retratar da manifestação criminal, há casos que a vítima é dependente financeiramente do acusado e por não ter condições de subsistência submete-se a permanecer com o agressor.

Existe uma grande parcela de vítimas que não denuncia a violência sofrida por ter receio do agressor, assim permanecem caladas sofrendo maus tratos e opressão, enquanto o agressor fica impune.

Há um grande impasse que dificulta a efetivação e combate da violência que é o controle da fiscalização da medida deferida, uma vez que o judiciário não possui esse controle, ao menos que seja imposta uma medida com o monitoramento eletrônico conjunta.

A Lei nº 12.403/2011 trouxe um elenco bastante alargado de medidas cautelares (CPP, art. 319). Todas elas podem ser aplicadas, desde que necessárias adequadas e proporcionais aos casos de violência doméstica e familiar contra a

mulher. O destaque principal é o monitoramento eletrônico (CPP, art. 319, IX), por se tratar de medida com significativa eficácia.

O monitoramento eletrônico é o principal mecanismo, a principal medida cautelar elencada na referida lei por ser bastante eficaz na vigilância dos agressores (BIANCHINI, 2013, p. 175).

A LMP prevê a aplicação de medidas, uma vez constatada a prática da violência, o afastamento físico entre agressor, vítima e testemunhas (art. 22, II e III). De que maneira fiscalizar o cumprimento de tais medidas?

Uma das maneiras encontradas para verificar se o agressor está realmente cumprindo as medidas protetivas é a aplicação do monitoramento eletrônico, feito através de tornozeleiras ou pulseiras, considerada pela legislação brasileira como medida cautelar de descarcerização e de controle de réus condenados. Com este mecanismo a autoridade saberá se o violentador está respeitando a ordem judicial de se afastar da vítima e de determinados lugares, se for o caso (BIANCHINI, 2013, p. 175 e 176).

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Além disso, seria positivo o seu uso, pois reforçaria a necessidade de obediência à medida por parte do agressor, evitando sua prisão preventiva em caso de descumprimento da imposição judicial (art. 20, LMP), ou mesmo que seja acusado de crime de desobediência (CP, art. 330) (BIANCHINI, 2013, p. 176).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o exposto, entende-se que a violência de gênero é umas das formas mais repulsivas de ofensa aos direitos da mulher. Com intuito de combater essa atrocidade que Lei Maria da Penha foi sancionada e trouxe um grande avanço no combate à violência doméstica contra a mulher.

As medidas cautelares são formas de efetivação da lei, não que sejam totalmente responsáveis, no entanto desempenha papel importante. O Estado detém atribuição importante no combate para erradicar esse tipo de violência, deve dispor de suporte aos agentes que lutam contra a violência de gênero, disponibilizando e amparando as medidas necessárias para que seja alcançado o bem comum, além de

conscientizar a população de todas as ferramentas trazidas pela lei, beneficiando as mulheres agredidas e punindo os agressores com mais intensidade.

O Estado há de tomar consciência que uma das maneiras existenciais para buscar efetivação das medidas protetivas é a promoção de política pública de ressocialização, de tratamentos realizados por equipe multidisciplinar que tenha condições de acompanhar o problema enfrentado tanto pela vítima quanto do agressor de perto e ajudar na solução dos conflitos que estão desencadeando a violência. A sociedade desempenha uma função importante que é a de denunciar a violência, assim contribuir para a proteção dos direitos das mulheres e banalizar qualquer tipo de violência, seja ela física, psicológica, sexual, moral e patrimonial.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. Lei nº. 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006: **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal**. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23.05. 2015.

ALVES, SANDRA LÚCIA BELO; DINIZ, NORMÉLIA MARIA FREIRE. “**Eu digo não, ela diz sim**”: a violência conjugal no discurso masculino. Revista Brasileira de Enfermagem, vol. 58 nº 4, Brasília, Julho/, 2005.

MISTRETTA, DANIELE. **Lei Maria da Penha: por que ela ainda não é suficiente?**. Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP, nº 8, Marília, Dezembro, 2011.

HERMANN, Leda Maria. Violência doméstica e familiar: **Maria da Penha lei com nome de mulher** – Considerações á Lei nº 11.340/2006 comentada artigo por artigo. 2ª ed. Campinas – SP: Servanda, 2008.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres**. 1993. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/48/104&Lang=E&Area=UNDOC>>. Acesso em: 23.05.2017.

BRASIL. Convenção Belém do Pará: **Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**. Disponível em:

<<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 23.05.2015.

CARVALHO, Pablo. **Medidas protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha e sua real eficácia na atualidade**. Jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29229/medidas-protetivas-no-ambito-da-lei-maria-da-penha-e-sua-real-eficacia-na-atualidade/3>>. Acesso em 23.08.2017

SOUSA, Sérgio Ricardo. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. / Sérgio Ricardo Sousa. / Curitiba: Juruá, 2007. 204 p.

PLANALTO, **Temer sanciona lei que qualifica atendimento a mulheres em situação de violência**. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/11/temer-sanciona-lei-que-qualifica-atendimento-a-mulheres-em-situacao-de-violencia>>. Acesso em 09.11.2017

EDUARDO SOBRAL, Carlos. **Nota Oficial de Apoio ao PLC 07/2016**. Disponível em: <[http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia\\_portal.wsp?tmp.edt.materia\\_codigo=9240&wi.redirect=Y2VG7FGATSRW8XK2319N#.WheOkNKnFdg](http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo=9240&wi.redirect=Y2VG7FGATSRW8XK2319N#.WheOkNKnFdg)>. Acesso em 21.10.2017

SANNINI NETO, Francisco. **Lei Maria da Penha e o delegado de polícia**. Canal Ciências Criminais, jun. 2016. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/lei-maria-da-penha-e-o-delegado-de-policia/>>. Acesso em 20.11.2017

MELLO, Adriana Ramos de. **Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed.- Rio de Janeiro, 2009.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Conselho Federal. Nota Técnica. Disponível em: <[http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/nucleos/nucleo\\_genero/publicacoes/nota\\_tecnica\\_PLC\\_7-2016.pdf](http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/nucleos/nucleo_genero/publicacoes/nota_tecnica_PLC_7-2016.pdf)>. Acesso em 22.11.2017

IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça e violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero**. São Paulo, 2ª edição, FAPESP, 2004.

REVISTA, Consultor Jurídico. **3ª Seção STJ aprova nova súmula sobre aplicação da Lei Maria da Penha**. Nov 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/stj-aprova-sumula-aplicacao-lei-maria-penha>>. Acesso em 22.11.2017

Declaração Sobre A Eliminação Da Violência Contra As Mulheres - Proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 48/104, de 20 de Dezembro de 1993. Disponível em: <[http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_4/III/PAG3\\_4\\_7.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/III/PAG3_4_7.htm) >. Acesso em 22.11.2017

FERREIRA, OLAVO. **STF define natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher**, fev. 2012. Disponível em: <<https://olavoalvesferreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938586/stf-define-natureza-incondicionada-da-acao-penal-em-caso-de-crime-de-lesao-corporal-praticado-mediante-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher>>. Acesso em 23.11.2017

## OS PILARES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

**RENATA MOURA TUPINAMBÁ:** graduada em Direito (Universidade Federal do Rio de Janeiro); pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes; pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; aprovada nos Concursos para os cargos de Analista do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro e Defensor Público Substituto do estado da Bahia.

**Resumo:** A Constituição da República de 1988 trouxe princípios como normas de caráter cogente. O Código de Processo Penal, datado de 1941, não foi capaz de ajustar-se aos novos pilares do ordenamento jurídicos, mantendo dispositivos obsoletos e que não de coadunam com o Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Código de Processo Penal. Constituição da República. Princípios.

**Sumário:** Introdução – o poder punitivo; 1. O código de processo penal de 1941; 2. A constituição federal de 1988 e seus princípios; 3. A inefetividade prática das normas constitucionais no processo penal; Conclusão; Referências bibliográficas:

---

### Introdução – O poder punitivo

O processo, independente de seu desfecho, já representa, por si só, um mal ao acusado.

A história do poder punitivo é rude. Em nome do binômio prevenção/sanção, o Estado busca legitimar condutas capazes de suprimir não só a liberdade, mas a vida digna.



Através da opinião pública, os órgãos policiais são capazes de transmitir aos cidadãos a ideia de que há um inimigo a ser combatido. Com isso, difundem conceitos maniqueístas, catalogando pessoas em dois únicos grupos: os bons e os maus.

Esse discurso extremado (e muitas vezes camuflado sob o ideal de proteção) se propagou diversas vezes ao longo dos séculos, e suas consequências foram desastrosas à humanidade.

É habitual o Estado utilizar-se da suposta necessidade de repressão para reagir historicamente ao que reputa inadequado, valendo-se de meios ainda mais violentos do que os empregados pelos supostos subversores.

A violência das atitudes estatais pode não ser expressa, e tampouco se ver presente no emprego de castigos físicos. Há instrumento capaz de exercer maior coerção, e de modo aparentemente legítimo: o ordenamento jurídico. Por meio de reformas legais, o Estado obtém o suposto amparo da lei para a repressão social. Assim o fez o Código de Processo Penal de 1941, que não tinha outro escopo senão o de percorrer a marcha processual até alcançar o quase inevitável resultado condenatório.

## **1 O Código de Processo Penal de 1941**

No contexto do advento do Código, o Brasil estava sob a égide da Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 1937, sendo submetido a uma ditadura que justificava seus poderes extraordinários na necessidade de proteger a sociedade brasileira da ameaça comunista. Esse período da história foi denominado Estado Novo (termo advindo da ditadura de António de Oliveira Salazar, em Portugal) e perdurou até 29 de outubro de 1945.

Recorrendo aos ensinamentos de Norberto Bobbio, vejamos o conceito de Ditadura.

*A Ditadura moderna não é autorizada por regras constitucionais: se instaura de fato ou, em todo o caso, subverte a ordem política preexistente. A extensão do seu*

*poder não está predeterminada pela Constituição: seu poder não sofre limites jurídicos. E, embora algumas Ditaduras modernas tendam ainda a se auto apresentar como “temporárias”, sua duração não está antecipadamente fixada: a sua permanência, como a de qualquer outro regime político depende das vicissitudes da história.*<sup>[1]</sup>

Segundo os historiadores Cláudio Vicentino e Gianpaolo Dorigo, a referida Constituição de 1937 foi redigida às pressas por Francisco Campos e foi parcialmente inspirada nas constituições fascistas da Itália e Polônia.<sup>[2]</sup>

*Posteriormente, como Ministro da Justiça, o mesmo Francisco Campos, que foi também o relator do projeto do Código de Processo Penal, assim se pronunciou: “O futuro da democracia depende do futuro da autoridade. Reprimir os excessos da democracia pelo desenvolvimento da autoridade será o papel político de numerosas gerações.”*<sup>[3]</sup>

No ano de 1941, em meio a restrições às liberdades individuais, adveio o Código de Processo Penal, trazendo consigo os traços de um regime totalitário.

Em suas disposições, ficou evidente o intuito de tornar mais dócil a administração do regime por meio de providências capazes de coibir quaisquer comportamentos adversos. O que deveria ser um instrumento de proteção da sociedade dos abusos estatais nasceu para perseguir a condenação a qualquer custo.

Exemplo das bases autoritárias do Código de Processo Penal pode ser extraído da antiga redação do art. 596, que preceituava que uma sentença de absolvição não seria suficiente para restituir a liberdade do réu, caso a pena prevista para a infração da qual estava sendo acusado fosse superior a 08 (oito) anos.

Art. 596. A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a

que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos. <sup>[4]</sup>

Note-se que, quaisquer que fossem as razões que fundamentassem a absolvição – ainda que ficasse provada a inexistência do fato que originou a acusação – o antigo réu, já inocentado, não poderia gozar de sua liberdade.

Tratava-se não apenas de violação ao Princípio da Presunção de Inocência, mas da própria Dignidade Humana, uma vez que, após submetido a um processo e sendo declarada sua inocência, o réu não poderia voltar a exercer plenamente seus direitos fundamentais.

Sobre o descompasso entre o Código de Processo Penal e as atuais diretrizes do Estado Democrático de Direito que serão vistas adiante, o Afrânio Silva Jardim profetiza em sua obra:

*O Direito, como manifestação cultural do homem, sofre condicionamentos e reflexos da estrutura econômica e social que o gerou. Por sua vez, num verdadeiro evoluir dialético, este mesmo Direito vai atuar sobre a sociedade, sofrendo aí novas mutações estruturais, na sua aplicação prática (...).*<sup>[5]</sup>

## **2 A constituição federal de 1988 e seus princípios**

Em breve síntese, após a Constituição de 1937, estiveram vigentes as Cartas de 1946 e 1967.

Em 1988, o Brasil inaugurou uma nova diretriz social, que teve como marco a atual Constituição Federal, deixando de lado o sistema em que garantias individuais eram cerceadas em prol dos interesses da ditadura.

Como nenhuma outra Carta Política anterior, a Constituição de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana à categoria de maior importância do ordenamento jurídico, trazendo consigo um generoso rol de Direitos Fundamentais.

A nova ordem jurídica era fruto dos anseios populares pela adoção de uma Lei Maior que exercesse papel de guardião dos valores democráticos conquistados com o fim do governo militar, em 1985. No ato de sua promulgação, em 05 de outubro de 1988, o então presidente do Congresso Constituinte, Ulysses Guimarães, assim discursou:

*A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora.*

(...)

*A Nação deve mudar. A Nação vai mudar.*

*A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.*

*Que a promulgação seja nosso grito:*

*– Mudar para vencer!*

*Muda, Brasil!*<sup>[6]</sup>

Evidenciando as disposições inovadoras trazidas pela nova Constituição, que muitos apelidaram de “Cidadã”, estão os Princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa, do Contraditório, da Necessidade de Motivação das Decisões Judiciais, da Presunção de Inocência, entre outras garantias inclinadas especialmente à produção de um processo equânime.

Sob esse prisma, o processo passou a ser tratado não mais como simples mecanismo orientador do percurso judicial a ser seguido, mas como instrumento capaz de conter abusos cometidos pelo Estado, na figura de seus agentes. Dessa forma, a efetividade dos preceitos constitucionais deve ser garantida durante toda a persecução penal, a fim de que seja conferida máxima proteção ao indivíduo. Diante dos novos ditames, aquele indivíduo sobre o qual recai a persecução penal não mais

figura como mero objeto do processo; e sim como detentor de direitos e garantias que devem se sobrepôr à gana punitiva do Estado.

### **3 A inefetividade prática das normas constitucionais no processo penal**

Essas mudanças, todavia, não influenciaram a prática penal tanto quanto se propuseram. São recorrentes os casos em que normas infraconstitucionais são aplicadas à revelia da Constituição. Diante disso, a inobservância de uma norma por ela trazida – seja ela regra ou princípio – acarreta o fenômeno que doutrina e jurisprudência vem denominando “atipicidade constitucional”.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

*No caso de atipicidade constitucional, descumprida a observância do tipo imposto pela Constituição, a estatuição de invalidade há de ser buscada na própria Constituição ou no ordenamento como um todo. E, quando se tratar de descumprimento de princípio ou norma constitucional com relevância processual, a sanção provirá da própria Constituição ou do ordenamento processual.*<sup>[7]</sup>

Em resumo, o que se busca é frear práticas contrárias às disposições normativas através da cominação de nulidade aos atos que estejam em contrariedade a regras ou princípios do ordenamento jurídico. Cumpre mencionar que o art. 572 do Código de Processo Penal distingue as nulidades relativas das nulidades absolutas. As nulidades consideradas absolutas são as insanáveis, e que poderão ser alegadas a qualquer tempo, e em qualquer grau de jurisdição. Este será o caso de ofensa às garantias constitucionais, que sempre implicarão nulidade de natureza absoluta.

Exemplo da lição extraída acima pode ser dado a partir da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais trazida pelo artigo 93 IX da CR, que comina a sanção de nulidade para os casos de inobservância de tal preceito. Há também outras hipóteses, como a

vedação de provas obtidas por meios ilícitos, cuja sanção não está expressamente descrita no texto constitucional, mas é extraída dos princípios gerais do Direito.

A persecução penal não pode se distanciar dos mandamentos constitucionais. A aceitação de procedimentos que fujam às diretrizes impostas pelo poder constituinte vai além dos efeitos da ilegalidade, representando ameaça aos direitos não só do indivíduo diretamente atingido, mas de toda a sociedade. Sobre o tema, se refere Alexis Couto de Brito:

*(...) o risco que se corre é que (...) a vulneração dos direitos fundamentais que possa representar deixe de ser sensível, algo que Julián Carlos Ríos Martín e seus coautores definiram como princípio de habituação: aquele que está submetido a um barulho intenso acaba se habituando a ele, e depois de certo tempo não pode mais escuta-lo, não ser mais sensível a ele, não mais ser consciente de sua inadequação nem de seu incomodo; o passo seguinte é considerá-lo habitual, como normal e o normal como correto, como moralmente correto. É o que a ética denomina realismo moral, a capacidade de considerar bom o que existe sem submetê-lo a um juízo de valor para constatar se transgride ou não o mínimo ético: se sempre foi assim, como por que não considera-lo como algo bom?<sup>[8]</sup>*

Com o advento da nova Carta Constitucional, que trouxe como pilares direitos que eram outrora suprimidos, surgiu a necessidade de releitura de determinados dispositivos do ordenamento jurídico. Isso porque, dentre outros critérios para que uma norma seja considerada juridicamente válida, deve ser aferida sua compatibilidade material com a Lei Maior.

Sobre o caráter normativo dos princípios, assevera BADARÓ:

*(...) os princípios processuais poderão impor uma releitura ou trazer novo conteúdo a um dispositivo da*



*legislação infraconstitucional. É necessário 'revisitar' o nosso sistema processual penal.* [\[9\]](#)

## Conclusão

Uma vez constatado o caráter autoritário assumido pelo Código de Processo Penal em razão de seus fundamentos históricos, não é difícil perceber que muitas das previsões nele contidas não estão em consonância com a nova ordem constitucional. O rol de garantias fundamentais contido na constituição tem clara aspiração democrática e deve servir de inspiração para a leitura das normas infraconstitucionais. Na prática forense, há escassez de interpretações do Código de Processo Penal harmônicas com a Carta Constitucional. Embora superada temporalmente, a legislação baseada no discurso da defesa social e do fascismo italiano continua arraigada no pensamento moderno.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assim ilustrou o evidente paradoxo:

*(...) a Constituição brasileira de 1988, traçou, como se sabe, uma base capaz de, salvo muito boa vontade em contrário, enterrar grande parte do atual Código de Processo Penal, marcado pela concepção fascista do processo penal e ancorado na tradição inquisitória, inclusive da fase processual de persecução, só não percebida por todos em razão da pouca perquirição que se faz das suas matrizes ideológicas e teóricas, a começar pelo velho Código de Processo Penal italiano, e seu inescrupuloso difusor e defensor, camicia nera, de todos os instantes, Vincenzo Manzini. Que foi vigoroso articulador do processo penal italiano não se pode negar; mas que era um terrível fascista – e expressa isso em sua obra – também não.* [\[10\]](#)

Diante disso, torna-se necessária uma reformulação teórica do processo penal brasileiro, para que possa cumprir os fins a que se destina, atuando de forma a promover uma persecução penal respeitadora do Estado Democrático de Direito.

Há longo caminho a ser percorrido até que seja alcançada a verdadeira estrutura democrática que deveria ditar as características do processo penal.

A resistência a mudanças pode encontrar fortes aliados naqueles que não se dão conta das raízes antidemocráticas da atual normatização processual penal, de modo a inflamarem seus dizeres na falsa premissa de que a punição é o caminho para o alcance da chamada “ordem social”. Nesse sentido, há crescente tendência ao endurecimento do poder punitivo uma vez que o ideal de segurança está no centro das preocupações. O discurso dominante, hoje encabeçado pelos veículos midiáticos, conduz ao repúdio de se aplicar à persecução penal os direitos e garantias individuais ditados pela Constituição Federal. Isto porque, atualmente, a política criminal atua por meio da eficiência repressiva, desconsiderando que tem como único espaço para sua atuação os limites ditados pela Constituição. Contudo, esperançosamente, afirma Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

*Para quem observa tudo na borda, mas não se satisfaz com espelhinhos discursivos, resta a confiança numa reforma do processo penal que não seja aludida pela retórica fácil da conversa neoliberal antidemocrática, louca para nos levar a esperança de um mundo melhor para todos.<sup>[11]</sup>*

### Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política** Vol. I. 8ª ed. Brasília. UNB.1995.pg 368-369

VICENTINO, Cláudio e DORIGO, Gianpaolo. **História do Brasil**. 1ª ed. São Paulo. Scipione.2004. pg 364

CAMPOS, Francisco. **Democracia e Unidade Nacional**. In: CAMPOS, Francisco. **Antecipações à Reforma Política**. Rio de Janeiro: J. Olympo.

BRASIL, Decreto-Lei n? 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, n?238, 13 OUT. 1941. Seção I, p. 19.688.

SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito Processual Penal**. 11ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso do Deputado Ulysses Guimarães ao presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988**, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. 2010. Disponível em: Acesso em 30 jun. 2014. pg 4-6

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance, **As Nulidades no Processo Penal**. 12ª Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2011.

BRITO, Alexis Couto de; **Execução Penal**, 3ª Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013. p 182.

[1] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação Entre Acusação e Sentença**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Legibus Solutio**: a sensação dos que são contra a reforma global do CPP. Boletim IBCCRIM. n. 210, v. 18, 2010. P. 2

#### NOTAS:

[1] BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política** Vol. I. 8ª ed. Brasília. UNB. 1995. pg 368-369

[2] VICENTINO, Cláudio e DORIGO, Gianpaolo. **História do Brasil**. 1ª ed. São Paulo. Scipione. 2004. pg 364

[3] CAMPOS, Francisco. **Democracia e Unidade Nacional**. In: CAMPOS, Francisco. **Antecipações à Reforma Política**. Rio de Janeiro: J. Olympo. 1940. Pg 3-13

[4] BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, nº238, 13 OUT. 1941. Seção I, p. 19.688.

[5] SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito Processual Penal**. 11ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005. pg.38-39

[6] GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso do Deputado Ulysses Guimarães ao presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988**, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. 2010. Disponível em: Acesso em 30 jun. 2014. pg 4-6

[7] GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance, **As Nulidades no Processo Penal**. 12ª Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2011.

[8] BRITO, Alexis Couto de; **Execução Penal**, 3ª Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013. p 182.

[9] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação Entre Acusação e Sentença**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 140

[10] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Legibus Solutio**: a sensação dos que são contra a reforma global do CPP. Boletim IBCCRIM. n. 210, v. 18, 2010. P. 2

[11] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena**: um problema às reformas processuais no Brasil. Boletim da Faculdade de Direito. v. 78, 2002. 687-697

## A SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA PRESTADORES DE SERVIÇO PÚBLICO POR INADIMPLÊNCIA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

**ISAAC FERNANDES DE CASTRO:**  
Bacharelado do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

**LILIANE BORGES**

(Orientadora) [\[1\]](#)

**RESUMO:** O artigo busca investigar a possibilidade da suspensão da energia elétrica em virtude do inadimplemento do consumidor sob o enfoque do Código de Defesa do Consumidor. A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa foi o método dedutivo bibliográfico, realizando-se uma revisão bibliográfica sobre o tema, utilizando-se livros de autores nacionais, revistas especializadas e artigos científicos. O estudo da suspensão de energia elétrica em virtude do consumidor inadimplente, é importante, visto que, pode assinalar certo estado de prejuízo para o consumidor. Devendo sempre preservar e garantir o direito ao bem essencial, levando em conta o princípio da continuidade.

**Palavras-Chave:** Energia. Serviço Público. Suspensão.

**ABSTRACT:** The article seeks to investigate the possibility of electric power suspension due to consumer default under the Consumer Protection Code approach. The methodology used for the development of the research was the deductive bibliographic method, being carried out a bibliographic review on the subject, using books by national authors, specialized journals and scientific articles. The study of the suspension of electricity by virtue of the defaulting consumer is important, since, it can indicate some state of prejudice for the consumer. It must always preserve and guarantee the right to an essential good, taking into account the principle of continuity.

**Keywords:** Energy. Public service. Suspension.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a possibilidade da suspensão da energia elétrica em virtude do inadimplemento do consumidor. A questão se esbarra em princípios definidos no Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/90), que por um lado define a continuidade de serviços essenciais em seu art. 22 e, por outro lado, na Lei de Concessões (Lei n° 8.987/1995), que rege sobre a permissão e concessão de serviços públicos pelo Estado aos entes privados, onde em seu artigo 6° estabelece a possibilidade de interrupção do serviço ante a inadimplência do usuário.

Quando se trata do tema da incidência do Código de Defesa do Consumidor nos serviços públicos, ocorre uma certa divergência doutrinária a esse respeito. Uma corrente entende que as leis consumeristas só serão aplicadas quando incidir, por parte do usuário, um pagamento direto por aquele serviço utilizado, já outra corrente entende que mesmo não havendo pagamento direto, ou melhor, se este pagamento ocorrer de forma indireta, como é o caso daquele serviço que é aparentemente gratuito, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável.

A seguir, far-se-á a análise em separado de cada corrente doutrinária, a fim de que se possa identificar de que forma é aplicado o CDC no âmbito dos serviços públicos. Como já se disse, o elemento caracterizador do serviço é a remuneração, oferecida pelo consumidor em razão de atividade divisível prestada pelo fornecedor no mercado de consumo. Sendo o fornecedor o Estado, pessoa jurídica de direito público, ou até mesmo sendo um particular fazendo às vezes de Estado, tal serviço deve ser remunerado direta ou indiretamente. Essa remuneração direta tem por objetivo informar que o serviço será pago diretamente pelo consumidor, e especificamente por determinado serviço. Como exemplo, têm-se os serviços de telefonia, energia, água e todo e qualquer serviço que se possa individualizar.

O objetivo proposto, que não é outro senão o de colher informações desde os grandes doutos que discorrem sobre o assunto em seus livros doutrinários, como na legislação, jurisprudência, julgados e fatos reais, para se tentar chegar a um consenso final. Por este motivo,



no estudo específico dos serviços públicos essenciais, dentre os quais pode-se destacar: a energia elétrica, água, telefone entre outros, será apreciado com maior ênfase o de energia elétrica

A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa foi o método dedutivo bibliográfico, realizando-se revisão da bibliografia com sistematização e discriminação dos livros e outras fontes. Dentre estes, foi definida a bibliografia de livros nacionais, revistas especializadas, artigos científicos e publicações em sítios jurídicos.

## 2 SERVIÇO PÚBLICO

### 2.1 SERVIÇOS PÚBLICOS SOB INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com a promulgação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor -CDC), é instituído o conceito legal de consumidor., utilizando, três elementos: subjetivo sendo pessoa física ou jurídica; objetivo o que adquire ou utiliza produto ou serviço; teleológico, sendo a finalidade pretendida, ou seja, o destino final do produto ou serviço.

Conforme previsto no art. 2º do CDC “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”. E ainda: “Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

A doutrina divide o conceito de consumidor em sentido “*stricto sensu*”, que é aquela pessoa que adquire o produto ou serviço, sendo este o consumidor propriamente dito. E o consumidor por equiparação, são aqueles que não participam da relação de consumo de forma direta, mas a lei os equiparou como tal, são aqueles dos artigos 2º, parágrafo único e nos artigos 17 e 29 do CDC (SILVA, 2017).

O principal ponto controvertido da definição de consumidor vem no conceito de destinatário final, que na doutrina e jurisprudência se dividem em três correntes:

**Teoria Finalista:** Também chamada de subjetiva, parte do conceito econômico de consumidor. Essa teoria restringe o conceito de consumidor final aos que apenas adquirem o produto ou utilizam-se do serviço para seu uso ou de sua família. Com isso é necessário ser destinatário final e econômico do bem, não podendo adquirir o bem ou serviço como insumo, para uso profissional ou revendê-lo, entre outras finalidades (SANTOS, 2017).

**Teoria Maximalista:** Também conhecida de objetiva, ela tem uma abrangência maior da definição de consumidor. Esta teoria define o destinatário final, pouco importando a destinação econômica do produto ou do serviço, ou seja, pouco importa se é usado como insumo ou não, se é destinado ao consumidor final ou à família. Assim, consumidor é visto puramente de forma objetiva, ou seja, não se vê a finalidade que se dará ao produto ou serviço (SILVA, 2017).

Porém esta teoria recebe críticas, pois o código de defesa do consumidor como norma geral, pode confundir os sujeitos que seriam ora consumidor ora fornecedor. Essa teoria é vinculada ao medo que assombrara a época do Estado Liberal, que, por sua vez, teve resquício em nosso antigo Código Civil de 1916, lei geral da relação privada (SANTOS, 2017).

**A teoria mista:** “Esta corrente, também é conhecida como teoria finalista temperada ou teoria finalista aprofundada”. Daí surge a sua principal definição sendo teoria mista (NORAT, 2017, p. 1). Para esta corrente doutrinária, o consumidor final seria aquela pessoa que adquire o produto ou o serviço para uso próprio ou de sua família, porém, admite-se que seja utilizado em atividade comercial ou profissional, porém para ser reconhecido como consumidor deverá ser provada a vulnerabilidade desta pessoa física ou jurídica que adquiriu o produto ou contratou o serviço (SILVA, 2017).

Esta nova diretriz, especialmente adotada pelo STJ, tem utilizado, sob o critério subjetivo e finalista, equiparação do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor, quando se tratar de pessoa jurídica que esteja em estado de vulnerabilidade, ou seja, que não esteja atuando em sua atividade fim, fora da sua atividade meio, como exemplo o hotel que

compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor, sendo o principal critério o da vulnerabilidade (SOARES, 2017).

Esta teoria trata de forma diferenciada os que adquirem um produto ou serviço para utilizá-lo como meio de produção, e por isso possuem tanta vulnerabilidade na relação de consumo, quanto qualquer pessoa que o utilizaria para satisfação de uma necessidade própria.

Esta corrente, dentre as outras já mencionadas, é a que melhor representa o princípio basilar do Código de Defesa do Consumidor, que é a proteção dos que são notadamente vulneráveis, ou seja, pondera o direito dos mais fracos perante os mais fortes. Em observância a boa-fé empregada na relação jurídica de consumo. Se por um lado a corrente finalista não comunga uma proteção integral, a teoria maximalista, comete exageros, quando designa ao CDC uma tarefa que seria do Código Civil, qual seja a de regulamentar a relação jurídica entre dois fornecedores, que devem ser tratados como iguais (SANTOS, 2017).

Mesmo sem adquirir produto ou utilizar serviço como receptor final, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor reconhece que as pessoas, que estejam em grupos indeterminados ou indetermináveis, podem estar em condição de vulnerabilidade às práticas comerciais cometidas pelos fornecedores (SOARES, 2017).

Entende-se, portanto, que esse grupo de pessoas necessita ser amparado, defendido, através das normas positivadas e princípios do Código de Defesa do Consumidor, de forma equiparada aos consumidores individualmente determinado que participaram da relação jurídica de consumo, ou seja, adquiriram produtos ou serviços como receptor final (SANTOS, 2017).

Já a remuneração indireta, é aquela em que o usuário não remunera diretamente o serviço utilizado, sendo este custeado por outros recursos passados ao Estado pelo cidadão por meio de tributos, como ocorre nos serviços de saúde e educação públicas, é como entende Novais (2015). Para Nunes (2015) o CDC é aplicável tanto nos serviços remunerados diretamente como nos com remuneração indireta, pois as únicas exceções que a lei traz no intuito de excluir a sua abrangência são os

serviços prestados com ausência de qualquer remuneração ou custo, e os serviços de caráter trabalhista.

Com relação à gratuidade de alguns serviços públicos e a incidência no CDC, Nunes (2015) argumenta que mesmo que os serviços públicos não sejam pagos diretamente ou muito menos cobrados, não exclui sua abrangência da lei consumerista. O referido autor entende que nenhum serviço público pode ser considerado efetivamente gratuito, já que todos são criados, mantidos e oferecidos a partir da receita advinda da arrecadação de tributos.

Nunes (2015), em outra obra ainda explica que o fato de não existir pagamento direto (por exemplo, estacionamento grátis do shopping center) não exclui a norma da relação, pois o que vale é o conceito de custo para a oferta do serviço e este é repassado direta ou indiretamente para o consumidor final. Assim, quer o consumidor pague quer não pelo serviço público, não é esse fato que vai afastar a incidência da norma. Na visão de Nunes (2015), não importa se a remuneração paga pelo usuário foi tarifa ou taxa, mas tão-somente que exista alguma forma direta de pagamento, para que seja considerada uma relação de consumo e consequentemente seja aplicada o CDC.

Da mesma forma assenta Donato citado por Novais (2015), que os serviços públicos relativos a funções inerentes ao Estado, peculiares ao Poder Público, não se encontram abarcados na legislação consumerista, a qual regula somente os serviços públicos remunerados mediante taxa ou tarifa.

Outros adeptos de tal corrente são Azevedo e Filomeno. Os autores entendem que somente os serviços públicos remunerados através de tarifa se enquadram como objeto de relação de consumo. O principal argumento desse grupo baseia-se no fato de que as relações de consumo definem-se como negócios jurídicos, que assumem a forma de um contrato, sujeitas ao princípio da autonomia da vontade (ou princípio da autonomia privada, como é modernamente designado). (AZEVEDO; FILOMENO citado por FÀVERE, 2013).

Pensamento igual ao autor acima citado foi o de Bonatto & Moraes, eles afastam da abrangência do CDC os serviços públicos

remunerados por taxa, por quanto estes ensejam uma relação tributária, à qual o indivíduo não pode opor-se. Reconhecem, então, a existência de relação de consumo quando se dá o pagamento de tarifa ou preço público e consideram que todas as pessoas que se utilizem “de serviços públicos remunerados por tarifa ou preço público sem dúvida alguma estão abrangidos pelas normas do CDC, seja quando esteja configurada uma hipótese de liberdade formal ou substancial.” (BONATTO; MORAES citado por NOVAIS, 2013). Portanto, o entendimento acima exposto seria como uma terceira corrente doutrinária sobre tal assunto, uma vez que os seus adeptos apenas considerem como remuneração, o pagamento de taxa. Destarte, é importante concluir que esta última corrente doutrinária que entende ser relação de consumo apenas a retribuição direta paga através de taxa, é minoritária. Como entendimento dominante acerca de tal relação de consumo temos todos aqueles serviços pagos por tarifas, onde incluímos como fornecedores não só o Estado diretamente, mas também os serviços prestados por delegação através dos permissionários e concessionários de serviços públicos.

Ultrapassados os conceitos de cada teoria dentro do histórico do nosso ordenamento jurídico, resta demonstrado que a teoria usual nos dias atuais e que serve de referência para as decisões judiciais nas lides envolvendo consumidores e o Estado, é a teoria do risco administrativo, onde a responsabilidade do Estado é objetiva, ou seja, independente de dolo ou culpa, deve indenizar desde que haja nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente. Tal entendimento tem um cunho constitucional, no qual em seu artigo 37, § 6º, dispõe a respeito da responsabilidade estatal.

Para Celso Bandeira de Mello citado por Novais (2015) o Estado responde objetivamente quando pratica atos comissivos causadores de danos particulares. Nesse caso, mister se torna apenas demonstrar o nexo causal entre o dano provocado pelo ente estatal e a violação ao direito do administrado.

Na visão de Alexandrino & Paulo (2011), tal dispositivo se aplica a todas as pessoas jurídicas de direito público, o que inclui a Administração Direta, as autarquias e as fundações públicas de direito público, independentemente de suas atividades. Alcança, também, todas



as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, o que inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, fundações públicas de direito privado que prestem serviços públicos, e também as pessoas privadas delegatárias de serviços públicos, não integrantes da Administração Pública (as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos).

Portanto, de acordo com entendimento acima exposto, todo e qualquer serviço público está sujeito à responsabilidade objetiva, exceto as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, pois estas respondem subjetivamente, pelas regras do direito civil. Superadas estas primeiras informações a respeito da responsabilidade do Estado, passar-se-á a discorrer sobre a responsabilidade civil do fornecedor de acordo com o CDC, pois como já se sabe, os consumidores (usuários) dos serviços públicos são tutelados pelo código consumerista.

Vários são os artigos do CDC que invocam a responsabilidade do Estado como fornecedor de serviços. Segundo Nunes (2015), os prestadores de serviços públicos estão submetidos a todas as obrigações estabelecidas, tais como o dever de informar, não praticar abusos, não fazer publicidade enganosa, dar orçamento, reparar todos os danos causados entre outros. Assim sendo, toda vez que houver um dano ao consumidor decorrente de um produto ou serviço, têm-se a responsabilidade objetiva do fornecedor, por ter o mesmo posto aquele produto ou serviço no mercado de consumo.

Assim é que a Lei nº 8.078/1990, em seus artigos 12 a 14 e 18 a 21, reconhece a existência da responsabilidade do fornecedor ressarcir os danos ocasionados aos consumidores por vícios de adequação e por defeitos de segurança, não distinguindo aqueles que utilizam o produto ou serviço em virtude de relação contratual. (NOVAIS, 2013).

Os artigos 12 a 14 trazem a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, ou seja, protegendo a integridade físico-psíquica do consumidor. Essa proteção está relacionada diretamente com os danos (acidentes de consumo) que podem ser provocados em virtude da falta



segurança desses produtos, ensejando a obrigação de indenizar independente de culpa. Já os artigos 18 a 21 apresentam a responsabilização por vícios do produto ou serviço, obrigando ao fornecedor fazer a reparação pela incapacidade ou inutilidade dos produtos ou serviços comercializados. Por fim, é importante ressaltar que no caso de dano causado pela prestadora de serviço público, o poder concedente, ou seja, a Administração Pública, responde de forma subsidiária pela reparação desse dano.

## 2.2 CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

O artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor estabelece aos órgãos públicos ou suas empresas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer forma de empreendimento, a prestação de serviço adequado, eficiente, seguro e, quanto aos essenciais, contínuos.

Vasconcelos citado por Novais (2015), observa que o serviço público deve ser oferecido de forma adequada, eficiente e segura, o que implica dizer que os serviços públicos não podem apresentar vícios de qualidade (insegurança ou inadequação) nem vícios de quantidade. Acerca da continuidade, aponta-a como obrigação complementar da qual se extrai a impossibilidade de a Administração Pública interromper seu fornecimento, a não ser em caso de excludentes clássicas, como caso fortuito e força maior. A seguir abordaremos cada característica dos serviços públicos em separado para uma melhor compreensão a respeito do tema.

**Serviço Adequado** - O serviço adequado é aquele capaz de se manifestar competente a finalidade que ele se presta, satisfazendo a necessidade dos usuários. Para Prux (2017), a imposição cominada pela lei aos órgãos públicos, suas empresas, concessionárias, permissionárias ou qualquer pessoa, de prestar serviços públicos adequados significa uma espécie de qualidade ampla, constituída não somente pela qualidade e durabilidade do serviço, “mas também pela capacidade de servir ao que o consumidor justificadamente busca, que é a satisfação da legítima expectativa que o impeliu ao consumo”.

Sendo assim, o serviço deve ser adequado durante todo o tempo, e estão incluídos ainda os atributos de regularidade, atualidade,

generalidade dos serviços, cortesia e modicidade de tarifas. Tais atributos pretendem demonstrar que o Estado deve prestar os serviços de acordo com as regras que disciplinem tal atividade, com atualizações das técnicas, instalações e equipamentos utilizados no serviço, onde a prestação dos serviços deve alcançar a todos, com um bom atendimento aos usuários e tarifas acessíveis a todos.

**Serviço Eficiente** - Primeiramente, a eficiência é um princípio constitucional incorporado no caput do artigo 37 da Carta Maior. Tal princípio se tornou explícito com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, porém já era implícito em nosso ordenamento jurídico. Para Meirelles (2017), eficiência é um dever imposto a todo e qualquer agente público no sentido de que ele realize suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. Por sua vez, Prux (2017), averba ser o serviço público eficiente aquele cujo desempenho é suficiente para satisfazer à legítima expectativa do consumidor no suprimento de sua necessidade.

**Serviço Seguro** - Quando pensamos em segurança, logo nos vem à mente a busca por uma precaução em relação a eventuais danos decorrentes da relação de consumo. A segurança está elencada no inciso I do artigo 6º, do CDC como um direito básico do consumidor, no qual garante “proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”, a também a partir do artigo 8º e seguintes. Já o parágrafo 1º do artigo 14, do CDC conceitua serviço defeituoso, no qual: o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

**Serviço Essencial**- Na parte final do caput do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, o legislador impôs que os serviços essenciais deverão ser contínuos, ou seja, não poderão sofrer interrupções. Mas então quais seriam os serviços essenciais? Em sentido amplo, todo e qualquer serviço seria essencial simplesmente por ser um serviço público. Entretanto, não se pode ampliar tal conceito, pois deve-se levar em

consideração a necessidade e a urgência daquele serviço para as pessoas, haja vista o mesmo não pode sofrer interrupções (SILVA, 2015).

**Serviços Contínuos** - Os serviços públicos, como seu nome indica, são prestados no interesse da coletividade, sob regime de direito público. Por esse motivo, sua prestação deve ser adequada, não podendo sofrer interrupções. A interrupção de um serviço público prejudica toda a coletividade, que dele depende para a satisfação de seus interesses e necessidades. (ALEXRANDRINO; PAULO, 2015)

Importante ressaltar que estamos falando em serviço público prestado tanto pelo Estado de forma direta, como pelos seus delegatários (concessionários ou permissionários). A Lei nº 8.987/1995 em seu artigo 6º, § 3º, I, permite a possibilidade de interrupção dos serviços públicos no caso de emergência ou após aviso prévio por motivos de ligados a segurança ou ordem técnica. Em seu inciso II, a lei ainda fala em interrupção do fornecimento de serviço público em caso de inadimplemento do usuário, considerando nesse caso o interesse da coletividade.

### 3 ENERGIA ELÉTRICA E A SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO

#### 3.1 REGULAMENTAÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA

Do ponto de vista legal, o multicitado artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/1990), não deixa dúvida quanto à vedação da interrupção do serviço público. A norma é expressa e clara, encerra nos próprios termos a vontade do legislador de que tais serviços sejam ininterruptos.

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, em seu art. 6º, § 3º, Inc. III, prevê a possibilidade de interrupção, não se caracterizando como descontinuidade, devido à inadimplência do usuário, considerando o interesse da coletividade, desde que haja prévio aviso.

É de suma importância ressaltar no tocante ao corte do fornecimento de serviços essenciais como forma de constranger o usuário ao pagamento, ultrapassa os limites da legalidade e afronta o respeito à

dignidade humana, porque o cidadão utiliza de tais serviços para a manutenção da sua própria vida e de sua família (MELLO, 2013).

No entanto, também a bem da coletividade se o entendimento acima fosse definitivo, uma grande parcela da população, na certeza da não interrupção poderia deixar de fazer os pagamentos dos citados serviços mesmo tendo condições e o custo a estes dispensados para se ter o equilíbrio contratual, acabaria por ter que ser dividido pela população pagante (THIESEN, 2017).

O que se quer sugerir então não é a isenção a uns e a outros não, e também não se pretende garantir serviço público a usuário que não paga prejudicando toda a coletividade, pois desta forma, teríamos aqui uma violação ao princípio da isonomia, pois não é justo que o que paga, e o que não paga, tenham tratamento igualitário.

Por outro lado, não é aceitável que tais empresas exerçam a autotutela, pelo fato de terem em mãos o poder do corte, constringindo o cidadão que momentaneamente ou sem provas legais de fraude, sofrer resolução de corte, apesar de terem à sua disposição os mecanismos legais, ou seja, as vias judiciais, para ressarcir-se dos valores não pagos ou subtraídos, e desta forma, garantir o devido processo legal juntamente com o contraditório e a ampla defesa.

A doutrina tem discutido sobremaneira esse assunto de forma bem divergente. Rizzato Nunes (2011, p, 36) corrobora com a ideia da não interrupção do serviço se, somente em situações de fraude judicialmente reconhecida, o consumidor poderá sofrer o corte no fornecimento, pois para ele essa é a única hipótese em que haverá "inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade" nos ditames do art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.987/1995 – Lei de Concessões, que justifique o corte. Porém a constitucionalidade do diploma legal referido é posta em dúvida pelo autor, quando confronta tal dispositivo com os princípios constitucionais garantidores dos direitos e garantias fundamentais.

Há quem diga que se esse assunto fosse levado ao judiciário estaria estabelecido o caos pela grande quantidade de processos que passaria a tramitar no judiciário, agora, que culpa tem a população carente que já é penalizada diariamente pela má distribuição ou

absolvição de verbas públicas pela corrupção, e conseqüente falta de segurança, saúde e educação.

É totalmente inaceitável, repugnante e odiosa, a constatação de que a falta de estrutura do Estado que tem o dever de proporcionar a vida digna em sociedade de forma adequada e eficaz, seja novamente responsável pelos abusos cometidos por suas concessionárias que penalizam novamente os já penalizados pela inércia e o desamparo do Estado.

De acordo com o REsp 201112 / SC, “fornecimento de água - suspensão -inadimplência do usuário – ato reprovável, desumano e ilegal - exposição ao ridículo e ao constrangimento”. Por seu turno, segundo REsp 22377840 “É defeso à concessionária de energia elétrica interromper o suprimento de força, no escopo de compelir o consumidor ao pagamento de tarifa em atraso. O exercício arbitrário das próprias razões não pode substituir a ação de cobrança”.

Em meados da década de 90 o Governo Federal para evitar que o sistema entrasse em colapso, devido ao esgotamento de sua capacidade financeira de sustentar as empresas estatais deficitárias e ineficientes, começou a realizar as primeiras privatizações advindo a Lei nº 8.987, de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal

Exercendo assim a prestação do serviço público de forma descentralizada, onde é transferido a terceiros a titularidade da execução, por outorga, ou por delegação, lembrando que neste caso não descaracteriza a natureza de serviço público essencial.

Com a descentralização da prestação do serviço público surge nova necessidade de regulação, as agências reguladoras surgem como “mecanismo que ajustam o funcionamento da atividade econômica.” No caso da energia elétrica fora criada a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), a partir da Lei nº 9.427/1997.

Segundo Marçal Justen Filho (2017, p. 668) “A agência reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime



jurídico que assegura a autonomia em face da Administração direta e que é investida de competência para a regulação setorial.” A autarquia tem competência regulatória setorial, podendo editar normas abstratas infra legais, adotar decisões discricionárias e compor conflitos no setor econômico. A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) ao receber a competência de regulamentar o fornecimento da Energia Elétrica, previu a possibilidade do serviço público essencial ser suspenso em algumas situações como: inadimplemento falta de adequação do consumidor, melhorias e serviços na rede, conforme o artigo 91 da Lei nº 8.987/1995. Verifica-se que tais normas vão de encontro a continuidade do serviço público essencial, face o inadimplemento, o que será analisada a fundamentação.

### 3.2 SUSPENSÃO DE SERVIÇO ESSENCIAL FRENTE À INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR

Importante salientar que o Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 3º, incluiu como fornecedor toda pessoa jurídica pública ou privada, com o objetivo de impedir que fornecedores de serviços públicos alegassem que não estavam submetidos a esse ordenamento.

Muito embora, o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal garantam ao consumidor o serviço público de forma eficiente e contínua, a Lei nº 8.987 de 1995 prevê a possibilidade de interrupção do serviço público em certos casos. Tal norma pode ser contestada, pois com base no princípio da eficiência os fornecedores deveriam antever as necessidades de adequação e melhoria, de forma a não prejudicar o consumidor, sem a paralisação do serviço. Sabido ainda, que qualquer dano ao consumidor advindo da paralisação poderá gerar indenização.

No que se refere à suspensão de fornecimento em virtude de inadimplência, conforme previsto no citado dispositivo, pode-se afirmar que tal assunto gera muita controvérsia há aqueles que defendem a suspensão face o inadimplemento do consumidor, considerando toda a coletividade.



O legislador foi taxativo ao dizer: “quanto aos essenciais, contínuos” não colocando exceções, ainda decorrente de texto constitucional como princípio fundamental a dignidade humana, se o serviço é essencial ele é indispensável a uma vida digna, porém com o advento da Lei nº 8.987/1995 em seu art. 6º, § 3, II erroneamente, permite a suspensão do serviço por inadimplemento.

O direito a crédito não pode se sobrepor a um bem maior como vida, saúde, dignidade. Certo, que com ou sem o pagamento de tarifa, o Estado não pode deixar de prestar o serviço público, não se alterando mesmo quando o serviço for prestado por concessionária, como é o caso da energia elétrica.

O objetivo da demonstração da essencialidade do produto não é admitir a inadimplência, mas sim a continuidade. É evidenciar que o direito a dignidade, vida e saúde é bem maior a ser tutelado pelo direito do que o bem do crédito. A natureza do serviço público essencial, não exime a cobrança nem seu pagamento. Mas simplesmente exprime a vontade do legislador de assegurar primeiramente condições mínimas para que o cidadão viva em um contexto social e após suporte as regras a ele imposta.

### 3.3 ANÁLISE DO CORTE E A IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO SEGUNDO O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Cabe a empresa concessionária a cobrança da dívida ao prestador de serviço público. Isso porque se ela presta serviços, deverá receber por estes de tal forma que possa continuar a sua atividade econômica. Não obstante, devem ser observados os critérios do art. 42, c/com o art. 71 do CDC.

Com isso, indaga-se: Um indivíduo, passou dois meses viajando esqueceu de efetuar o pagamento das contas ou deixou de fazê-lo por alguma razão, retorna de viagem com sua mãe idosa, ao chegar em casa tarde da noite e tentar ligar as lâmpadas estas não acendem, ao sentir mal cheiro vai até o freezer e verifica que o mesmo se encontra desligado e que os alimentos ali armazenados estão podres, ao ligar para

concessionária descobre que sua energia foi suspensa por inadimplemento. Será que essa pessoa fora exposta a algum constrangimento?

É evidente que expõe o inadimplente a situação desconfortável. Ainda, que com os avanços tecnológicos verificamos que muitos itens de lazer, trabalho e informação necessitam da energia elétrica. Verifica-se ainda que o corte forçado da energia elétrica é meio de forçar ao consumidor o pagamento imediato, levando a retrocessão do direito à época que a Justiça era feita com as próprias mãos.

Entende Rizzatto Nunes (2015, p.160) “um caminho para o prestador do serviço essencial suspender o fornecimento desse serviço: é ele propor ação judicial para cobrar seu crédito e nessa ação comprovar que o consumidor está agindo de má-fé em não pagar as contas.”

A empresa concessionária tem sim o direito de cobrar, mas para isso deverá usar a esfera Judicial estabelecendo assim um critério de discricionariedade, face a essencialidade do serviço prestado para que não ocorra lesão de bem maior tutelado, ou antes mesmo da utilização da via judicial ser instaurado administrativamente processo para cobrança, incentivando e facilitando, contudo, o pagamento da dívida tendo em vista a indispensabilidade do serviço. Ocorre que as concessionárias/permissionárias, utilizam-se das Leis nº 8.987 e nº 9427/1997 regulamentadoras dos serviços públicos para prática da suspensão abrupta do serviço, lesando o consumidor.

Não se ignora aqui o preceituado no artigo 6º, parágrafo 3º, II da Lei nº 8987/1995, que admite a descontinuidade da prestação do serviço por inadimplemento do usuário. Entretanto, entendemos que a aplicação deste preceito se cinge aos serviços públicos não essenciais, e, mesmo assim, sua aplicação deve se dar como *ultima ratio*. A não ser dessa forma, não há interpretação que concilie ambas as disposições (SILAS, 2013).

O correto seria se as concessionárias de energia buscassem as vias judiciais para satisfazer o adimplemento nas contas de energia do cliente inadimplente.

### 3.4 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alguns autores entendem ser o interesse da coletividade o critério autorizativo da interrupção do fornecimento do serviço público. Como se pode observar, a jurisprudência já se posicionou a esse respeito.

Neste contexto, cita-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLEMENTO. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 22 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E 6º, § 3º, II, DA LEI Nº 8.987/95. 1. O aresto regional examinou suficientemente todas as questões relevantes para o deslinde da controvérsia postas em julgamento. Assim sendo, merece rejeição à alegada afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

2. O artigo 22 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), dispõe que: "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". 3. Esta Corte preconiza que o princípio da continuidade do serviço público assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor deve ser obtemperado, ante a exegese do art. 6º, § 3º, II da Lei nº 8.987/95 que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade. 5. Recurso especial provido.

(BRASILIA, STJ. Recurso Especial 794.132/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2013, P. 274)

Nesse sentido, para Novais (2008, p. 262), uma das primeiras situações nas quais se pode perceber o interesse próprio da coletividade a autorizar o corte do fornecimento é visualizado nos casos de grandes consumidores. Não admitir a suspensão quanto ao oferecimento de serviço público daqueles que consomem cifras elevadas gera prejuízo para a coletividade na medida em que se inviabiliza o recebimento mais rápido de valores necessários para garantir a prestação de serviço adequado, eficiente e seguro.

Pelo fato de o tema em questão versar sobre interesse da coletividade, não se pode deixar de analisar o caso quando o inadimplente é um prestador de serviço público essencial, razão pelo qual, mesmo inadimplente, não poderá ter seus serviços interrompidos, por se tratar de um “usuário” que presta importantes serviços à comunidade (SEGALA, 2012). Como exemplo pode ser citado um hospital público, que mesmo com sua conta de energia em atraso, não poderá sofrer a interrupção dos serviços de energia elétrica, haja vista se tratar de um serviço público essencial (saúde), o qual não poderá sofrer interrupção em razão das consequências drásticas que poderão incidir por tal corte de energia. Entretanto, há decisões em que o entendimento é no sentido de o serviço público ser interrompido, pois o mesmo não possui o caráter de essencialidade.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

**ADMINISTRATIVO - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - FALTA DE PAGAMENTO - CORTE - MUNICÍPIO COMO CONSUMIDOR. 1. A Primeira Seção já formulou entendimento uniforme, no sentido de que o não pagamento das contas de consumo de energia elétrica pode levar ao corte no fornecimento. 2. Quando o consumidor é pessoa jurídica de direito público, a mesma regra deve lhe ser estendida, com a preservação apenas das unidades públicas cuja paralisação é inadmissível. 3.**

Legalidade do corte para as praças, ruas, ginásios de esporte, entre outros. 4. Recurso especial provido. (Grifo acrescido) (BRASILIA, STJ. Recurso Especial 460.271/SP, Rel. Min<sup>a</sup>. Eliana Calmon, p. 127. Ano: 2004)

Destarte, infere-se do aludido julgado que, embora os Municípios estejam adstritos ao cumprimento da lei, com o pagamento pelos serviços públicos por eles utilizados, os seus munícipes não podem ser prejudicados e ter seus serviços essenciais interrompidos, haja vista ser de caráter supremo o interesse da coletividade. Fica claro que antes do advento das Leis regulatórias da concessão de serviços públicos essenciais, era ilegal o corte de serviços essenciais. Veja-se, a Lei nº 8.987/1995 em conjunto com a Lei nº 9427/1997 deixam claras as possibilidades de suspensão de serviços públicos essenciais. Podemos observar ainda, que na Jurisprudência do STJ que as: As agências reguladoras [...] foram criadas, com a finalidade de ajustar, disciplinar e promove o funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/produtor como principalmente para o consumidor usuário (REsp nº 757.971/RS, Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 25.11.2008. DJe, 19 dez. 2008). O STJ justifica-se também para a suspensão por inadimplemento, que o consumidor inadimplente onera o serviço, deixando mais caro para a coletividade. O posicionamento majoritário do STJ, vem decidindo que a concessionária poderá interromper o fornecimento de energia se após o aviso para proceder o pagamento da conta em atraso, o consumidor permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta, como está previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/1995.

E ainda, usando como argumento a Lei 9.427/1997, ao criar a ANEEL e disciplinar o regime de concessão e permissão dos serviços de energia elétrica, previu expressamente a possibilidade de suspensão, assim como a Resolução 456, de 29/11/2000 (Artigos. 90 e 94).

#### 4 CONCLUSÃO

Conforme verificou-se no trabalho, a própria evolução do homem forçou a criação de novas normas, pois uma nova realidade sempre exige



nova atitude. A partir do momento que o processo de aquisição pela barganha e troca, ou seja, a economia de subsistência sucedida pela economia capitalista de produção em série, surgiu também um novo cenário, que exigiu medidas legislativas que foram se consolidando com um certo atraso devido à enorme velocidade do avanço econômico. Tudo isso reflete no nosso cotidiano, e prova que todo inconformismo e indignação da qual se passa, e se questionava, podendo se levar a uma discussão e conseqüente consolidação de ditames que serão seguidos no futuro.

Com a modernização flagrante, e com o advento de novas tecnologias a sociedade ficou cada vez mais dependente de alguns serviços ditos como públicos essenciais. Restou incontroverso quais os serviços são públicos e essenciais, e por tais características a corrente doutrinária majoritária dita que estes não podem sofrer resolução de continuidade. Tal raciocínio é de fácil entendimento, basta imaginar ser possível as famílias viverem sem água, esgoto, energia elétrica, segurança pública, saúde, transporte e administração da justiça.

Seria o mesmo que privá-los de condições básicas de vida, desenvolvimento e dignidade. Desta forma, privar alguém de qualquer dos serviços enumerados é uma verdadeira afronta à própria Constituição da República no seu capítulo mais consagrado no qual está fundado como cláusula pétrea.

Em nenhum momento diante a exposição desse trabalho se quis defender a gratuidade indiscriminada pelo inadimplemento de uma responsabilidade rateada a todos os prestadores de serviço público. Ao contrário, defende-se, o exame individual de cada caso, e a proteção de condições mínimas de vida, dignidade e desenvolvimento do ser humano e a ponderação dentro do razoável.

No estudo se verificou também o posicionamento do STJ, o qual, em um caso concreto analisado por aquela corte, entende que o inadimplemento do prestador de serviço público não poderá acarretar em suspensão, o qual, ao permitir a continuidade dos serviços essenciais aos consumidores inadimplentes, a despeito de que isto poderá acarretar inadimplemento possíveis aumentos de tarifa e comprometimento da



qualidade do serviço. Pois, é através do valor recebido pelos usuários que as grandes empresas fornecedoras hoje privatizadas, fazem atos investimentos.

Não obstante, o STJ, em sua decisão em um caso concreto, pretendeu que a proteção da vida humana deve estar acima dos lucros milionários alcançados pelas concessionárias. Se um cidadão não tem condições de arcar com tais despesas, seria razoável que o Estado o incluísse em algum programa de acompanhamento assistencial, já que apesar da concessão não se tirou do Estado a responsabilidade de promover o bem-estar social. Outro aspecto senão o mais importante explorado é a identificação do Código de Defesa do Consumidor, destacando sua importância e finalidade na relação de consumo verificada em face dos serviços públicos essenciais.

#### REFERÊNCIAS:

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19 ed. São Paulo: Ed. Método, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FILHO, José Santos Carvalho. **Manual do Direito Administrativo**. Ed Lúmen Juirs, 19<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro-2008

FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Código Brasileiro de defesa do Consumidor**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forence Universitária, 1998, p. 26

JUSTEN FILHO, Marçal – **Curso de direito Administrativo**- 2<sup>o</sup> ed. Editora Saraiva- SP- 2017

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito Administrativo**. 25. ed. Malheiros Editores, 2013.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços Públicos e Relação de Consumo: Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.** Curitiba: Juruá Editora, 2013

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** 6ª Ed. revista atualizada, Editora Saraiva, 2015- São Paulo

PRUX, Oscar Ivan. **A Proteção do Consumidor na prestação de Serviços.** Tese de Doutorado.

São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2017. v. II

SEGALA, Alessandro Schirrmeister. **A suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário inadimplente e a Constituição Federal.** Jus Navigandi, Teresina, n. 48, dez 2012.

THIESEN, Luíz Carlos. **Órgãos Públicos e a responsabilidade pelos serviços prestados no âmbito do Código de Defesa do Consumidor.** São José, 2017

NOTA:

[1] Professora do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

## **O DANO MORAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO TOCANTE AO EXTRAVIO DE BAGAGEM EM VOOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS**

**KATIA DIAS BARROS:**  
Bacharelada do Curso de Direito  
da Faculdade Serra do Carmo.

**MATEUS SCHAEFFER BRANDÃO**

**(Orientador: Prof. Me.)**

**RESUMO:** Este artigo acadêmico tem como objetivo explorar as perspectivas de reparação de dano moral e patrimonial quando ocorrer extravios de bagagem no que tange as companhias aéreas. Dispondo assim, uma melhor investigação ao aprendizado da referida matéria, de forma a colaborar com a Ciência Jurídica Brasileira, sendo este um tema de extrema relevância, pois comprova a perspectiva que o usuário do transporte aéreo tem na busca dos seus direitos de reparação de um dano no tocante ao extravio de bagagem. Foram empregados neste trabalho, a metodologia a qual se faz um levantamento bibliográfico, dessa forma, foram utilizadas análises de casos e fontes documentais, aplicando assim o método de abordagem dedutiva. Serão estudados os pontos essenciais das leis que regularizam essa matéria, como uma forma de esclarecer algum conflito que possa ter entre as normas reguladoras, quais sejam: Constituição Federal, Convenção de Montreal, Convenção de Varsóvia, Código Brasileiro de Aeronáutica, Código de Defesa do Consumidor, Código Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dano moral; Responsabilidade civil; Extravio de bagagem; Transporte aéreo

**ABSTRACT:** This academic article aims to explore the prospects of repairing moral and property damages when there are baggage losses with regard to airlines. Thus, a better investigation to the learning of the said subject, in order to collaborate with Brazilian Juridical Science, this being a subject of extreme relevance, since it proves the perspective that the user of the air transport has in the search of its rights of repair of a loss of luggage. The

methodology used in this work was a bibliographical survey. In this way, case analyzes and documentary sources were used, thus applying the method of deductive approach. The essential points of the laws that regulate this matter will be studied as a way of clarifying any conflict that may have between the regulatory norms, namely: Federal Constitution, Montreal Convention, Warsaw Convention, Brazilian Aeronautics Code, Brazilian Defense Code Consumer, Civil Code.

**KEYWORDS:** Moral damage; Civil responsibility; Lost luggage; Air Transport.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. DAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL; 3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO; 4. AS CONVENÇÕES X CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 5. RESPONSABILIDADE CIVIL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 6. DANO MORAL; 7. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO EXTRAVIO DE BAGAGEM; 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 9. REFERÊNCIAS.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Com o advento da globalização e o avanço da sociedade tornou-se cada vez mais relevante o deslocamento de pessoas e mercadorias de forma mais ágil em diversos lugares do mundo. O Transporte aéreo proporcionou uma maior aproximação entre grandes distâncias e em decorrência disso, a integração comercial entre Estados muito afastados, o que durante muito tempo era impossível.

Com o crescimento significativo da malha aérea, tornou-se imprescindível a imposição de uma normatização que seja capaz de ser observada e praticada pelas companhias aéreas.

Com propósito de padronizar as regras no contexto universal, foi realizada em 1929 a Convenção de Varsóvia, ratificada pelo Brasil em 1931 e depois de várias modificações rege nos dias atuais a Convenção de

Montreal celebrada em 1999, e vigente no ordenamento jurídico brasileiro desde 2006.

O presente artigo visa um melhor entendimento acerca da possibilidade da reparação de danos morais e materiais no que se refere às companhias aéreas, bem como compreender a responsabilidade civil do transportador aéreo a luz do Código de Defesa do Consumidor.

## 2. DAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL

A Convenção de Varsóvia surgiu em 1929, estabelecendo um diploma para a legislação aeronáutica, como forma de solucionar os problemas decorrentes da responsabilidade do transporte aéreo.

Assinada em 28 de maio de 1999, a Convenção de Montreal entrou em vigor no Brasil em 28 de setembro de 2006. De grande relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção de Montreal foi nomeada porque prepondera sobre a Convenção de Varsóvia e demais protocolos e convenções que regulam o transporte aéreo internacional. Sendo assim, o seu efeito principal é a centralização das regras relativas a esse tipo de transporte.

É coerente entender que a Convenção de Montreal é destacada aos tratados e convenções internacionais já existentes no Brasil. Desse modo, a Convenção de Montreal determina em seu artigo 55 que:

A presente Convenção prevalecerá sobre toda regra que se aplique ao transporte aéreo internacional:

1. entre os Estados Partes na presente Convenção devido a que esses Estados são comumente Partes:

a) da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929 – (doravante denominada Convenção de Varsóvia);

b) do Protocolo que modifica a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929, feito na Haia, em 28 de setembro de 1955 – (doravante denominado Protocolo da Haia);

c) da Convenção complementar à Convenção de Varsóvia para a Unificação de Certa Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional realizado por quem não seja o Transportador Contratual, assinada em Guadalajara, em 18 de setembro de 1961 – (doravante denominada Convenção de Guadalajara);

d) do Protocolo que modifica a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929 modificada pelo Protocolo feito na Haia, em 28 de setembro de 1955, assinado na cidade da Guatemala, em 8 de março de 1971 – (doravante denominado Protocolo da Cidade da Guatemala);

e) dos Protocolos Adicionais números 1 a 3 e o Protocolo de Montreal número 4, que modificam a Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo da Haia ou a Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo da Haia e o Protocolo da Cidade da Guatemala, assinados em Montreal, em 25 de setembro de 1975 – (doravante denominados Protocolos de Montreal); ou

2. dentro do território de qualquer Estado Parte na presente Convenção devido a que esse Estado é Parte em um ou mais dos instrumentos mencionados nas letras a) a e) anteriores.

O predomínio da Convenção de Montreal, no entanto, sucederá somente com relação a países que a tenham em vigor no seu território, e



nos casos em que ocorra o transporte entre o Brasil e um país que não seja signatário da convenção de Montreal, será dessa forma regida por algum tratado que tanto o Brasil como esse país tenham ratificado.

### 3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO

A responsabilidade civil é uma obrigação jurídica proveniente do descumprimento de outro compromisso jurídico anterior. Assim sendo, para que haja responsabilidade civil é necessária à violação de um compromisso já existente no qual cause danos a parte.

“A responsabilidade civil é a que se apura para que se possa exigir a reparação civil, que é pena imposta ao agente ou responsável pelo ato ilícito” (SILVA, 2003, p.714).

Imprescindível é ficar consciente a norma geral da responsabilidade civil, a qual o agente do dano impõe a recompor o mal cometido, conseqüentemente, este é o ponto inicial.

Toda atividade que traz prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil..(GONÇALVES, 2012, p.20).

Nesse sentido Lisboa demonstra:

O principal motivo que levou a construção da teoria da responsabilidade objetiva foi a necessidade de se responsabilizar o agente econômico que causa danos patrimoniais e extrapatrimoniais as pessoas pelo simples exercício de sua atividade profissional (teoria de risco), pois a demonstração da culpa do empregador e do transportador pelo dano sofrido pela vítima era praticamente impossível, impedindo-lhe de qualquer compensação (2006,p.21)

Assim sendo, verificando que na prestação desse serviço pelo transportador aéreo, ocorreu uma falha na execução, fazendo com que o bem dos passageiros não chegue ao seu destino, configura-se assim um serviço defeituoso, provocando dessa forma a responsabilidade objetiva do transportador aéreo, independentemente da existência de culpa.

A noção de responsabilidade civil vem dos primórdios da sociedade, surgindo da vontade de vingança de um prejuízo sofrido pela decorrência da conduta de outro.

Segundo Lisboa (2004, p.428) a responsabilidade civil traz consigo dois papéis:

1. Garantir o direito do lesado (função-garantia) - decorrente da necessidade de segurança jurídica que a vítima possui para o ressarcimento dos danos por ela sofridos;
2. Servir como sanção civil (função-sanção) - decorrente da ofensa à norma jurídica imputável ao agente causador do dano, e importa em compensação em favor da vítima lesada.

A conexão inversa entre o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Montreal de um lado, e o Código de Defesa do Consumidor, do outro, são restringidas ao objeto da responsabilidade civil do transportador, por se tratar dos diplomas que contem dispositivos próprios. Quanto ao mais, em assuntos como, a cobrança de dívidas e das práticas abusivas (overbooking<sup>[1]</sup>), das publicidades dos bancos de dados, controle de cláusulas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor impera sozinho (BENJAMIM, 1998, v 2, p.508).

Essa oposição pode ser entendida da seguinte forma: ao tempo que Código de Defesa do Consumidor defende a efetiva reparação de todos os danos, sejam eles patrimoniais ou morais, individuais, coletivos e difusos, dispostos no artigo 6, inciso VI da referida lei, o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Montreal defendem que a responsabilidade da empresa transportadora integral na possibilidade de ocorrência de dolo ou

culpa grave, e nos outras hipóteses serão de forma tarifada, assim sendo, será a norma que fixará possíveis valores de reparação.

#### 4. AS CONVENÇÕES X CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Considerado um marco no ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor no ano de 1991, sendo assim um importante passo para que o respeito à dignidade das relações pessoais fosse assegurado no Brasil.

Nota-se que alguns artigos do Código de Defesa do Consumidor dão uma saída completamente diferente daquela que contém as normas internacionais as quais são aplicáveis ao transporte aéreo internacional. Tem-se como exemplo o que preconiza o artigo 22 da Convenção de Varsóvia, que assegura que:

No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, ou avaria se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao real da entrega no lugar de destino.

O mesmo estabelece um limite de indenização nos casos em que a responsabilidade culposa for do transportador, enquanto que o artigo 6, inciso VI<sup>[2]</sup>, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que a indenização deverá ser correspondida ao prejuízo ora sofrido.

Por conseguinte, no que tange o transporte aéreo internacional, os tribunais brasileiros começaram a aplicar o Código de Defesa do Consumidor, conforme se observa no acórdão proferido em 02 de

dezembro de 1999, pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 235.678-SP:

Mudaram as condições técnicas de segurança de vôo e também se modificaram as normas que protegem o usuário dos serviços prestados pelo transportador [ ...] No conflito entre o disposto no novo diploma [Código de Defesa do Consumidor] e no tratado “a doutrina e a jurisprudência atual têm negado a existência superioridade hierárquica entre o tratado recebido no ordenamento jurídico interno e a legislação interna, principalmente em matéria tributaria e comercial.” (Claúdio Lima Marques, “Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o CDC”, Dir. do Consumidor, 3/155-166.[...]).

O cenário atualmente é um pouco diferente. Uma decisão por maioria do Supremo Tribunal Federal no dia 25 de maio de 2017 trouxe entendimento mais restrito. A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal [3] decidiu que serão regidas pelas convenções e não mais pelo Código de Defesa do Consumidor a relação entre as empresas de transporte aéreo internacionais e os consumidores no Brasil, mas isso somente nas hipóteses de indenizações que tenham com consequência os atrasos de voos e também nos casos de extravios ou danos a bagagem.

A tese aprovada diz que “por força do artigo 178 da Constituição Federal, normas e tratados internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, tem prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor

O RE 636331, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, foi ajuizado no Supremo pela Air France contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) que, levando em conta a existência

de relação de consumo entre as partes, determinou que a reparação pelo extravio de bagagem deveria ocorrer nos termos do CDC, e não segundo a Convenção de Varsóvia.

Já o ARE 766618, relatado pelo ministro Luís Roberto Barroso, foi interposto pela empresa Air Canadá contra acórdão da justiça paulista, que aplicou o CDC e manteve a condenação da empresa ao pagamento de R\$ 6 mil a título de indenização por danos morais a uma passageira, por atraso de 12 horas em voo internacional. A empresa pedia a reforma da decisão, alegando que o prazo de prescrição de ação de responsabilidade civil decorrente de atraso de voo internacional deveria seguir os parâmetros da Convenção de Montreal, sucessora da Convenção de Varsóvia, que é de dois anos, e não do CDC, cuja prescrição é quinquenal.

Deve-se salientar algumas peculiaridades: a Convenção de Montreal não versa sobre a responsabilidade por *overbooking* e cláusulas abusivas, a Convenção de Montreal só tem a natureza de proibir perdas e danos punitivos, ou seja, ela não versa sobre danos morais.

Como pode-se notar, a Convenção de Montreal por não versar sobre os danos morais, abre precedentes para essa responsabilidade, necessitando que se faça uso de outros diplomas para a proteção dos consumidores, ou seja, ao contrário da impressão que se tem dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, a Convenção de Montreal poderá ter um liame com outras fontes de proteção ao consumidor.

## 5. RESPONSABILIDADE CIVIL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

É importante observar que anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, pertencia ao consumidor a comprovação explícita da culpa ou

do dolo do fornecedor para que assim o mesmo obtivesse reparação do dano ora sofrido, pois ante a isso, o consumidor arcava por completo com os danos decorrentes dos produtos adquirido.

Assim sendo, o Código de defesa do Consumidor, Lei 8.079/1990, a trouxe consigo a teoria do risco do empreendimento, conforme explica Sergio Cavalieri:

Pela teoria do risco do empreendimento, toda aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecedores, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir, e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos. ( 2007, 7º ed, p. 459)

Objetivando assim, a responsabilidade civil nas relações de consumo, como disposto nos artigos 12 e 14 do referido Código:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, formulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização ou risco.



Art.14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Note-se que a o alicerce da responsabilidade civil nas relações de consumo é a teoria de risco do negócio, partindo da premissa de que quem exerce uma atividade consumerista, qualquer que seja ela, deverá assumir os riscos dela resultante, pois, o risco é exclusivo do fornecedor, dado que ele escolheu arriscar-se, não podendo, dessa forma, repassar esse dever ao consumidor, tal preceito parte da lógica que, do mesmo modo que ele não repassa o seu provento ao consumidor, não pode de forma nenhuma passar o risco, pois uma das fortes características das atividades econômicas é o risco.

Diante disso, o consumidor, a parte sempre mais fraca da relação de consumo, ficou a nível de equivalência com as empresas com as quais o mesmo transaciona produtos ou serviços, tutelando assim sua posição de hipossuficiência.

## 6. DANO MORAL

A partir do *check in* até o recolhimento no local de destino, ou seja, na esteira, a bagagem fica na responsabilidade do transportador aéreo, uma vez que essa bagagem não é entregue ao passageiro, se faz necessário a compensação do dano ao consumidor, desse modo, as companhias aéreas devem provar o que foi perdido, e a maneira mais fácil é a listagem de bens apontados pelos passageiros.

A cláusula de incolumidade própria do contrato de transporte assume o perfil de garantia de risco, de modo que a empresa transportadora deverá o dano decorrente do extravio de bagagem ( art. 734, do Código civil), sob o esquadro fático oferecido pela parte autora, haja vista que, por escolha operacional

da empresa, não se exigido de todas a declaração de bagagem”, ao passo que “ Cumpre a empresa aérea a obrigação de definir previamente o valor da bagagem ( artigo 734, paragrafo único, do Código Civil) para, com isso, limitar a indenização, devendo ser prestigiado o valor alegado pelo transportado como extraviado. ( TJDF - APC 2008.01.1.0802277-0, Rel. Desembargador J.J Costa Carvalho, 2º Turma Cível.)

Os Tribunais do Brasil dispõem de posições favoráveis para aqueles pedidos por danos morais, isso se dar especialmente pela situação de desgosto e desconforto aos consumidores que passam por essas condições, independentemente de culpa ou dolo do transportador aéreo.

Com relação a essa questão, é relevante frisar mesmo que a bagagem extraviada seja localizada e devolvida, ainda assim, é possível entrar com o processo. Reputa-se ao fato de somente a ocorrência de o passageiro ficar longe, nem que seja por um dia, de seus pertences, já o deixaria em uma situação de extrema aflição e aborrecimento. Isso se dá pelo entendimento do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que determina a responsabilidade civil das empresas contratadas por danos morais e patrimoniais.

Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e risco.

Percebe-se então, que a possibilidade de cumulação do dano moral com o dano material, seja pelo atraso na entrega da bagagem ou no extravio é possível de acordo com o entendimento da legislação consumerista.

Nesse sentido, prega a Súmula 37 do STJ que: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundas do mesmo fato”.

Sendo assim, o dano moral está fixado nas relações em que ocorre o extravio de bagagem, pois, o transportador aéreo tem a responsabilidade de reparar o dano causado ao consumidor, essa responsabilidade civil do transportador aéreo ao passageiro com relação ao dano moral se dar na esfera de indenizador a dor, para que de alguma forma se possa neutralizar o mal sofrido pelo consumidor.

Assim sendo, o dano está diretamente ligado a indenização:

O substantivo indenização ainda que utilizado de maneira recorrente para tratar do quantum a ser pago aquele que sofreu o dano moral, não tem o mesmo sentido da indenização do dano material, ...ora, como se viu, no dano moral não há prejuízo econômico, possuindo a indenização outro significado. Seu objetivo é duplo: satisfativo- punitivo. Por um lado, a paga em pecúnia deverá proporcionar ao ofendido uma satisfação que seja capaz de amenizar a dor sentida. Em contrapartida, deverá também a indenização servir como castigo ao ofensor, causador do dano, inculcando-lhe um impacto tal, suficiente para dissuadi-lo de um novo atentado (NUNES, 1999, p.2)

Assim sendo, parte-se da premissa de que não há dano não indenizável. A injusta agressão ao direito do passageiro terá sempre que ser reparada pelo transportador. A Constituição Federal, prega a indenização por dano moral, e como garantia constitucional, devendo, de tal modo, ser obedecida, pois, a norma constitucional, sobrepõe a todas as normas

No entanto, há uma questão relevante, no que se refere ao pagamento das indenizações, e se é possível ou não estabelecer um limite a ser pago pelas empresas de transporte aéreo. As empresas aéreas, comumente, estabelecem em casos de extravio, um valor máximo de

indenização, ao qual seria aplicado por quilo de bagagem, mas assim sendo, essas cláusulas não possuem força normativa para o Direito.

## 7. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO EXTRAVIO DE BAGAGEM

Com o objetivo de compreender em casos reais, faz-se uma breve análise acerca da atuação dos magistrados ao que se refere o extravio de bagagem.

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. - PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. (1) DANO MATERIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. BENS EXTRAVIADOS. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR. ACERTO. - "Nos litígios que envolvem perda de bagagem e/ou objetos de seu interior, a responsabilidade civil é objetiva, elidida apenas se demonstrada alguma excludente de responsabilidade contida no artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Não verificadas essas excludentes, principalmente com a exigência ao passageiro de declaração de bagagens e seus valores [...] a medida que se impõe é a condenação da empresa aérea ao pagamento de danos materiais oriundos do extravio dos objetos alegados na inicial." (TJ-SC - AC: 03001772120168240054 Rio do Sul 0300177-21.2016.8.24.0054, Relator: Henry Petry Junior, Data de Julgamento: 03/10/2017, Quinta Câmara de Direito Civil)

Nota-se no julgado acima exposto que o pedido da parte autora foi julgado procedente, a parte ré foi condenada a pagar uma indenização no

valor de R\$ 8.289,00 (oito mil, duzentos e oitenta e nove reais), corrigido monetariamente pelo INPC, que começou a ser contado na data do extravio da bagagem, a parte ré também foi condenada a pagar uma indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

**DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE  
AÉREO. EXTRAVIO BAGAGEM.  
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DANO MORAL.**

Ação proposta por consumidora em face de companhias aéreas a buscar a reparação de dano moral e material, porque bagagens extraviadas por mais de trinta dias, foram entregues danificadas e com pertences faltantes. Sentença que condenou as rés a repararem dano material e moral, este com indenização de R\$ 8.000,00. Apelo da segunda ré a buscar a reversão do julgado e a sustentar que a primeira foi culpada pelo extravio. Em caráter eventual, requer redução do quantum indenizatório do dano moral, para valor inferior a R\$ 2.000,00. 1. A ré não foi capaz de demonstrar que não deu causa ao extravio da bagagem. Assim, há de se entender pelo defeito na prestação do serviço. 2. A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na fixação do valor da condenação (Enunciado 116 do TJRJ). 3. Dano moral fixado em R\$ 8.000,00 observa, no caso concreto, a natureza e extensão do dano, a condição econômica das partes e o caráter punitivo pedagógico que a condenação deve encerrar. 4. Dado que o dano moral resultou de inadimplemento de obrigação contratual, os juros moratórios devem incidir da citação, ato processual que, na espécie, constitui em mora o devedor (inteligência do art. 240 do CPC e do art. 406 do Código Civil). 5. Recurso ao qual se nega provimento. Sentença a cujo dispositivo se imprime

reparo de ofício. (TJ-RJ - APL: 01729335420128190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 9 VARA CÍVEL, Relator: FERNANDO FOCH DE LEMOS ARIGONY DA SILVA, Data de Julgamento: 21/06/2017, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/06/2017)

Extrai-se do julgado acima que a condenação do réu foi mantida na decisão em tela, visto que o mesmo não foi capaz de comprovar que não deu causa ao dano sofrido pela parte autora, ou seja, o extravio de bagagem. Por conseguinte, foi entendida a responsabilidade objetiva ocasionado pela má prestação do serviço, provocando de tal modo, angustia e indignação na parte autora do processo, levando a mesma a uma sensação de absoluta impotência. Diante disso, a parte ré foi condenada ao pagamento de indenização por dano moral de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), além dos ônus da sucumbência.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, conclui-se, portanto, que tanto a Convenção de Montreal, como o Código de Defesa do Consumidor poderão ser invocados nos casos de falha no transporte aéreo. Todavia, nos casos em que envolver empresas de transporte aéreo internacional e os consumidores do Brasil, deverá prevalecer a Convenção de Montreal.

É relevante compreender, que no presente trabalho não se debate a necessidade de compensação dos danos ocorridos com os passageiros, pois isso é inquestionável, pois, se verificado o dano a reparação deverá existir. Entretanto, deve ser observado que devido a adesão do Brasil a Convenção de Montreal, deve-se observar o tratado em sua totalidade, principalmente em relação ao limite indenizatório.

Portanto, sabendo que houve uma má prestação na execução do serviço do transportador aéreo, caracterizando assim um dano, configura-se um serviço defeituoso, cabe então a Responsabilidade Civil do fornecedor desse serviço.



Cumpra-se destacar que a indenização não se refere somente aos danos ocasionados pelo extravio da mala, mas é prevista essa possibilidade de reparação de danos nos casos em que a bagagem seja devolvida com atraso, uma vez que foi de qualquer uma das formas, restou evidenciado o defeito no serviço, pois, mesmo que o passageiro tenha ficado que seja por um único dia longe de seus pertences, isso já é causa de grande aflição e aborrecimento, pois, a dor moral nunca será calculável, mas deverá ser reparada, para que dessa forma os prestadores de serviço de transporte aéreo de passageiro, aperfeiçoem cada vez mais a qualidade dos serviços prestados e por consequência, não façam novas vítimas.

Posto que o alicerce da responsabilidade civil nas relações de consumo é a teoria de risco do negócio, sabendo que uma das características das atividades econômicas e justamente o risco, assim sendo, quem exerce uma atividade consumerista, deve assumir o risco, e esse risco não poderá ser repassado ao consumidor da mesma maneira que não serão repassadas o seu provento.

#### 9. REFERÊNCIAS

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo, 2007, 7ª ed. p. 459.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. V.4 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm). Acesso em 04 de nov de 2017

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344530>. Acesso em 04 de nov de 2017

Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf). Acesso em 04 de nov de 2017

Disponível em: <[https://tj-  
df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310369959/recurso-inominado-ri-  
7051172320148070016](https://tj-<br/>df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310369959/recurso-inominado-ri-<br/>7051172320148070016)>. Acesso em 04 de nov de 2017

Disponível em: <[https://tj-  
rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471364053/apelacao-apl-  
1729335420128190001-rio-de-janeiro-capital-9-vara-civel/inteiro-teor-  
471364059?ref=juris-tabs](https://tj-<br/>rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471364053/apelacao-apl-<br/>1729335420128190001-rio-de-janeiro-capital-9-vara-civel/inteiro-teor-<br/>471364059?ref=juris-tabs)>. Acesso em 04 de nov de 2017

Disponível em: <[https://tj-  
sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/506976500/apelacao-civel-ac-  
3001772120168240054-rio-do-sul-0300177-2120168240054](https://tj-<br/>sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/506976500/apelacao-civel-ac-<br/>3001772120168240054-rio-do-sul-0300177-2120168240054)>. Acesso em  
04 de nov de 2017

LISBOA, Roberto Senise, **Manual de Direito Civil, volume 2: obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2004, p.428

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2006.

NUNES, Luiz Rizzato, **O dano moral e sua interpretação jurisprudencial**, São Paulo, Saraiva, 1999, p.2.

SILVA, De Palácido e. **Vocabulário Jurídico**. 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NOTAS:

[1] Overbooking: venda de passagem além do número real da mesma.

Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/overbooking/>. Acesso em 04 de nov de 2017

[2] A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

[3] Recurso Extraordinario (RE) 636331 e RE com Agravo (ARE) 766618

## CONSIDERAÇÕES LEGAIS ACERCA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

**CAROLINE EVELLYM INACIO RIOS:N**  
Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade  
Serra do Carmo.

**ÊNIO WALCÁCER DE OLIVEIRA**

**(Orientador)<sup>[1]</sup>**

**Resumo:** O presente trabalho almeja abordar a redução da maioridade penal sob o enfoque do Estatuto da Criança e do Adolescente. Seus objetivos específicos, por outro prisma, dizem respeito a analisar o adolescente no âmbito do ato infracional e das medidas socioeducativas; verificar os institutos da imputabilidade e da maioridade penal e explanar sobre os posicionamentos acerca da redução da maioridade penal. Para tanto, foi feita uma pesquisa bibliográfica, utilizando, principalmente de livros, teses e artigos sobre o tema proposto. Este trabalho, para alcançar os seus objetivos, é dividido em três capítulos. No presente estudo verificou-se que a sociedade e autoridades deverão, ao invés de discutir a redução da maioridade penal, debaterem investimento em projetos baseados em atividades pedagógicas, profissionalizantes e terapêuticas, que ajudem os jovens infratores a reorganizarem suas vidas com dignidade perante sua família e a sociedade.

**Palavras-chave:** Adolescente; Imputabilidade; Maioridade; Violência.

**Abstract:** The present work aims to address the reduction of the penal age under the approach of the Statute of the Child and the Adolescent. Its specific objectives, on the other hand, are related to analyzing the adolescent in the scope of the infraction act and socio-educational measures; to verify the institutes of the imputability and of the criminal majority and to explain about the positions of the reduction of the penal age. For that, a bibliographical research was done, mainly using books, theses and articles on the proposed theme. This work, to achieve its objectives, is divided into three chapters. In the present study it was verified that society and authorities should, instead of discussing the reduction of the criminal majority, discuss investment in projects based on pedagogical,

professional and therapeutic activities that help young offenders reorganize their lives with dignity before their family and society.

**Keywords:** Adolescent. Imputability. People. Violence.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A redução da maioria penal sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2.1 Delinquência infantil e redução da maioria penal. 2.2 Posicionamentos doutrinários sob o enfoque do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2.3 O debate acerca da redução da maioria e a problemática da aplicação das medidas socioeducativas. 2.4 O Estatuto da Criança e do Adolescente frente à redução da maioria penal e a proteção integral. 3 Considerações finais. Referências.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de abordar a redução da maioria penal sob o enfoque do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entende-se que o ato infracional é entendido como a ação criminosa praticada por adolescente, com idade entre 12 a 18 anos, conforme estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Quanto aos menores de 12 anos, os mesmos não praticam o ato infracional. Desse modo, os adolescentes que tenham praticado algum tipo de ato infracional deverão ser inseridos em alguma medida socioeducativa, a qual ocorrerá conforme o caso concreto. No caso de crianças, as mesmas deverão ser encaminhadas aos seus responsáveis, visto que não arcarão com as consequências de seus atos no âmbito socioeducativo.

Com isso, no Brasil, são inimputáveis os menores de 18 anos, seguindo o critério biológico da idade do agente: a inimputabilidade depende apenas da verificação da idade. Presume-se absoluta inimputabilidade, desconsiderando-se o desenvolvimento mental.(o aspecto psicológico) e não interessando se o autor adquiriu a maioria civil. A matéria tem previsão constitucional.(art. 228), a partir da CF de 1988.

Apesar de não estar comprovado numericamente, existe um clamor social no que tange à imputação de menores infratores como responsáveis do aumento da criminalidade. Neste contexto, vários são os que defendem a redução da maioridade penal, como um passo frente à criminalidade de menores de dezoito anos. Dessa ideia errônea de que a legislação em comento é protecionista com esses jovens delinquentes, surge, então, o clamor de uma pequena camada da sociedade, para reduzir a responsabilidade penal dos adolescentes, imputando-lhes a responsabilidade pelo aumento da criminalidade, numa tentativa leviana de induzir a sociedade de que não há alternativa, senão reduzir a idade e tratá-los como mais rigor, ou seja, aplicar aos mesmos a pena privativa de liberdade tão somente.

Tramitam na Câmara Federal e no Senado projetos de lei visando reduzir a idade penal, e alguns destes, absurdamente, propõem a redução da idade penal para 12 anos.

Não obstante, discute-se se o Sistema Penitenciário pátrio possui estrutura para receber esses menores. Isso porque no sistema Penitenciário Pátrio reina o caos. Superlotação, ausência de políticas públicas para os apenados, problemas estruturais, falta de qualificação do pessoal e torturas e outros tratamentos desumanos pelos quais passam os apenados fazem parte da rotina das prisões brasileiras. Com isso pergunta-se a redução da maioridade penal não afetaria dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, em virtude do caos do Sistema Penal.

## **2 A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL SOB A ÓTICA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Os crimes cometidos pelos menores aumentam a cada dia que passa, pois no Código Penal Brasileiro não existe punições para menores infratores, logo, os mesmos jovens voltam a cometer outros crimes, pois sabem que não terão punições ao nível de seus atos cometidos. Neste contexto, vários são os que defendem a redução da maioridade penal, como um passo frente à criminalidade de menores de dezoito anos.(ALVES, 2015)

Segundo Elias.(2015, p. 43), a difusão do medo, a repressão nos dias atuais “vem crescendo assustadoramente e atos assim como a responsabilização do agressor, focado na reeducação e a restauração do indivíduo que comete um ato ilícito parece ser ineficaz”.

Ainda, de acordo como autor, alguns dos crimes cometidos por esses adolescentes ganham ênfase nos meios de comunicação em massa, casos como do menino João Hélio de seis anos, arrastado durante um assalto brutalmente em sua cadeirinha por mais de 7 km na Rua Oswaldo Cruz – Zona Norte do Rio de Janeiro em 2007.(ELIAS, 2015, p. 45)

Em virtude do exposto, surgem defesas, oriundas de diversos setores da sociedade, inerentes à redução da maioridade penal.

## 2.1 DELINQUENCIA JUVENIL E A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Sabe-se que as causas da violência são inúmeras, no entanto acredita-se que a agressividade surge com muita rapidez, o sentimento que estava contido explode gerando uma agressão. Entende-se também que a violência está associada a outros elementos, onde assume uma multiplicidade de facetas, com inúmeras causas e formas, que prejudica não somente a pessoa que sofreu a violência, mas o meio social como um todo no qual o agredido está inserido. (ELIAS, 2015)

Considera-se que a violência acompanha o homem desde os primórdios, entende-se assim que a força, a agressividade é um comportamento intrínseco do ser humano, que ela está no íntimo de cada homem, mas é necessário trabalhá-la no decorrer da vivencia, onde o homem deve controlar seus impulsos violentos, aprendendo administrar sua força. (LARANJEIRA, 2016)

Violência urbana é um conceito utilizado para determinar um fenômeno da sociedade de conduta agressor e transgressor ocorrido na convivência da sociedade urbana. Ela não abrange apenas os delitos, mas todos os atos que intervêm nas regras de bom convívio entre os cidadãos.



Tal tipo de violência tem uma forte apresentação em países, entre os quais o Brasil, que evidenciam um mau funcionamento nos mais importantes controles da nação tais como no âmbito político, socioeconômico e judiciais.

Em países detentores de tais males, de densas desigualdades sociais, fraquezas nas suas instituições, desigualdades econômicas, terão com constância a ocorrência de crimes graves, tráfico de entorpecentes, troca de tiros, roubos, estupros, homicídios, etc.

A criminalidade é uma extensão da marginalidade com a qual se deparam a criança e ao adolescente, que encontra partida na extensão da marginalidade e da desagregação familiar.(JORGE, 2012)

Esse processo de marginalização apresenta uma evolução constante, tendo seu início na inserção da criança e do adolescente no mundo da marginalização social e finalizando, em razão da inexistência de opção de vida digna, no submundo da criminalidade, grau máximo da marginalização social.

Esse argumento contém grande verdade, pois ao estudar as patologias sociais, que são os maiores fatores de condicionamento para a delinquência juvenil, verifica-se que a desagregação familiar é um dos fatores preponderante na maioria dos casos, resultando na desvalorização de valores éticos sociais.

Os fatores que desencadeiam a delinquência juvenil podem ser fatores sociofamiliares, socioeconômicos, ético-pedagógicos e socioambientais. Claro que não se pretende afirmar que somente esses fatores são predominantes para levar à delinquência juvenil, mas, verificou-se que são esses que influenciam sobremaneira a criança ou o adolescente a praticarem atos infracionais.(LIBERATI, 2013)

Vive-se hoje num mundo completamente dividido em dois blocos, de um lado grande parte da população vive em condições sub-humanas, completamente à margem do mínimo necessário para sobreviver, muitos não têm moradia digna, acesso ao trabalho que lhe garanta a subsistência,

e ainda vivem privadas de instrução digna e de qualidade que atinge o nível mínimo de civilidade.

Do outro lado, o segundo bloco, dominado por uma minoria, possui acesso às melhores condições de vida, pois são detentores do poder e da riqueza. Mas isso não quer dizer que esse bloco privilegiado esteja imune ao problema da delinquência juvenil, e não está, pois se não possui no seu seio familiar problema dessa natureza, no mínimo, no convívio em sociedade, sofre os efeitos da ineficiência do sistema, em especial, em razão da omissão da sociedade e do Estado que não tratam do problema da delinquência juvenil como deveria ser tratado, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente.(FARIAS JÚNIOR, 2012)

No tocante aos fatores sociofamiliares, estimuladores da delinquência juvenil, conforme narrado acima, as suas causas se originam principalmente no abandono da educação dos filhos por parte dos pais, em razão da necessidade da ausência dos mesmos para buscar a manutenção da família, na qual antes cabia à mãe o papel fundamental no acompanhamento do crescimento dos filhos, seja no aspecto moral ou comportamental.

Hoje, muitos estão relegados ao acaso e, às vezes, sob o acompanhamento de outro irmão na mesma condição de abandono, o que conduz à deterioração da instituição familiar.

Sem falar que alguns casos de desagregação familiar ocorrem em razão de alguma espécie de vício mantido pelos pais, pelo uso das drogas ilícitas, ou mesmo pelo álcool, conduzindo-os à prática de atos com total desrespeito no seio familiar, muitas vezes até agressões físicas praticadas contra a pessoa do cônjuge e dos filhos.

Assim, não se pode negar que a família exerce um papel fundamental na formação da personalidade dos filhos, seja pelo fator impositivo da educação pautada na moral e na ética familiar, seja pelo exemplo positivo das condutas adotadas pelos pais.

Portanto, é possível afirmar que o desajuste familiar é um dos grandes problemas que contribui para o nascedouro da delinquência juvenil, sendo essa também a opinião dos doutrinadores, sem falar que a família encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, sendo considerada a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado.

Quanto aos fatores socioeconômicos, que também contribuem sobremaneira para muitos desses jovens ingressarem na delinquência, tem-se na miséria em que vivem suas famílias a grande causadora desse desajuste, pois muitas se encontram vivendo em barracos feitos de compensado e papelão, em vielas, nos viadutos e em outros tantos lugares desprovidos de condições mínimas de sobrevivência, devido, principalmente, ao subemprego ou desemprego dos pais.(ROSA, 2010)

Ao analisar os delitos cometidos pelos adolescentes, verifica-se que as maiorias desses delitos são contra o patrimônio, pois, de todos os atos infracionais praticados pelos adolescentes, somente 8% equiparam-se a crimes contra a vida. A grande maioria dos atos infracionais, cerca de 75%, são contra o patrimônio, sendo que 50% são furtos. Esses números confirmam que o fator econômico tem contribuído para o ingresso do adolescente no mundo do crime, dados esses coletados conforme pesquisa realizada pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas.(PACHI, 2012)

Já os fatores ético-pedagógicos giram em torno da ausência das crianças e adolescentes dos bancos escolares porque muitas vezes são forçados, por circunstâncias adversas, a trabalhar quase que em regime escravo, para garantir o sustento de sua família, estejam eles nos grandes centros urbanos ou na zona rural.

Assim, a falta de educação de grande parte da população brasileira, em especial da criança e do adolescente, contribui para o crescimento da criminalidade no Brasil, pois a marginalização dos jovens, seja por desestrutura familiar, por falta de condição econômica ou de acesso à educação, os impulsiona para o mundo do crime.

Os fatores socioambientais apresentam-se em razão do aumento da população nos grandes centros urbanos ou na zona rural, que produz estímulos para os distúrbios e conflitos, tornando quase impossível uma convivência harmônica entre os seres humanos.(MICHAX, 2015)

Cidades desorganizadas, sem estrutura básica para atender a população, seja no aspecto de saneamento, saúde, transporte e educação, e ainda a falta de oportunidades de trabalho, podem acarretar o aumento nos índices de violência e, conseqüentemente, o aumento da criminalidade.

Atualmente com os grandes indicativos de crimes cometidos pelos jovens e também a utilização dos menores pelos grandes chefes da criminalidade, repercute entre todos os brasileiros a redução da maioridade penal para 16 anos.

## 2.2 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS SOB O ENFOQUE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Em relação ao diploma do Estatuto da Criança e do Adolescente, estamos presenciando uma crítica de parte dos doutrinadores no que tange à eficácia do mesmo, por ser muito benéfico e benevolente.

Veja-se o que dispõe sobre o assunto Jorge:

Não podemos assistir de braços cruzados a escalada de violência, onde menores de 18 anos praticam os mais hediondos crimes e já integram organizações delituosas, sendo inteiramente capazes de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por benevolente que é, não tem intimidado os menores. Como forma de ajustamento à realidade social e de criar meios para enfrentar a criminalidade com eficácia, impõe-se seja considerado imputável qualquer homem ou mulher a partir dos dezesseis anos de idade.(JORGE, E 2002, p. 4)

Em contrapartida, quem está contrário à redução da maioria penal contam com o respaldo de Damásio.(2007), que expõe que é “contrário à redução da maioria penal, porque tal ideia pode parecer brilhante, mas o tempo e o lugar são inadequados. O sistema penitenciário do país não possui condições de receber esses jovens. Dessa forma, apenas tecnicamente seria a favor da redução”. Ainda, Mirabete.(2006) entende “ser inegável que o jovem de 16.(dezesesseis) a 17.(dezesete) anos, de qualquer meio social, tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições e discernimento para compreender a ilicitude de seus atos”.

No entanto, a redução do limite etário representaria um retrocesso na política penal e penitenciária, uma vez que jogaria esses jovens em um ambiente promíscuo, junto aos delinquentes contumazes. Para evitar tal inconveniente, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê instrumentos eficazes para impedir a prática reiterada de ilícitos penais por menores de 18.(dezoito) anos.(FARIAS JÚNIOR, 2012)

Diante destes posicionamentos doutrinários pode-se entender que a redução da maioria penal provoca muito dissenso no âmbito doutrinário. Destaca-se, no entanto, que não porá fim à criminalidade ou pelo menos reduzi-la. Seria somente uma medida dentre várias outras necessárias para se atingir esse objetivo.

### 2.3 O DEBATE ACERCA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE E A PROBLEMÁTICA DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

No Brasil, o debate em torno da redução da maioria penal quase sempre está ligado a algum crime brutal praticado por adolescentes, que traz à tona esse debate no seio da sociedade e, em especial, no parlamento, permeado pela emoção e pela indignação da sociedade, cada vez mais cansada de pagar impostos e não ter de volta do Estado a garantia dos serviços públicos básicos, em especial a segurança pública, com a diminuição da violência.(LIBERATI, 2013)

É importante frisar que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe, como uma das suas inovações, as medidas socioeducativas, destinadas aos adolescentes em situação de risco, mas a prática tem



demonstrado que a sua aplicabilidade ainda é um problema a ser resolvido, o que enseja a opinião de alguns de que a solução seria simplesmente reduzir a idade penal e colocar o adolescente na mesma condição do adulto que cumpre pena restritiva de liberdade, ou seja, na jaula.(ELIAS, 2015)

Tramitam na Câmara Federal e no Senado projetos de lei visando reduzir a idade penal, e alguns destes, absurdamente, propõem a redução da idade penal para 12 anos. Entende-se que a redução da maioridade penal, quanto ao aspecto jurídico, não seja possível de ocorrer no ordenamento atual, pois o Brasil ratificou a Convenção da Organização das Nações Unidas de 1989, que define:

Como crianças e adolescentes todas as pessoas com menos de 18 anos de idade, as quais devem receber tratamento especial e totalmente diferenciado dos adultos, principalmente nos casos de envolvimento criminal.

Assim, conforme essa posição adotada pelo Brasil perante a Organização das Nações Unidas, os menores de 18 anos não podem jamais ser submetidos ao mesmo tratamento penal dos adultos em Varas Criminais e Tribunais do Júri, nem mesmo podem ficar custodiados em cadeias e presídios.

Conforme previsão contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, os adolescentes devem receber o tratamento especializado e, no caso de práticas de ato infracional, devem ser submetidos às medidas socioeducativas previstas no artigo 112. Contrariando a opinião de alguns que querem, a todo custo, com argumentos falaciosos, reduzir a idade penal, o adolescente que pratica um ato infracional, mesmo sendo inimputável perante a legislação criminal, não fica impune.(SARAIVA, 2012)

De acordo com o explanado pela Secretaria Nacional dos Direitos Humanos:

Ele é responsabilizado conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo-lhe aplicada uma



das medidas socioeducativas, levando em conta a sua condição peculiar de desenvolvimento e a necessidade de reeducação e ressocialização. O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.(Conanda) e o Fórum Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente.(Fórum DCA) têm se manifestado contra a diminuição da maioria penal ou o aumento do prazo de internação dos adolescentes em conflito com a lei.

O principal argumento das referidas entidades para se opor à alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente é o de que não se deve mudar uma lei que não teve seus dispositivos efetivamente implementados desde a sua criação, no ano de 1990. No Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo, realizado Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, em 2006, faz-se um estudo onde se constatou alguns aspectos quantitativos e qualitativos das medidas de internação, prestação de serviços comunitários e liberdade assistida.

Portanto, o que se vê, na prática, é que as normas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não estão sendo cumpridas pelo Estado.(ELIAS, 2015) E de acordo com o art. 112 as medidas punitivas são: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

Os problemas vão de Inadequações que vão desde a inexistência de espaços para atividades esportivas e de convivência até as péssimas condições de manutenção e limpeza.

Portanto, verifica-se que o problema não se encontra no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas na falta de aplicação de seus preceitos, pelo Estado brasileiro. Outros estudos têm demonstrado que

Quando as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente são corretamente implementadas, é menor que 5% o grau

de reincidência dos jovens no mundo do crime, o que destoa, e muito, do sistema prisional comum, no qual o grau de reincidência passa de 70%.(ELIAS, 2015, p. 43)

Um dado importante que deve ser levado em consideração, é que de todos os atos infracionais praticados pelos adolescentes, somente 8% equiparam-se a crimes contra a vida, pois a grande maioria dos atos infracionais, cerca de 75%, são contra o patrimônio, sendo que 50% são furtos.

O adolescente apreendido, em razão da prática de ato infracional, deverá, via de regra, ser submetido à alguma medida socioeducativa. O caráter dessas medidas é pedagógico e não punitivo, visto o respeito ao período de desenvolvimento físico e psicológico que se passa nessa etapa da vida.

O regime de internação é a mais drástica das medidas, uma vez que implica em segregação e restrição da liberdade. Em razão disto só deverá acontecer em certas circunstâncias e em obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição de desenvolvimento do adolescente.

Quando se vê privado de liberdade, o adolescente passa a ter uma série de direitos e deveres. Quanto aos direitos, podem se citar os seguintes: receber escolarização e profissionalização, permanecer internado na mesma localidade ou outra próxima de seus familiares, entrevistar-se pessoalmente com defensor e representante do Ministério Público, receber visitas, entre outras. No que tange aos deveres, pode-se dizer que os adolescentes deverão obedecer aos ditames da Unidade Socioeducativa, participar das atividades pedagógicas previstas no Plano de Atendimento Individual, deverão cuidar de sua higiene, entre outros.(SILVA, 2011)

De igual modo, as medidas socioeducativas deverão ocorrer com observância aos pressupostos da eficácia, no que tange à reinserção adequada do adolescente em sociedade.

Não há critérios legais para se mensurar a eficácia no âmbito socioeducativo, ao menos de modo disciplinado. Todavia, a observância aos direitos dos adolescentes, às diretrizes do tratamento socioeducativo e a submissão ao império das leis protetivas da criança e do adolescente, em especial às pertinentes ao adolescente em conflito com a lei, são os fundamentos necessários para se dosar a eficácia das medidas socioeducativas. Na eficácia, não nota apenas os resultados, mas os meios para alcançar os mesmos.(TEIXEIRA, 2012)

No entanto, a Lei nº 12.594/2012 estabelece os objetivos das medidas socioeducativas. Conforme o artigo 1º, parágrafo 2º, as medidas deverão objetivar a responsabilização do adolescente quanto às consequências de seus atos, buscando sempre a reparação do dano; a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos, por intermédio do cumprimento de seu plano individual de atendimento e a desaprovação da conduta lesiva perpetrada pelo adolescente.

A princípio, houve a busca em conhecer da aplicabilidade da medida socioeducativa, se essa era eficaz. Partiu-se, então, em saber da reincidência. Diante dessa concepção o cumprimento da medida socioeducativa poderá ser considerado um projeto, e como todo projeto, possui o seu exequente, objeto, meios e fins/resultados. Dessa forma, o exequente seria o Estado, o objeto seria o ato infracional, os meios seria aplicação da medida socioeducativa e a finalidade/resultado a inexistência da reincidência. Uma vez que, projeto bem-sucedido é aquele sem reincidência.

Muito embora o Estado cumpra seu papel quanto à execução das medidas socioeducativas, é seu dever saber dos resultados dessa aplicação, saber se é eficaz ou não, se promoveu a ressocialização do adolescente enquanto sujeito de direitos. De antemão destaca-se a inobservância ao princípio da eficiência, que é um princípio constitucional da Administração Pública.

#### 2.4 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE À REDUÇÃO DA MAIORIDADE E A PROTEÇÃO INTEGRAL

O ordenamento jurídico pátrio que trata da criança e adolescente, atualmente o Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo sendo considerada uma legislação avançada, contém ainda uma proposta, através das medidas socioeducativas, vinculadas à ideia de pena, e não atua como instrumento de reeducação ou regeneração, não cumprindo o seu papel principal que é de ressocializar o jovem infrator, aumentando ainda sua revolta e, conseqüentemente, o incentivando à prática de ato infracional.

Embora a existência do Estatuto da Criança e do Adolescente tenha criado para a criança e o adolescente mais garantias de direitos e o reconhecimento de que os mesmos são merecedores de cuidados especiais, em razão da necessidade de uma evolução condizente com a dignidade da pessoa humana, essas garantias ainda sofrem limitações para serem efetivadas plenamente, sendo, uma delas, a limitação do acesso e da qualidade no que tange ao sistema educacional, instrumento capaz de tirar a criança e ao adolescente, em situação de risco, das ruas e dar-lhes tratamento digno e coerente, preparando-os para assumir seu principal papel, o de protagonista.(PACHI, 2012)

Percebe-se, então, que as medidas socioeducativas, na forma como estão sendo aplicadas, como mero instrumento de “sanção penal”, somente limitando a liberdade desses jovens e, porque não afirmar, enclausurando-os, retirando-os simplesmente do convívio da sociedade, e sem a possibilidade de prepará-los para uma vida digna através de incentivo à educação e até mesmo uma formação profissionalizante.(SILVA, 2011)

Com isso, é capaz de assegurar sua subsistência e de sua família, não estão surtindo o resultado esperado, pois se acompanha através dos meios de comunicação, opiniões acaloradas sobre o aumento da violência praticada por adolescentes e a suposta impunidade trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura, à criança e ao adolescente, muitos direitos e pouca punição, quando os mesmos praticam ato infracional.(SARAIVA, 2012)

Dessa ideia errônea de que a legislação em comento é protecionista com esses jovens delinquentes, surge, então, o clamor de uma pequena camada da sociedade, para reduzir a responsabilidade penal dos adolescentes, imputando-lhes a responsabilidade pelo aumento da criminalidade, numa tentativa leviana de induzir a sociedade de que não há alternativa, senão reduzir a idade e tratá-los com mais rigor, ou seja, aplicar aos mesmos a pena privativa de liberdade tão somente.

Tramitam no Congresso Nacional projetos de lei que tratam da redução da maioridade penal que precisam ser encarados com seriedade pelo parlamento, não devem e não podem, os deputados e senadores, simplesmente aprovar tais projetos sem perquirir a real situação degradante a qual sofrem os jovens infratores que cumprem medidas socioeducativas de internação, o que, na verdade, são penas de prisão, restritivas da liberdade e completamente contrárias ao que prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente.(LIBERATI, 2013)

Acredita-se que uma juventude bem assistida, motivada através da educação, com incentivo para uma formação profissional adequada que garanta uma renda justa para o seu sustento e de sua família seja o caminho para a redução da inserção desse jovem no mundo do crime.

Isso se deve ao fato de existirem famílias completamente desagregadas, a miséria sendo realidade para boa parte da população brasileira que vive na marginalidade social, forçando crianças e adolescentes a buscarem alguma fonte de renda para poder ajudar no orçamento familiar.

Tais fatores os obrigam a renunciar o seu papel de criança e adolescente, e o que é mais grave, abrir mão de o seu direito de frequentar uma escola, com objetivo de, através da educação, ver resguardada a possibilidade de um emprego digno e de um futuro melhor.

Então, indaga-se àqueles que são favoráveis à redução da maioridade penal: por que, antes de reduzir a essa maioridade, não se busca dar efetividade ao que preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando, através das medidas socioeducativas,



ressocializar o delinquente juvenil através da educação e da prática profissionalizante dentro dos Centros de Internação. Parte significativa dos doutrinadores entende os princípios e regras como mandamentos jurídicos sem divisão entre elas. E tanto as normas como os princípios devem guiar o operador do Direito na aplicação da norma jurídica.(LIBERATI, 2013)

Destaca-se, desse modo, que o princípio da proteção integral foi originado nos anos 80, depois da criação de uma Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, suprimindo o antigo modelo da situação irregular estabelecida pelo Código de Menores e erguendo as crianças e adolescentes à condição de detentores de direitos e garantias. O antigo Código de Menores julgava a criança ou adolescente igualmente aos demais infratores, ou seja, os menores eram responsáveis por seus atos, submetendo estes a medidas judiciais todas as vezes em que sua conduta entrasse em conflito com a Lei vigente.

O Estatuto da Criança e Adolescente criado em 1990 passa a garantir proteção integral as crianças e adolescentes que deixam de ser responsáveis por seus atos e passam a ser responsabilidade dos pais e do Estado. Segundo Volpi, o antigo Código não oferecia qualquer tipo de responsabilidade com a reabilitação ou educação do menor, preocupava-se apenas em obter soluções paliativas e superficiais.(VOLPI, 2014)

Agindo na higienização da sociedade, medidas as quais só faziam agravar a situação já existente, a legislação antiga buscava apenas exercer uma regulação dos distúrbios sociais, dos quais os menores eram as principais vítimas, e que tinham sua gênese no seio da própria família, ou perante as omissões e transgressões cometidas pela sociedade e pelo Estado. Diante desse imperativo de alterações, o Estatuto da Criança e do Adolescente vem efetivando uma nova visão da situação da criança, tratando-o de modo digno e coerente com a sua condição de titular de direitos.(LIBERATI, 2013)

O antigo Código consistia em mecanismo de controle, passando para o ente estatal a tutela das crianças em conflito com a lei e assim, justificava a ação dos instrumentos repressivos do Estado. Ao contrário, o Estatuto da



Criança e do Adolescente, serve como instrumento de exigibilidade de direitos àqueles que estão vulnerabilidades pelo seu descumprimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente vem para reconhecer que a criança e ao adolescente são pessoas em constante desenvolvimento, sendo que as mesmas não poderão ser mais responsabilizadas pelas irresponsabilidades dos adultos.

A consignação em lei da proteção integral constituiu uma modificação de modelo, alterando essa ideia da criança e ao adolescente serem objetos de direito, na medida em que se deparavam arroladas na necessidade versus delinquência, para um enfoque de protagonismo juvenil, visto que tanto a criança quanto o adolescente passaram a ser detentores de direitos, pouco importando se estão ou não em uma situação que acarrete em risco.

Desse modo, o que se quis foi alterar uma deficitária atuação ao longo dos anos. Como toda política de afirmação parece ser desigual, a proteção integral infringe às crianças e aos adolescentes tratamentos distintos por serem diferentes com relação aos adultos, em virtude da sua condição especial de pessoas em transformação, sendo, assim, seus direitos fundamentais considerados como absolutos, enquanto que os direitos básicos do homem são relativos.

O que se persegue é a tutela do melhor interesse do infante, nos termos do Princípio 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Com efeito, os interesses dos menores deverão abarcar os diversos elementos, tais como os aspectos emocionais, financeiros, morais, entre outros. Desse modo, põe-se fim a designação de crianças carentes ou crianças marginais ou de menor, por exemplo, haja vista que todas elas possuem direito à proteção das suas garantias e de seus direitos, e também denota o fim da “situação irregular” de crianças e adolescentes que eram classificados quando não se condiziam no critério dos bem-nascidos.(ELIAS, 2015, p. 43)

As crianças e adolescentes, desse modo, são pessoas em um momento diferenciado da vida, repleto de transformações, em que todas as suas competências e talentos estão em incremento, por isso tem a obrigação de uma proteção específica para preservar o total desenvolvimento físico, psíquico, espiritual, e social das crianças e dos adolescentes.

Crianças e Adolescentes, segundo Ana Maria Machado, além de titulares de direitos, que os apartam da intervenção estatal de maneira discricionária como meros objetos de direitos, são tratados como prioridade absoluta, em virtude de sua condição de desenvolvimento psicomotor.

Estão em método de formação biopsicossociais, e ainda não alcançam prover suas precisões de subsistência sem danificar esse desenvolvimento humano. O atendimento às crianças e aos adolescentes tem prioridade nas diversas às ações da esfera estatal, para que se possa proporcioná-los um alargamento de forma plena.(ROSA, 2010)

Pela precedência do melhor interesse da criança e do adolescente entende-se que qualquer medida que abarque uma criança ou adolescente deve, essencialmente, levar em atendimento o que é melhor para ela, pouco importando sua condição financeira, pessoal e legal. Essa primazia autoriza, ainda, em certas circunstâncias, deixar de se notar as normas legais para que se atinja esse interesse maior, respeitando os limites previstos em lei.

A criança e ao adolescente possuem, ainda, prioridade absoluta na construção de políticas públicas, em virtude do exposto em lei (seja a

Constituição Federal de 1988 ou, mais especificamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente) Desse modo, para que tais políticas se efetivem, deve-se contar com um aparato estatal denominado rede de proteção, conforme se verá.

Destaca-se que, no âmbito da proteção dos direitos da criança e do adolescente, até para efetivar as demais políticas públicas, existe o disque 100. Tal canal de comunicação, vinculado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, possui a incumbência de receber, analisar e encaminhar denúncias que afetam os direitos humanos, em especial no que atine à violência contra a criança.(ZAGURY, 2013)

Existem diversas outras políticas públicas voltadas para a criança, tais como Saúde, Educação, Lazer, entre outras. No entanto, para o presente capítulo serão ressaltadas apenas duas, consideradas as mais contundentes.(haja vista que delas derivam as outras): Os aportes Legais.(Constituição Federal e Estatuto da Criança e Adolescente) e a Rede de proteção.(onde se destaca a instituição do Conselho Tutelar)

A Constituição Federal de 1988 trouxe novos rumos à proteção dos direitos da Criança e do Adolescente. A Carta Cidadã estabelece em seu artigo 227 que:

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

Contudo, a Constituição, no que tange a essa proteção, foi ser regulamentada por outra lei, mais específica quanto ao cuidado com a criança e ao adolescente. Assim, com a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, a criança e ao adolescente passam a ser considerados, definitivamente, como prioridade absoluta, visto que além de prever essa nova realidade, o legislador traçou pressupostos para

a defesa das crianças e dos adolescentes. Quanto à questão política social, antes e depois do novo modelo proposto pela Carta Constitucional.

O Estado, para assegurar a proteção integral à criança e ao adolescente, passou a traçar diretrizes e ações para a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, em substituição às antigas políticas assistencialistas, desprovidas do senso de que a criança e ao adolescente eram titulares de direitos e garantias.

O Estatuto, ao lado da Constituição Federal de 1988, proporcionou as seguintes novidades: criação dos conselhos tutelares, previsão da criação dos conselhos de direitos, fortalecimento dos direitos das crianças e do adolescente, considerados prioridade absoluta do Estado, efetivação dos direitos à saúde, educação, entre tantas outras inovações. O Estatuto da Criança e ao Adolescente ao reafirmar a priorização absoluta dos direitos da criança e do adolescente foi primordial para a nova interpretação dessa fase da vida no sentido de igualar a criança e ao adolescente a um cidadão de fato, em fase de crescimento e, portanto, necessitado de uma proteção mais contundente do poder público e da sociedade. (SARAIVA, 2012)

Para que a criança e ao adolescente façam jus a uma proteção eficaz por parte do Estado e da sociedade, foi traçada um complexo sistema de garantia de direitos ou rede de proteção em prol desse grupo social, a qual cabe zelar e cuidar para o cumprimento das observâncias estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente e estabelecer políticas sociais.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando o que foi estudado. No presente estudo verificou-se que a delinquência infanto-juvenil sempre representou uma das faces mais negras da criminalidade, entretanto, pelo aumento dos casos envolvendo jovens infratores, e a forma como são explorados pela mídia, principalmente a televisiva, que muitas vezes aborda a questão de maneira superficial, sem conhecimento das causas que levaram aquele jovem a praticar um delito, coloca os jovens em destaque como sendo meros

sujeitos de uma realidade criminosa que a sociedade ainda não se deu conta.

Hoje se vive numa sociedade altamente consumerista, na qual os pais precisam se ausentar do lar para buscar os meios materiais de subsistência da família, ficando, a educação dos filhos, relegada ao segundo plano.

Percebe-se que a responsabilidade dos deveres domésticos, principalmente o repasse dos valores adequados ao convívio social, antes aos cuidados da mãe, foram repassados àqueles que deveriam ser o foco da atenção familiar, os filhos, que, muitas vezes, crianças ainda, precisam cuidar dos seus irmãos menores e, dessa forma, ficam à mercê de toda sorte decorrente daquele ambiente desprovido de autoridade paterna/materna.

E é nesse momento que o Estado deveria agir, pois esse completo desmazelo do lar também é de responsabilidade do Estado, e porque não afirmar da própria sociedade, que inverteu os papéis mais relevantes no contexto social, no qual os valores materiais estão se sobrepondo aos valores morais e éticos.

Observou-se no estudo que os adolescentes em virtude de sua fase de transformações, estão mais propensos a reconhecer os diversos caminhos a serem percorridos, visto que nessa fase de transição o adolescente passa a pensar nas perspectivas. Além de ter o pensamento abstrato desenvolvido, o adolescente passa a verificar as opiniões dos próximos, de modo que passa a construir a sua própria.

A adolescência, diante disso, caracteriza-se por uma maior independência para pensar através de problemas e situações. Os adolescentes devem ser capazes de compreender abstrações puras, pertinentes às ciências e ao aprendizado pedagógico, por exemplo, sendo capazes de desenvolver raciocínio matemático e lógico. Eles também devem ser capazes de aprender informações e habilidades necessárias para uma ocupação específica, tal como cursos profissionalizantes.



Os fatores que podem ocasionar a delinquência infanto-juvenil têm sua nascente no próprio lar. Ficou demonstrado que a ausência de políticas públicas voltadas aos jovens, na área da educação, e porque não a educação profissionalizante, tem seu peso preponderante para que crianças e adolescentes cada vez mais jovens ingressem no mundo do crime, em virtude da marginalidade em que vivem.

A solução não é outra, senão investimento em projetos baseados em atividades pedagógicas, profissionalizantes e terapêuticas, que ajudem os jovens infratores a reorganizarem suas vidas com dignidade perante sua família e a sociedade.

Assim, não adianta reduzir a idade penal, o que se faz necessário primeiro é levar a educação pública de qualidade ao alcance da maioria das crianças e adolescentes que vivem em zona de exclusão, como meio preventivo, antes que os mesmos ingressem na marginalidade.

E, concomitantemente, desenvolver programas educativos pedagógicos dentro das unidades responsáveis pela ressocialização do adolescente na sociedade.

Portanto, se torna ineficaz simplesmente reduzir a maioridade penal e jogar esses “novos maiores” em cadeias superlotadas, como se fossem a “sujeira varrida para baixo do tapete” e, se assim ocorrer, estaríamos na contramão da história, provocando um retrocesso nas conquistas de direitos e garantias de proteção à criança e aos adolescentes, mais do que isso, a sociedade estará decretando, de uma vez por todas, o fim à ternura e pureza das crianças e dos adolescentes, pois, quando permitimos os seus ingressos na criminalidade, perdem mais do que sua própria liberdade, perdem sua própria infância, e seus sonhos acabam por refletir um mundo sem qualquer esperança.

## REFERÊNCIAS

ALVES João de Deus e.; MINADEO, Roberto de Lima. *Ressocialização de menores infratores: Considerações críticas sobre as medidas socioeducativas de internação*. São Paulo: USP, 2015.



ELIAS, Roberto João. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente – Lei n.º 8.069/90, de 13 de julho de 1990*. São Paulo: Saraiva, 2015

FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de Criminologia*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2012.

JORGE, Éder. Redução da maioridade penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2012.

LARANJEIRA, Carlos Antônio. *A análise psicossocial do jovem delinquente: uma revisão da literatura*. Maringá: Psicologia em Estudo. Vol 12, 2016.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2013.

MICHAUX, Léon. *A Criança Delinquente*. Rio de Janeiro: Fundo Cultura, 2015, p.27.

PACHI, Carlos Eduardo. *A prática de infrações penais por menores de dezoito anos*. In: Revista Infância & Cidadania, vol. 01/Samuel Alves de Melo Júnior.(org.) Editora Scrinium: São Paulo, 2012.

ROSA, Osvaldo. O sistema carcerário e a redução da maioridade penal. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 20 mar. 2010.

SARAIVA, João Batista Costa. *Justiça Juvenil*. 2012. Disponível em: . Acesso em: 23 de novembro de 2017.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. *Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011.

TEIXEIRA, Maria de Lourdes. *Do ato infracional*. Disponível em: pt.scribd.com/doc /62458567/17/Maria-de-Lourdes-Trassi-Teixeira. Acesso em 20 de novembro de 2017.

VOLPI, Mário.(org.) *O adolescente e o ato infracional*. Editora Cortez: São Paulo, 2014.

ZAGURY, Tânia. *Os limites para a adolescência*. São Paulo: Ed. Ramed, 2013.

NOTA:

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, especialista em Ciências Criminais, pós-graduado em Direito e Processo Administrativo. Graduado em Direito e em Comunicação Social, todos pela UFT. Escritor de obras jurídicas, e professor de Processo Penal.

## O DANO MORAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE QUANTO À INSCRIÇÃO INDEVIDA DO CONSUMIDOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO

**KESSYARA SILVA RODRIGUES:** Graduanda na Faculdade Serra do Carmo.

**MATEUS SCHAEFFER BRANDÃO**  
(Orientador Prof. Me.)

**RESUMO:** A inscrição indevida do consumidor no cadastro de inadimplentes se trata de uma ação contrária à lei, gerando assim o direito de reparação do ilícito cometido por parte dos agentes responsáveis. Trazendo assim o presente artigo, como tema, o dano moral na relação de consumo, com especificação numa análise quanto à inscrição indevida do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito. O objetivo da pesquisa é esclarecer possíveis questionamentos a respeito das funções do dano moral relacionadas à inscrição indevida do consumidor, os entendimentos de doutrinados referente ao caso. Explana-se também o critério utilizado pelo magistrado para a fixação do *quantum* indenizatório de meio satisfatório para a vítima que teve seus direitos personalíssimos atingidos. E por último, se é feita uma análise da incidência do dano moral nas relações de consumo por negativação indevida do consumidor, segundo se prevê em jurisprudência e doutrinas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cadastro de Inadimplentes; Dano Moral; Quantum Indenizatório; Negativação Indevida.

**ABSTRACT:** The undue registration of the consumer in the register of defaulters is an action contrary to the law, thus generating the right to reparation of the wrong committed by the responsible agents. This article brings as a theme, the moral damage in the consumer relation, with specification in an analysis regarding the improper inscription of the consumer in the organs of protection to the credit. The objective of the research is to clarify possible questions about the functions of moral damages related to improper registration of the consumer, the understandings of indoctrinated referring to the case. It also explains the criterion used by the magistrate for the determination of the quantum indemnity of a means satisfactory for the victim who had his personal rights

reached. And finally, an analysis is made of the incidence of moral damages in consumer relations due to undue consumer denial, as provided by jurisprudence and doctrines.

**KEYWORDS:** Registration of Defaulters; Moral damage; Quantum Indemnification; Undue Negation.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O ser humano é assegurado por uma série de direitos que se encontram no ordenamento jurídico. Tendo assim, o nascimento com vida, passa à adquirir capacidade, e em seguida, os direitos da personalidade, tratando-se do direito à honra, à moral, à imagem, e entre outros. Direitos estes que são característicos da pessoa humana, não patrimoniais. Sendo assim, intransmissíveis, irrenunciáveis, cujo incumprimento está a exigir uma indenização pelo dano causado à vítima.

O princípio geral de direito informador de toda a teoria da responsabilidade encontrado no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é quase inconcebível, é aquele que impõe a quem causa dano a outrem o dever de repará-lo. (RODRIGUES, Silvio. 1999, p. 13).

Entre as espécies de danos existentes, a que será matéria de foco do presente trabalho, é o dano moral, que em suas características traz dois tipos de efeitos: Sendo eles o efeito compensatório, e o efeito punitivo, onde cada um traz entendimentos de doutrinadores que trazem suas teses perante as normas do ordenamento jurídico.

A inclusão dos consumidores no cadastro de inadimplente efetuada indevidamente é alvo de muita frustração e sofrimento. Isso ocorre, por exemplo, quando a dívida inexistente, e quando o consumidor não tem comunicação prévia por parte dos órgãos responsáveis pelo cadastro de inadimplência.

Por meio dessa problemática, o estudo tem também como objetivo o critério utilizado na fixação do *quantum* indenizatório acerca do dano extrapatrimonial, para que a vítima tenha uma indenização satisfatória e em contrapartida o agente lesante seja punido do dano causado. Tendo como último assunto a ser abordado uma análise jurisprudencial a respeito da incidência do dano moral nas relações de consumo por negativação indevida do consumidor.

Assim sendo, mediante pesquisa documental, verificando o posicionamento da doutrina e jurisprudência, a respeito do dano moral referente a inscrição indevida no cadastro de inadimplentes, procurar-se-á as concepções dos autores em seus pontos compatíveis.

## 2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O objetivo primordial da responsabilidade civil é restaurar o dano causado ao bem jurídico da vítima. Uma vez que não exista o dano não há o que ser reparado, fazendo com que a obrigação de indenizar só haja quando este exista, podendo ser ele patrimonial ou extrapatrimonial.

O Termo responsabilidade<sup>[1]</sup> é usado em quaisquer situações, onde uma pessoa, sendo natural ou jurídica, tem o dever de arcar com os impactos de um negócio danoso, ato ou fato. Sob esse entendimento, qualquer atividade humana pode provocar o dever de indenizar.

Dentro da responsabilidade existe a objetiva e a subjetiva. Tendo a objetiva como não dependente de comprovação de dolo ou culpa do agente que causou o dano, somente do nexo de causalidade entre a conduta cometida e o dano que foi causado à vítima, isto é, mesmo não tendo agido com dolo ou culpa, o agente causador deverá indenizar a vítima. A responsabilidade subjetiva necessita da existência do dolo ou culpa pelo lado do agente causador, sendo assim, o direito de ser indenizado e a obrigação de indenizar só surge mediante a comprovação do dolo ou culpa por parte do agente causador do dano.

A responsabilidade civil visa restaurar a estabilidade entre o patrimônio e a moral violada. Tornando uma inquietação social em um dano ou prejuízo não ressarcido. Os ordenamentos contemporâneos frisam cada vez mais o dever de indenizar, resultando assim que cada vez menos restam danos irressarcidos. Os danos que devem ser reparados são de índole jurídica, advindo de um conteúdo de cunho moral, religioso, social e etc. (VENOSA, Sílvio de Salvo, 2016, p. 13.).

Fato Jurídico é todo acontecimento que o direito acha relevante, são os fatos que o direito pode ou deve intervir. Fatos estes que podem ser acontecidos pela força da natureza, naturais, morte nascimento ou quando são causados por práticas humanas que podem ser atos lícitos ou ilícitos. Os lícitos são os determinados por lei produzindo efeitos ou semelhança com o ordenamento jurídico. Os ilícitos são aqueles que não estão de acordo com o ordenamento jurídico, ou seja, causam dano a alguém, conforme as normas legais, e com isso criam a obrigação de reparar o dano que foi causado, de acordo aos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro de 2002.

O objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Vale dizer: ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, e reprimi a conduta daquele que contraria. (DANTAS, San Tiago, 1977, p 341.)

Para existir a indenização é necessário o dano, podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial, devendo em regra, mostrar a culpa do agente causador, entretanto, existem situações onde a responsabilidade independe de culpa. No que se refere ao dano patrimonial, este é configurado como aquele que agente traz prejuízo aos bens do lesado. Bens esses que compõe o patrimônio da pessoa, sendo sempre possível fazer a avaliação pecuniária.

No que consiste ao dano extrapatrimonial, ele não está ligado ao patrimônio da vítima, e sim, aos seus direitos de personalidade, como a imagem, liberdade e a honra, conforme rege no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Se relata a uma lesão cuja essência não é ao valor pecuniário, e sim a sua reputação e imagem.



Como se vê hoje o dano moral não mais se restringe a dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos - os complexos de ordem ética -, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo mais uma satisfação do que uma indenização. (CAVALIERI FILHO, Sergio; 2008, p.81.)

Observa-se que o dever de indenizar não é caracterizado no enriquecimento da vítima, mas na tentativa de amenizar a dor que lhe foi causada. Por isso, é estabelecido em certos casos pedir-se a comprovação dos fatores que geraram dor, o sofrimento e sentimentos da vítima.

#### 2.1. DO DANO MORAL:

O dano moral é configurado quando é prejudicial ao ânimo psíquico, moral e intelectual do lesado. Wilson Melo da Silva (1969, p. 249) cita que o dano moral é a dor, “tomado o vocábulo em sua lata expressão. A Filosofia e Psicologia não estabelecem diferenciações para ela, salvo no tocante às suas causas”. Nele, abrange principalmente os direitos da personalidade, direito à privacidade, ao nome, à imagem, entre outros. Por esses parâmetros não há que se apontar o dano moral somente como dor física ou psíquica.

A inscrição indevida no cadastro de inadimplentes acarreta a vítima uma sensível dor moral para quem nunca passou por essa experiência, diferente do devedor costumeiro. Nessa área, o dano é imensurável, se fazendo assim o aumento do grau de dificuldade de se estabelecer a justa compensação pelo prejuízo causado. (VENOSA, Silvio de Salvo. 2016, p. 54)

No conjunto de normas reguladoras sobre o dano moral, tem-se duas funções, sendo elas: punir o culpado causador do dano e prevenir o surgimento de uma nova prática do mesmo acontecimento danoso.

A compensação monetária é um mesclado de ação punitiva com a busca de satisfação reparatória. A função penal consiste na medida punitiva imposta ao ofensor, na indenização paga ao ofendido, com a intenção do ofensor assumir a consequência de seu ato. Como o dano moral acaba atingindo à integridade física, moral e intelectual do ofendido a satisfação compensatória busca proporcionar na reparação pecuniária a compensação que compense a ofensa causada. (Maria Helena Diniz, 2013, p 361).

### 2.1.1 EFEITO COMPENSATÓRIO

O conceito de compensação no dano moral, permite ao lesado ter a compensação por meio de um equivalente ou sucedâneo pecuniário.

A dor e tormento são consequentes do descumprimento do direito da personalidade, pois, não poderia ser instrumento de indenização pecuniária. Para Carlos Alberto Bittar, a reparação dos danos morais requereu extensa evolução, por ter sido encontrado diversos impedimentos por uma certa resistência da parte da doutrina, por acreditar no simples método de encargo de preço à dor.

Em razão dessa concepção, várias pessoas foram prejudicadas por terem sido feridas nos seus direitos personalíssimos e nunca receberam o correspondente, em contrapartida os agentes responsáveis pelos danos saíram ilesos. O Poder Judiciário não enxergava o sofrimento daqueles que desejavam receber a indenização dos danos sofridos e com isso, deixava passar despercebido a situação dos agentes causadores ficarem ilesos de punições.

A experiência de adaptar a reparação dos danos extrapatrimonial aos padrões da responsabilidade civil é uma barreira até hoje na evolução dos métodos jurídicos empregados para avaliar a possibilidade de compensação do *quantumindenizatório*.

A concepção clássica, que vê na responsabilidade civil a função exclusiva de reparação do dano ou de ressarcimento da vítima,

não se ajusta ao dano moral, a não ser ao custo de artificialismos e reducionismos. A distintiva natureza do dano moral em relação ao dano material é, por si só, indicativa de que a tradicional sanção reparatória não é ordinariamente aplicável àquela, pelo menos não sem o recurso de ficções jurídicas. A tutela dos bens personalíssimos não se realiza do mesmo modo que a tutela dos bens materiais ou patrimoniais. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. 2006, p. 170-171).

Os debates jurídicos sempre foram intensos, mas, para o leigo que tinha seu psicológico abadado, sua personalidade atingida, tais opiniões não tinham sentido, pois, a vítima, se sentindo injustiçada buscava apenas ter seus direitos reconhecidos na tentativa de amenizar a dor, o dano sofrido.

Os embaraços e dificuldades ao decorrer do caminho exposta pela parte contrária à indenização do dano extrapatrimonial foram grande, contudo, não o bastante para combater o contínuo crescimento da parte favorável. Num domínio onde a visão é estritamente patrimonialista à respeito da responsabilidade civil, a partir de uma verificação do conceito de dano e reparação os argumentos opostos foram cessados. Aviltante é o comportamento de quem atenta contra essa qualidade que deve ser resguardada ao ser humano. Qualquer ato tendente ao menoscabo da dignidade há de merecer repulsa e a devida correção, seja no âmbito criminal, seja na esfera civil, com a reparação do dano moral que o ato comprometedor da dignidade sempre acarreta. (SANTOS, Antônio Jeová. pag. 42).

O ressarcimento do dano moral não tem o efeito de restituição por inteiro, do dano causado, tendo a indenização pecuniária como uma forma de recompensar, de certo modo, toda humilhação e sofrimento sofrido. Se busca um meio de igualdade, base própria do dano material, pelo de compensação do dano imaterial, referente as consequências do sofrimento. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. p. 102-103.)

Desse modo, reparar significa suavizar o dano de maneira à reduzir as consequências e encontrando o meio de satisfazer a vítima com um valor econômico que se traduzirá como um consolo pela ofensa cometida. A representação da quantia paga à vítima deve possuir um valor satisfatório, semelhantemente moral, ou seja, psicológica, capaz de certa forma amenizar o sofrimento sofrido. (STOCO, Rui. p.1683.)

Desarte, o efeito compensatório da indenização monetária por danos morais extrapatrimoniais não tem relação de igualdade absoluta com o dano, inclusive, em virtude de sua natureza não econômica, sendo impossível sua exata estimativa.

Numa análise da função compensatória, o efeito “analgésico” desse pagamento poderá amenizar ou até mesmo aplacar a dor sentida pela vítima, caso seja adequada e compatível com a extensão da sua dor. Assim, não sendo possível eliminar as causas da dor, senão anestésiar ou aplacar os efeitos dela decorrentes, o quantum compensatório desempenha uma valiosa função de defesa da integridade psíquica das pessoas. (REIS, Clayton, p. 186.)

Entretanto, quando elaborado o pedido de indenização, nem sempre a vítima terá como objetivo principal a reparação pecuniária com o ajuízo da ação reparatória. Pois, ela se torna num plano secundário a partir do momento em que a vítima for pessoa economicamente abastada. Se tornando, em certos casos, que a indenização acabe se transformando em uma forma de retribuir ao agente lesante o mal por ele causado, trazendo a vítima uma tranquilidade. Mas, usando esse artifício, ela já não seria compensatória ou satisfatória, e sim, punitiva. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de.p. 172).

Assim sendo, nem todos os casos a vítima terá a intenção de conseguir a compensação pecuniária com a ação de reparação por danos extrapatrimoniais, mas sim, a sanção ao ofensor lesante. Tendo assim, um tipo de satisfação psíquica, em razão da vítima, através da condenação judicial, resultando ao ofendido a sensação de justiça feita.

Logo depois da superação das dificuldades enfrentadas, referente à ação de reparação de danos extrapatrimoniais, o efeito compensatório passou a ser propagado praticamente de uma forma integral. Cumpre salientar que se trata de um aspecto de harmonia com a Constituição Federal de 1988, encarregada da nova ótica relacionada à proteção do indivíduo, com evidência à defesa dos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

### 2.1.2. FUNÇÃO PUNITIVA

Na ação punitiva, ela é caracterizada pela punição do causador da ofensa, através da condenação ao pagamento de um quantum indenizatório para assim comprovar que o ilícito praticado não é admitido pela justiça.

Para Cavaliere o dano moral não pode ser ignorado, devendo ser imposto uma pena ao causador para não passar impune a infração, evitando ocorrer novas agressões. A indenização pode ser usada também como um meio de pena privativa em vantagem à vítima.

Compreende-se, assim, que a omissão para a não aplicação da ação punitiva, ocasiona indiretamente à prática de novas infrações. Essa consequência dá-se em virtude da impressão de impunidade do ofensor, por acreditar ter conquistado vantagem com o ato ilícito.

É natural que no Brasil ainda possa existir receio em relação a função punitiva, pois, comparado a realidade dos Estados Unidos da América, onde a frequência das indenizações serem fixadas em valores milionários.

Mesmo concordando com a ação punitiva, ressalva que o risco do Brasil chegar ao nível atingido pelos Estados Unidos, é mínimo, com base nos valores indenizatórios fixados pelo magistrado brasileiro. (STOCO, Rui 2004, p. 1704)

Segundo Eduardo Talamini num estudo sobre a ação Sancionatória, conclui que ela consiste na imposição ao prejuízo do infrator



da norma, como condenação por ter causado um ato ilícito. E essa desvantagem não se deve acarretar a pobreza ao agente do dano, e sim, somente como forma de punição, pois, caso contrario, possivelmente atrairia outro problema social.

Na função punitiva ela tem o poder de impossibilitar que a indenização seja tão somente representativa, isto é, ela sendo tão insignificante que não atraia nenhum prejuízo ao causador do dano.

Há uma confusão na doutrina em relação de que pena existe apenas no âmbito penal, não podendo assim sua aplicação na esfera civil. Para Fernando Noronha, a aplicação da função punitiva deve ser usada tão somente em casos extremos, quando existe forte culpa do causador, o que determina que a avaliação do Judiciário deve ser cautelosa em cada caso específico, devendo se averiguar minuciosamente para que se possa auxiliar no momento da análise do grau de culpa do agente.

Verifica-se que a função compensatória é correlata a função punitiva, e, em determinados casos, uma tem efeito sobre a outra. Um exemplo que pode citar-se é a respeito das vítimas das ações de reparação de dano extrapatrimonial, que não tem como prioridade o valor monetário, fazendo assim doações a entidades filantrópicas.

A indenização do dano moral apresenta uma complexidade que não admite reducionismos. Sua finalidade não se limite à compensação ou satisfação da vítima nem está restrita à punição do ofensor. Os dois objetivos podem ser identificados nesse peculiar espécie de sanção. Mas não se afigura exata a idéia de que ela desempenharia sempre essas duas funções. O exame de diversas hipóteses de dano moral bem demonstra o multifacetado papel desempenhado pela respectiva indenização, que variará de acordo com o caso. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de p. 171.)

Nessas situações, assume em segundo plano a função compensatória, pois o objetivo primordial da vítima não é a indenização pecuniária, e sim a efetividade na punição do réu, no qual será como um meio compensatório para satisfazer o sentimento de justiça do ofendido.



### 2.3 – DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

Se tratando de lesão extrapatrimonial, raramente se afirma que a reparação é satisfatória e que corresponda à lesão que foi causada a vítima. Pois, é difícil crer que exista um meio mais aproximado do que a indenização pecuniária para que possa restabelecer o que foi perdido num nível humano, não sendo ele a dor física, e sim a psíquica.

Quando se está relacionado à compensação de indenização por dano moral, o que se é mais debatido pela doutrina e jurisprudência é o “quantum indenizatório” à ser pago a vítima, e por não existir uma forma de calcular o constrangimento, a dor, e a auto estima de uma pessoa, pode ser observar que inexistente critério para se estabelecer o valor exato da ofensa. Todavia, conforme dispõe o ordenamento jurídico, a indenização é medida pela extensão do dano.

A intensidade do sofrimento experimentado pela vítima é marcante no momento da fixação do valor indenizatório, pois o valor a ser fixado, deve cumprir, no mínimo, a função de compensar, na tentativa de amenizar a dor vivenciada pelo lesado.

Diferentemente de indenizações por danos materiais que destinam-se a recomposição do patrimônio da vítima, os danos morais tem a intenção de indenizar para restabelecer sentimentos, para oferecer ao lesado meios para atenuar sua dor, ocasionada por aquele dano. Desse modo, tem que se levar em conta as situações sociais, pessoais e financeiras do lesado e do ofensor.

Dessa forma, observa-se que, quando ocorre o dano moral presumido, o critério que se aplica na fixação do quantum compensatório que é realizado mediante prudente arbítrio do magistrado, levando-se em consideração o grau de culpa para a ocorrência do evento, a extensão do dano sofrido e as condições pessoais das partes envolvidas.

Segundo o sábio jurista Carlos Alberto Bittar reconheceu outras possíveis formas de reparação, além da pecuniária:

(...) caso o agente não tenha bens, ou sejam estes insuficientes, frustrando-se a reparação do lesado, pode-se lançar mão de sanção não pecuniária, com a submissão pessoal do lesante a obrigações de fazer, ou de não fazer, como por exemplo, a prestação de serviços, a abstenção de certas condutas, o cerceamento de certos direitos, já utilizadas, há mais tempo, no plano penal como penas restritivas de direitos.(BITTAR, Carlos Alberto, 1999.p. 229)

Pois, procura-se uma reparação justa e perto da realidade do que de fato aconteceu, para que se tenha uma valorização humana e da dignidade. Entretanto, corriqueiramente a forma mais comum da compensação ao lesado vem sendo a indenização pecuniária.

Na opinião de Carlos Roberto Gonçalves, não tem um critério objetivo e uniforme para a deliberação do quantum indenizatório. Pois, cabe ao juiz, a função de, em cada caso, agir com bom senso e usar a medida justa das coisas para fixar valores justos e razoáveis para a indenização.

Para Humberto Teodoro Junior no sentido de:

Evitar-se o excesso de subjetivismo dos julgadores que, fatalmente, levaria à ruína o princípio constitucional da isonomia, o melhor caminho, de lege ferenda, seria o dispor-se em lei acerca dos parâmetros e tarifas[...] (THEODORO JÚNIOR, p.167,2010).

Entende-se que, desta forma, a simples estipulação de uma faixa de valor ou um teto, não o transforma num sistema tarifário, pois não existiu a estipulação do valor por cada bem moral atingido.

Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalidade ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (Resp 135.202-0-SP, 4ª T. rel. Min. Sálvio Figueiredo).

Outra evidente opinião é de Silvio de Salvo Venosa que orienta:

A falta de legislação específica nessa problemática tem gerado decisões díspares e incongruentes. De qualquer modo, em princípio, a tarifação ou qualquer estudo matemático não é critério adequado para danos morais em geral[...]. (VENOSA, Silvio de Salvo. p.343, 2011).

Assim como já citado, a liberdade do magistrado está ligada à certos critérios que são distribuídos em positivos e negativos. Sendo os negativos: viabilidade econômica do ofensor e enriquecimento do ofendido; E os positivos, a condição financeira, social e pessoal do ofendido; condição financeira do ofensor; compensação pela dor sofrida pelo ofendido e desestímulo da prática delituosa hipótese de reincidência.

#### 2.4. DA ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO POR NEGATIVAÇÃO INDEVIDA DO CONSUMIDOR

Os responsáveis pela negativação do consumidor perante ao mercado, são os bancos de proteção ao crédito, que inclusive no Brasil, eles são os que mais possuem relação de consumo.

A inclusão do devedor nos Serviços de Proteção ao Crédito (SPC e SERASA) têm o dever de seguir alguns quesitos: Que exista a dívida, que a data do pagamento tenha vencido, e o valor a ser pago deva ser líquido e certo.

O dano moral segue dois critérios de fixação, tendo: a compensação à pessoa ofendida, porém, não sendo como objetivo principal o enriquecimento da mesma; e a segunda, de cumprir a função social de educar e punir o agente lesante.

Na mesma linhagem, pode-se observar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Maranhão:

DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE CONTRATO ENTRE AS PARTES. DANO IN RE IPSA. TRANSTORNOS À VIDA COTIDIANA. APELO IMPROVIDO. I - Segundo entendimento o STJ, a inscrição indevida do nome no cadastro de restrição ao crédito constitui dano moral in re ipsa, ou seja, dano presumido. II - No presente caso, a inscrição do nome da autora ocorreu mesmo sem que houvesse contrato de prestação de serviço entre as partes, supondo tratar-se de fraude. III - A indenização por dano moral possui dupla função, ou seja, recompensar o lesado pelo dano sofrido e como medida pedagógica para o ofensor, para que não volte a praticar ato ilícito. IV - O valor de R\$ 6.000,00 arbitrado pelo juízo de primeiro grau não merece reforma, eis que proporcional e razoável. V - Apelo improvido. (TJ-MA - APL: 0389152014 MA 0048188-17.2013.8.10.0001, Relator: MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES, Data de Julgamento: 18/05/2015, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/05/2015).

Além do duplo encargo exercido pelo dano moral, predomina a concepção majoritária da jurisprudência e doutrina de que ele não precisa ser comprovado, conforme o dano *in re ipsa*<sup>[2]</sup><sup>3</sup>. A inclusão indevida nos serviços de proteção ao crédito do consumidor afeta seus direitos da personalidade como a imagem, honra, vida privada, intimidade e dignidade, segundo o que já foi apresentado, dependerá do juízo, a respeito dessa espécie de dano, nos casos de valor feito pelo magistrado em casos concretos.

A presunção da existência do dano moral, necessariamente não exclui a tentativa de comprovar sua inexistência. Porém, dos danos

extrapatrimoniais, se tratando da inscrição indevidamente no cadastro de inadimplentes, já é um dano presumido, onde se tem o direito da personalidade que é uma proteção fundamental. É admitido prova em contrário, por parte do fornecedor. E em relação aos danos materiais sofridos, devem ser provados, salvo os casos em que há pedido de inversão do ônus da prova. (TARTUCE, Flávio. p. 336).

Embora o lesado não necessite provar o dano moral sofrido por meio de sua inscrição indevida no cadastro de inadimplentes, o arquivo de consumo e o fornecedor poderão apresentar prova em contrário.

Um dos direitos da personalidade é a honra, que consiste em um bem extrapatrimonial das pessoas físicas e jurídicas. A própria Corte Superior afirma a presunção de veracidade quando acontece a inscrição indevida no cadastro de inadimplentes.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECUSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTE. DANO MORAL PRESUMIDO. IN RE IPSA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VALOR RAZOÁVEL. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL A PARTIR DO EVENTO DANOSO. SÚMULA 54/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior possui entendimento uniforme no sentido de que a inscrição/manutenção indevida do nome do devedor no cadastro de inadimplente enseja o dano moral in re ipsa, ou seja, dano vinculado a própria existência do ato ilícito, cujos resultados são presumidos. 2. A quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) não se mostra exorbitante, o que afasta a necessidade de intervenção desta Corte Superior. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Os juros de mora são devidos a partir do evento danoso, conforme enunciado da Súmula 54/STJ. 4. Agravo não provido. (STJ –AgRg no AREsp: 346089 PR 2013/0154007-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/08/2013, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: Dje 03/09/2013).

Observa-se, portanto, que o mais adequado é se buscar sempre a reparação das vítimas que são inscritas indevidamente no cadastro de

inadimplentes alheios a sua vontade, pois, conforme rege o entendimento da Corte Superior, deve-se garantir a punição dos agentes lesantes que agirem contrários a lei.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A meta do presente trabalho teve por objetivo sanar possíveis dúvidas à respeito da análise sobre a responsabilidade civil, daquele que causar dano à outrem referente ao dano extrapatrimonial, tendo como específico o caso da inscrição indevida no cadastro de inadimplentes.

A principal normativa para assegurar o ressarcimento dos danos morais é a Constituição Federal de 1988, já que ela enuncia o princípio da dignidade da pessoa humana. Dispondo como ponto de partida a ofensa, surgem os direitos de personalidade, constitucionalmente garantidos, que acarretam à obrigação do dever de indenizar do dano moral. Por resultar de lesão a respeito de bens extrapatrimoniais, esse tipo de dano, possui exceções, onde não se necessita ser comprovado (dano *in re ipsa*), por ser uma consequência da ação ou omissão praticada.

Conforme visto, o dano moral possui dois tipos de funções, sendo a função compensatória e a função punitiva. Onde, há situação em que a vítima deseja receber uma indenização satisfatória pelo dano que lhe foi causado, e em outro caso dela desejar apenas a punição do agente causador da ofensa, de maneira que sua satisfação está ligada ao aspecto punitivo.

De acordo com todo o explanado, concernente ao critério utilizado pelos tribunais para a fixação do valor indenizatório, conclui-se, que a indenização não tem como objetivo o enriquecimento da vítima, mas sim, é medida pela intensidade do sofrimento experimentado pela vítima, que vem como um meio para atenuar a dor do dano sofrido, e causar ao ofensor o desestímulo da prática delituosa, bem como hipóteses de reincidência.



Por fim, vale salientar que o mais adequado é lutar para que sempre tenha a reparação devida das vítimas que são inscritas indevidamente no cadastro de inadimplentes. Que a comodidade perante esse assunto possa ser substituída por uma resistente sensação de justiça, para que assim ocorra a efetiva proteção dos direitos da personalidade aos consumidores.

#### 4. REFERÊNCIAS bibliográficas

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 170-171.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos morais**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial**. AgRg no AREsp:346089PR 2013/0154007-5, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 27/08/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/09/2013. Disponível em:

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão (Quinta Câmara Cível). **Apelação n.º 0389152014 (0048188- 17.2013.8.10.0001)**. Apelante: Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A. Apelada: Josidene Pinheiro Ribeiro. Relatora: Juíza Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, 18/05/2015. Disponível em:

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 81.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 103.

DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil, V. I/ 341, Ed. Rio

DINIZ, Maria Helena, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**, Volume 4. São Paulo: Saraiva, 8ª Edição, 2013.

REIS, Clayton. **Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

Revista dos Tribunais, 2004, p. 1704.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 178-179.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. DANO MORAL. BELO HORIZONTE: DEL REY. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

#### NOTAS

[1] É a obrigação de arcar com as consequências do próprio comportamento ou dos outros.

[2] No caso do dano in re ipsa, não é necessária a apresentação de provas que demonstrem a ofensa moral da pessoa. O próprio fato já configura o dano.

## DIREITO DESPORTIVO CONSTITUCIONAL: O DESPORTO EDUCACIONAL NAS ESCOLAS PÚBLICAS DE PALMAS (TO)

**RAFAEL SULINO DE CASTRO**  
(Autor)

**ANTÔNIA MARIA DA SILVA**  
(Orientadora)<sup>5</sup>

**RESUMO:** O presente artigo busca abordar o direito constitucional ao desporto como direito social, além de suas práticas nas escolas públicas municipais e estaduais na cidade de Palmas (TO). O pressuposto inicial da pesquisa é de que o desporto educacional é uma ferramenta eficaz de inclusão social e no combate de condutas ilegais que atingem o dia-a-dia da sociedade, necessitando constantemente de investimentos, já previstos na Carta Magna de 1988, bem como em legislações específicas demonstradas no decorrer do artigo em epígrafe. Levantou-se neste artigo dados fundamentais sobre a prática desportiva no âmbito educacional em Palmas (TO), considerando escolas administradas pela Prefeitura de Palmas, como também pelo Governo do Estado do Tocantins.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desporto Educacional em Palmas (TO); Direito Desportivo nas escolas de Palmas (TO); Direito Desportivo na Constituição.

**ABSTRACT:** This article seeks to demonstrate the constitutional right to sport as a social right, as well as its practices in the municipal and state public schools in the city of Palmas (TO). Educational sport is an effective tool for social inclusion and the fight against illegal conduct that reaches the daily life of society, constantly requiring investments, already provided for in

---

<sup>5</sup> Antônia Maria da Silva. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul - UNISUL. Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. Professora de Direito no Instituto Federal do Tocantins e na Faculdade Serra do Carmo. E-mail: antonia.m.s@hotmail.com

the Charter of 1988, as well as in specific legislation demonstrated throughout the article section. In this article, we discuss fundamental data about the practice of sport in the educational field in Palmas (TO), considering schools administered by the Municipality of Palmas, as well as by the Government of the State of Tocantins.

**KEYWORDS:** Educational Sports in Palmas (TO); Sports Law in the schools of Palmas (TO); Sports Law in the Constitutional Sphere.

## 1. INTRODUÇÃO

O desporto é uma ferramenta fundamental de inclusão social, sendo prevista na Constituição Federal de 1988 como um direito social, expressando a necessidade de incentivo às práticas desportivas educacionais, de lazer e profissionais.

Devido a constante evolução do desporto no convívio social, atribui-lhe importante função social e política juntamente com os valores éticos e morais, como a socialização, a cooperação, a solidariedade, a disciplina, o espírito de equipe entre tantos outros, ultrapassando fronteiras, unindo civilizações e incentivando as relações sociais.

Isso porque o esporte demonstra sua eficiência em unir povos de diferentes culturas, respeitando as diferenças sociais e estimulando o bom convívio entre nações.

A evolução história do desporto e do direito que nasceu com ele, aponta a necessidade de adaptação do texto constitucional com a realidade desportiva, com foco no desporto como atividade ligada ao esporte e lazer, como direitos sociais dos cidadãos que o Estado deve fomentar como práticas formais e não formais, consoante art. 217, caput, Constituição Federal 1988.

A fim de garantir o direito previsto na Constituição Federal de 1988, novas legislações regulamentarem ao desporto, dividindo e atribuindo funções específicas para cada segmento, expressamente representadas pela Lei nº 9.615, de 24.3.1998, popularmente chamada de “Lei Pelé”.

A referida norma dividiu o esporte em três dimensões principais: (i) o desporto de rendimento, (ii) de participação e o (iii) educacional/formação, disciplinando o texto constitucional e demonstrando a evolução do desporto e ampliando sua aplicabilidade de várias formas no País, exigindo organização pública e privada para a aplicabilidade do esporte em todas as regiões, de forma eficaz e eficiente.

Desse contexto, por meio de pesquisas na própria Constituição Federal de 1988, através do artigo 217, caput, em legislações específicas que regulam o desporto tal como a Lei nº 9.615/98 e o Decreto 7.894, de 8/4/2013, em informações prestadas pela Prefeitura Municipal de Palmas, por meio da Secretaria Municipal de Educação, assim como pela Diretoria Regional de Ensino de Palmas, analisou-se o dever da administração pública em fomentar o desporto nas unidades educacionais de Palmas (TO), em qualquer segmento supracitado, buscando atingir a finalidade constitucional do direito social.

Para tanto, no primeiro tópico abordou-se a evolução do desporto na Constituição da República/1988.

No segundo tópico deste artigo, abordou-se o direito constitucional desportivo de forma ampla, elencando os principais pontos previstos na Carta Magna, colocando em evidência a sua obrigatoriedade de aplicação pelos órgãos públicos, tendo em vista a limitação desta pesquisa às unidades escolares públicas situadas no plano diretor de Palmas (TO).

No terceiro tópico demonstrou-se, por meio de informações obtidas junto aos órgãos públicos competentes, dados escolares reveladores da prática esportiva nas instituições municipais e estaduais na cidade de Palmas (TO), como também as estruturas disponíveis ao incentivo do desporto no âmbito escolar, comparando os dados apresentados com a quantidade de alunos (as) matriculados na rede pública de ensino.

## **2. EVOLUÇÃO DO DESPORTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



De forma ampla, segundo o mestre José Afonso da Silva (1984, p. 39-40), a Constituição consiste em um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma do seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento dos seus órgãos e o limite de sua ação.

Do conceito, vê-se que o desporto como direito não consta como matéria a ser prevista no texto constitucional, contudo houve a constitucionalização do desporto, fruto de sua evolução história, exigindo sua aplicação como direito garantidor, transpassando suas funções sociais através de regras meramente lúdicas.

A Constituição Federal citou pela primeira vez o desporto em 1934, caracterizando-o como educacional em seu artigo 5º, XIV.

Em 1937, Getúlio Vargas instituiu o Estado Novo através de um golpe, trazendo os primeiros dispositivos legais referentes ao desporto que garantia a educação física como “apuração de raça”.

Contudo, apenas em 1967, criou-se alguns regulamentos para o futebol profissional, como por exemplo, o Código Brasileiro Disciplinar do Futebol (CBDF) e o Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJDD), ambos no ano de.

Essa constante evolução permitiu que o desporto exigisse novas regulamentações, com normas específicas de administração, controle e incentivo as práticas desportivas no Brasil, surgindo então, o desporto como garantia social e fundamental na Constituição Federal de 1988.

Com isso, se antes o tema era visto com descrença e preconceito, oferecendo pouco recurso e apoio ao que na época necessitava, a Constituição de 1988 trouxe novas esperanças e realidades individuais e coletivas.

Álvaro Melo Filho, em sua obra “*Desporto na Nova Constituição*” (1990, p. 89) destaca e contempla:

Além das ideias subjacentes às normas desportivo-constitucionais, seu conhecimento é essencial e vital, conquanto caberá às entidades, órgãos e pessoas que

integram a comunidade desportiva brasileira zelar pela eficácia jurídica e social de tais normas e fazer valer o direito neles protegidos e assegurados.

Quanto à competência legislativa sobre desporto, expressamente a Constituição Federal de 1988 outorgou poderes concorrentes à União, aos Estados e Distrito Federais, entes não contemplados nas Constituições pretéritas:

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

[...]

**IX** - educação, cultura, ensino e **desporto**;

No artigo 217 da Constituição Federal que o desporto está esculpido como sendo direito inerente de cada um, cabendo ao Estado o fomento da prática desportiva, *in verbis*:

**Art. 217.** É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Nesse sentido, vê-se que o Estado está obrigado a fomentar as práticas desportivas, sem que nenhuma norma infra-constitucional possa derruir tal afirmação, uma vez que foi reconhecido que o desporto atua diretamente no desenvolvimento cultural e social dos brasileiros.

Por sua vez, o uso da expressão “práticas desportivas formais e não formais” contidas no caput do art. 217 da CF/88 desmistificou a ideia de que o desporto era sinônimo de espetáculo, afastando a antiga visão reducionista e desfocada, que não vislumbrava o caráter participativo, competitivo e educacional.

Nota-se ainda, no caput do art. 217 da CF/88, que o uso de expressões genéricas, sem aprofundamento de quais órgãos estatais fomentarão o desporto e qual a diferenciação entre prática desportiva formal e não-formal, fazendo-se necessária a edição de norma infra-constitucional para assegurar o direito desportivo atual.

O inciso I do art. 217 da Constituição Federal de 1988 prevê a autonomia necessária às entidades desportivas brasileiras para regularem normas de organização e funcionamento, promovendo o esporte em nível nacional, sem oferecer total independência ou soberania, como por exemplo, a Confederação Brasileira de Basketball (CBB) e o Comitê Olímpico Brasileiro (COB).

O inciso II do referido artigo prevê a priorização dos recursos públicos na promoção do desporto educacional que, sem dúvida, é investimento social. Deve-se atentar que os investimentos obedecem uma linha lógica: primeiramente, investimentos nas escolas e em treinamentos para crianças e adolescentes fornecendo a formação atlética e, posteriormente, mobilizar a livre iniciativa com incentivos fiscais para que se ofereça suporte aos profissionais. (LYRA, 1952, p. 119.)

Já o inciso III do art. 217 da CF/88 prescreve que a legislação desportiva deverá adotar tratamento diferenciado ao desporto profissional e do desporto não profissional, porém sem a precisa distinção, apesar do desporto profissional necessitar de tratamento e administração diversa do

não-profissional para adequar-se à sua realidade e especificidade, exigindo, portanto, uma legislação específica.

Quando à lide processual, a Constituição criou um Tribunal especializado para julgamento da matéria, cuja intervenção do Poder Judiciário só poderá ocorrer após esgotadas as instâncias da justiça desportiva.

Tal regramento constitucional coloca o desporto como atividade essencial à formação do cidadão e ao direito ao lazer, como forma de promoção social.

## 2.1 EVOLUÇÃO DO DESPORTO CONSTITUCIONAL E INFRA-CONSTITUCIONAL

Constituição de 1937 – “POLACA”	Trouxe os primeiros dispositivos legais sobre o esporte (Art. 131), que garantia a educação física como “apuração de raça”.
Decreto 3199 de 1941	Criou o Conselho Nacional de Desporto (CND) e o Sistema da Administração Desportiva com as Entidades de Administração Desportiva. Foi o CND que iniciou deliberações e produziu resoluções normativas sobre, por exemplo, o início do futebol feminino de salão, natação e a prática do desporto por mulheres.
Decreto nº 3.617 de 1941	Organizou a base do desporto universitário, criando a Confederação Brasileira de Desporto Universitário
Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1969	Tal emenda inseriu a palavra desporto no texto constitucional de vez, incluindo em seu artigo 8º, dentre as competências da União, “legislar sobre: normas gerais sobre desportos.” (alínea “q”).
Lei nº 5.939 de 1973	Estabeleceu benefícios de aposentadoria aos jogadores profissionais de futebol do então Instituto Nacional de

	Previdência Social – INPS.
Lei nº 6.251 de 1975	Normas gerais de disciplina do desporto em 52 artigos colocando sob a ação cautelar do Estado, conceituando em seu artigo 2º o desporto “como atividade predominantemente física, com finalidade competitiva”. Já se vislumbrava o viés de promoção prioritária do desporto educacional, no artigo 6º dessa lei que incumbia ao Ministério da Educação e Cultura atribuir prioridade ao desporto estudantil ao elaborar o Plano Nacional de Educação Física e Desportos.
Decreto nº 91.452 de 1985	Estabeleceu novos parâmetros ao Conselho Nacional de Desporto – CND, retirando-lhe o caráter autoritário e disciplinador, promovendo a desburocratização e descentralização do esporte brasileiro.
Constituição Federal de 1988	Incluiu o desporto no artigo 217, democratizando e estabelecendo meios de gestão e incentivo. Ítem 2 deste artigo.
Lei nº 8.672 de 1993 (Lei Zico)	Verifica-se que a mesma foi liberal, orientadora, descentralizadora, moralizadora, não restritiva, permitindo assim, a evolução do desporto no Brasil. Proporcionou a independência e o desenvolvimento do desporto brasileiro e de suas organizações respectivas. Estabeleceu características ao trabalho do jogador profissional, dando garantia jurídica (contratos) e prevendo porcentagens de lucros.
Lei nº 9.615 de 1988 (Lei Pelé)	A nova Lei do Desporto, conhecida como “Lei Pelé”, instituiu normas sobre o desporto brasileiro, apesar de ter normatizado o futebol com caráter obrigatório, sendo em muitos pontos prejudicial às outras modalidades

	<p>esportivas. Esta lei pouco modifica o Sistema Nacional do Desporto disposto na “Lei Zico” ao instituir como coordenadores e administradores de apoio e prática do desporto as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, como: o Comitê Olímpico Brasileiro (COB), o Comitê Paraolímpico Brasileiro, as entidades nacionais e regionais de administração do desporto, as ligas regionais e nacionais, e as entidades de prática desportiva filiadas ou não às anteriores. Prevê, também, a equiparação das associações desportivas às sociedades empresárias, para efeitos contábeis, tributários e previdenciários. Tais disposições complementam o artigo 217, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que confere autonomia à entidades desportivas que, junto com o Estado, através do Ministério do Esporte, fomentam as práticas desportivas.</p>
<p>Decreto nº 7.894 de 2013</p>	<p>Em cumprimento de sua função reguladora, o Decreto 7.984, de 2013, especificou o desporto educacional, agora também chamado de esporte-educação, e o dividiu em duas novas formas de exteriorização:</p> <p>a) <b>esporte educacional, ou esporte formação</b>, com atividades em estabelecimentos escolares e não escolares, referenciado em princípios socioeducativos como inclusão, participação, cooperação, promoção à saúde, co-educação e responsabilidade; e</p> <p>b) <b>esporte escolar</b>, praticado pelos estudantes com talento esportivo no ambiente escolar, visando à formação cidadã, referenciado nos princípios do desenvolvimento esportivo e do desenvolvimento do espírito esportivo, podendo contribuir para ampliar as potencialidades para a prática do esporte de rendimento</p>



	<p>e promoção da saúde.</p> <p>Para colocar um fim nas dúvidas sobre qual manifestação desportiva comportaria os jogos escolares, educacional ou rendimento, o decreto destacou que o esporte escolar pode ser observado também em competições, além de eventos, programas de formação, treinamento, complementação educacional, integração cívica e cidadã.</p> <p>Por fim, o Decreto 7.984, de 2013, especificou quais entidades podem realizar o desporto escolar, sendo a Confederação Brasileira de Desporto Escolar – CBDE, Confederação Brasileira de Desporto Universitário – CBDU e entidades vinculadas, além de Instituições públicas ou privadas que desenvolvem programas educacionais e Instituições de educação de qualquer nível.</p> <p>Identifica-se no esporte educacional características semelhantes as dos programas de treinamento e formação educacional realizados com as categorias de base das entidades de prática desportiva formadoras. Entretanto, a hiperselctividade e a hipercompetitividade inerentes a estes programas os inserem no desporto de rendimento.</p>
--	--

### **3. O DESPORTO EDUCACIONAL NO ÂMBITO ESCOLAR**

No ambiente escolar, o esporte pode se organizar de diversas maneiras e apresentar diferentes objetivos para a sua prática.

É na escola que se estabelece uma relação diferente com o esporte, pois ele é pedagogizado e tratado metodologicamente para que o aluno possa aprendê-lo e vivenciá-lo.

Nesse sentido, aceito como fenômeno social, o esporte precisa ser questionado em suas normas, suas condições de adaptação à realidade social e cultural que o pratica, cria e recria (Coletivo de Autores, 1992, p.71).

O componente curricular da educação física tem o movimento como meio para atingir seu objetivo educacional dentro do contexto escolar, manifestando-se através do jogo, do esporte, da dança, da luta ou da ginástica, remetendo-se ao esporte alguns objetivos educacionais transversais, como a saúde, a moral e o valor educativo.

Com isso, não raras vezes, como o esporte acontece na escola como qualquer em outro lugar, acaba sendo confundido com a educação física como se fossem a mesma coisa, caracterizando-se como um prolongamento da instituição esportiva, desconsiderando as diferenças que existem, como o fator educacional presente em um e a performance no outro.

Dessa forma, o aluno é tido como atleta e o professor como treinador, desconsiderando o verdadeiro conceito de professor de educação física escolar.

O esporte deve assumir outras características mais adequadas, tratando-o pedagogicamente, pois este inadequadamente é tratado no ambiente escolar, onde nas aulas os alunos têm que reproduzir as técnicas e os gestos esportivos procurando atingir um rendimento máximo, o qual acaba sendo o objetivo do professor. Assim como o brincar e o jogar na escola não é exatamente igual ao brincar e ao jogar em outras ocasiões, o esporte também se diferencia na escola das demais finalidades ao fazer parte de um currículo, sendo necessário, resgatar os valores que privilegiem o coletivo sobre o individual, defenda o compromisso da solidariedade e respeito humano.

Desse modo, sendo a educação física um espaço para novas experiências motoras, o esporte é utilizado como meio para a vivência dessas experiências. Para muitos educadores, a inclusão da Educação

Física nos currículos escolares se dá pelo fato de seus conteúdos, em principal o esporte, terem grande contribuição na socialização dos alunos. Como esta prática social vem sendo valorizada pela sociedade, ela passa a ser apropriada, incorporada pela escola como um conhecimento a ser transmitido. (MORENO; MACHADO, 2006, p.133).

Consoante a Lei de Diretrizes da Educação, em seu artigo 27, os conteúdos curriculares no âmbito escolar deve ser a promoção do desporto educacional:

**Art. 27.** Os conteúdos curriculares da educação básica observarão, ainda, as seguintes diretrizes:

I - a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática;

II - consideração das condições de escolaridade dos alunos em cada estabelecimento;

III - orientação para o trabalho;

**IV - promoção do desporto educacional e apoio às práticas desportivas não-formais.**

Nesse contexto, o papel do professor de educação física é peça fundamental para a formação do aluno na área esportiva, sendo indispensável a presença desse profissional no contexto escolar, valorizando o esporte e promovendo o desenvolvimento do aluno.

#### **4. O DESPORTO NAS ESCOLAS DE PALMAS (TO)**

O desporto é um direito constitucional de toda a população, devendo ser assegurado nas instituições de ensino, por meio de inserção do desporto nos componentes curriculares dos projetos pedagógicos escolares.

O Decreto 7.894/2013 regulamenta o desporto educacional, destacando pontos importantes no ambiente escolar, como exemplo, a divisão do desporto educacional em esporte educacional e esporte escolar.

No intuito de obter dados do cumprimento desta regulação nas escolas situadas em Palmas (TO).

A pesquisa realizada nas escolas administradas pela Prefeitura Municipal de Palmas, bem como das escolas do Governo do Estado do Tocantins, administradas pela Secretaria Estadual de Educação, Juventude e Esportes, consistiu no levantamento de informações quanto à estrutura física e humana disponível para que o componente curricular voltado ao desporto atenda as determinações legais, notadamente a Constituição Federal e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

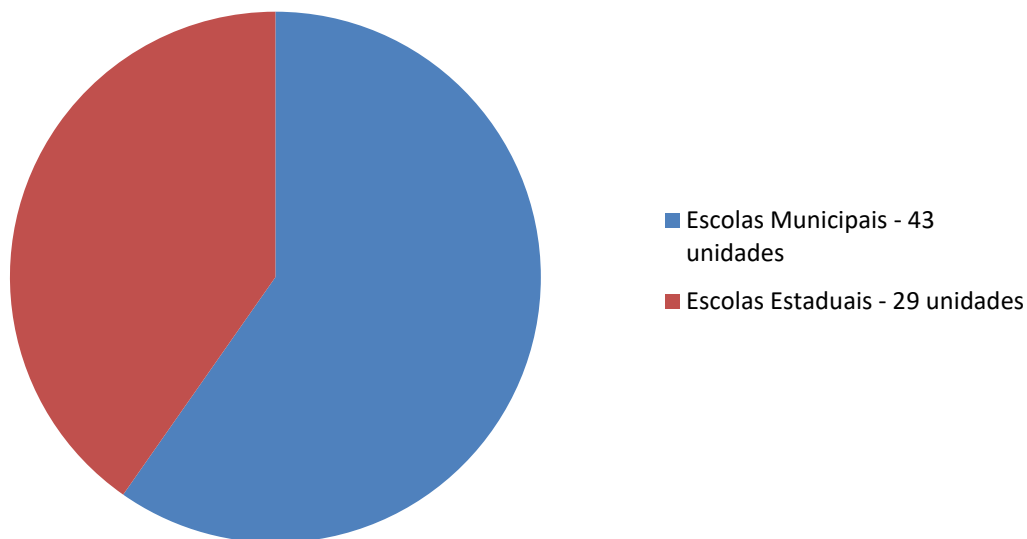
Propriamente, foram levantadas informações sobre quantidade de unidades escolares, quais escolas municipais e estaduais possuem quadra esportivas (cobertas ou não), de modo a verificar a existência de estrutura adequada para receber modalidades esportivas para atender os alunos matriculados.

Também foram coletadas informações sobre a quantidade de professores de educação física por unidade escolar, por considerar que o professor de educação física é o profissional capacitado a oferecer aulas de diversas modalidades específicas, incentivando e promovendo o desporto educacional.

Logo após analisa-se o cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais por parte da Administração Pública, que é obrigada a oferecer o desporto no âmbito escolar como ferramenta de inclusão social e promoção de saúde, lazer e aprendizado. Por fim, realiza-se um comparativo entre as unidades escolares administradas pela Prefeitura de Palmas e pelo Governo do Estado do Tocantins, demonstrando a eficácia de aplicabilidade das normas desportivas.

Dos dados obtidos, por meio das secretarias de educação, tem-se a seguinte quantidade de escolas municipais e estaduais em Palmas (TO):

## Unidades Escolares

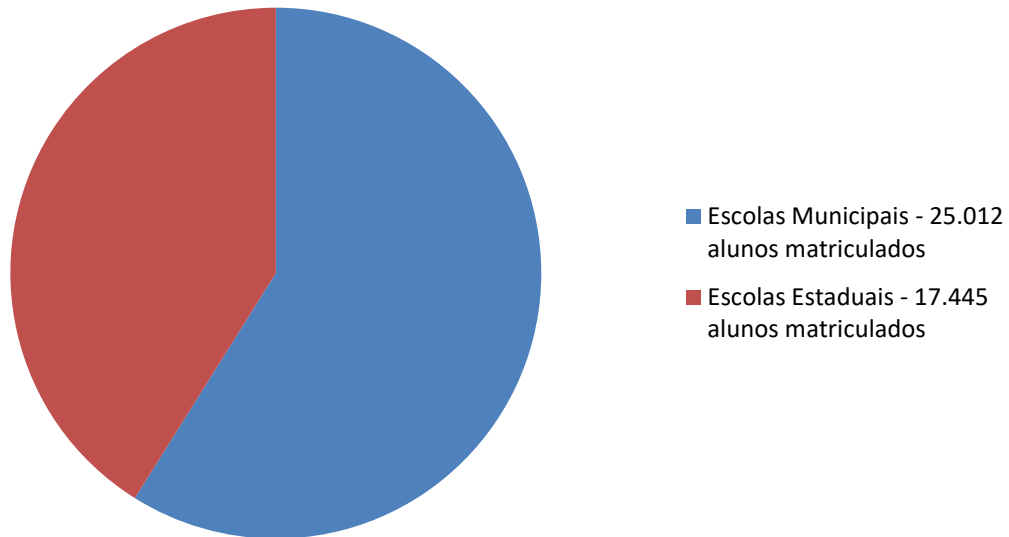


Assim, em Palmas, segundo informações fornecidas pelos respectivos órgãos de controle, são 43 unidades escolares de ensino fundamental administradas pela Prefeitura de Palmas.

No Estado, são 29 escolas localizadas em Palmas (TO), que atende crianças e jovens do ensino fundamental e médio.

Esses estabelecimentos de ensino possuem a seguinte quantidade de alunos:

## Número de Alunos



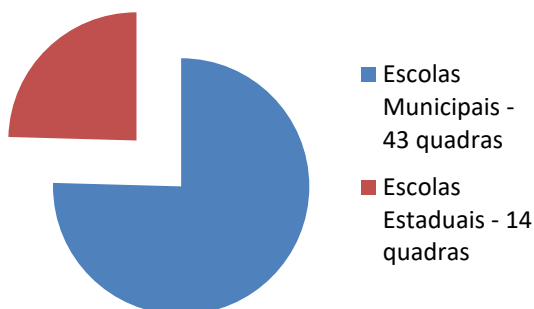
Percebe-se, pois, que, nas escolas administradas pela Prefeitura de Palmas são 25.012 alunos matriculados até setembro de 2017, enquanto nas escolas administradas pelo Estado são 17.445 alunos matriculados até setembro de 2017, demonstrando que o número expressivo de alunos demonstra a necessidade de organização das escolas, no caso, do desporto, visando atender todos os alunos matriculados.

Além das demais atividades, é certo que, para esse quantitativo de discentes, necessita-se da elaboração pedagógica de escolinhas para treinamentos, visando incentivar o esporte e cumprir com sua obrigação constitucional e infra-constitucional, apesar da pesquisa não ter abordado a atual situação da estrutura da escola para atender os alunos em questão de material esportivo, sendo esta, uma pesquisa extremamente minuciosa e burocrática.

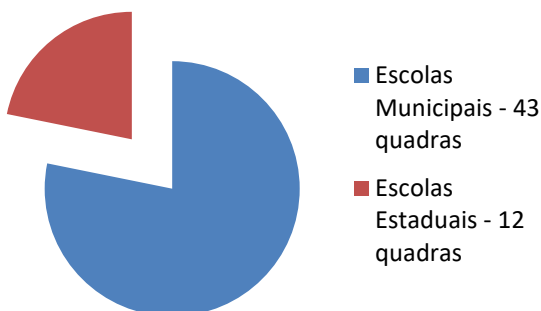
No que concerne ao espaço físico disponível para a prática desportiva nas escolas, obteve-se os seguintes dados quanto ao número existente de quadras esportivas:



### Quantidade de Quadras Esportivas



### Quantidade de Quadras Esportivas Cobertas



Analisando os gráficos, observa-se que as escolas municipais possuem mais quadras esportivas que as escolas estaduais, demonstrando que o município possui uma tendência maior para recepção e incentivo ao desporto nas unidades escolas.

Uma quadra de esporte na escola é de suma importância, tendo em vista que o desporto necessita de uma estrutura mínima para sua realização, além disso, o professor de educação física consegue demonstrar melhor as particularidades de cada modalidade em uma quadra que contemple tais finalidades.

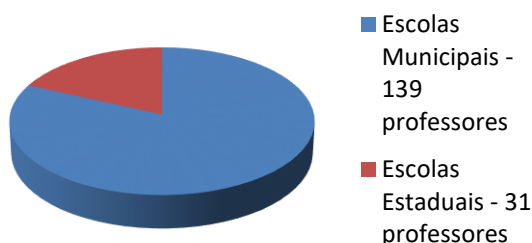
Tão importante quanto ter uma quadra esportiva na escola é que ela seja coberta, oferecendo condições mínimas para crianças e jovens que usufruem do espaço físico, devido as condições climáticas e a necessidade de proteção.

As escolas municipais possuem todas as 43 quadras esportivas cobertas, oferecendo as condições mínimas necessárias ao incentivo do desporto, enquanto as escolas estaduais possuem 12 das 14 quadras esportivas com cobertura.

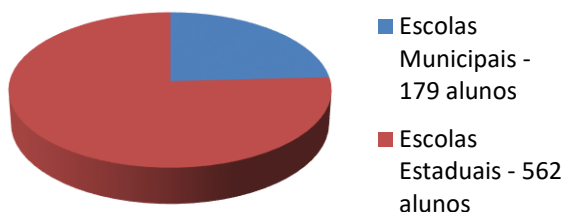
Dessa forma, necessita-se de um maior investimento por parte do Estado na construção de novas quadras esportivas cobertas, e também realizar obras de cobertura nas quadras existentes, em razão até das altas temperaturas no Estado do Tocantins e em Palmas/TO.

Pertinente à quantidade e média de professores de educação física por alunos matriculados em Palmas (TO), foram obtidos os seguintes dados:

## Professores de Educação Física



## Quantidade de alunos para cada 1 professor de educação física



Da análise das informações, verificou-se que nas escolas municipais a quantidade de professores de educação física é superior às escolas estaduais, sendo 139 professores no município e 31 no Estado, demonstrando necessidade de contratação de mais profissionais pelo Estado, a fim de proporcionar melhor aprendizado e desenvolvimento esportivo nas escolas.

Tão importante quanto a contratação de novos profissionais é a correta distribuição destes para as unidades escolares, respeitando a quantidade de alunos em cada escola, oferecendo mais qualidade do que quantidade nas aulas voltadas às práticas desportivas.

O planejamento individual de cada professor se faz necessário para atender as diversas modalidades que a unidade escolar pode oferecer, nesse sentido, pode-se dividir os diversos profissionais pelas diferentes modalidades esportivas, afim de proporcionar ampla escolha para crianças e adolescentes ao esporte.

Com a quantidade de profissionais em educação física atualmente contratados, as escolas municipais têm uma relação de 179 alunos para cada professor de educação física.

Por sua vez, nas escolas estaduais, a relação é de 562 alunos para cada professor de educação física.

Vê-se que cada professor que trabalha nas escolas estaduais atende 3,14 vezes mais alunos, quando comparados a atuação da rede municipal de ensino, cujos espaços disponíveis não são dotados de estrutura física adequada ao clima de Palmas/TO.

Tal constatação permite afirmar a necessidade do Estado do Tocantins atentar-se à tal situação, que pode vir a prejudicar os mais diversos alunos matriculados que não conseguem ter aulas de educação física e/ou escolinhas da modalidade esportiva de seu interesse, com a qualidade prevista nos normativos educacionais.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O desporto consiste em importante ferramenta de inclusão social, nascendo nas relações dos indivíduos e evoluindo juntamente com a sociedade, disseminando inúmeros eventos que ultrapassaram fronteiras, unindo nações e culturas.

No Brasil, o direito desportivo organizou-se estruturalmente a partir da previsão constitucional do desporto como direito social previsto na Constituição Federal de 1988, tendo sido regulamentado, principalmente pela Lei 9.615 de 1998 (Lei Pelé) e o Decreto 7.894/2013 (Desporto Educacional), no qual o legislador foca nas dimensões do direito desportivo

como direito social dos cidadãos através das práticas formais e não formais que o Estado deve proporcionar.

O dever do Estado de garantir o desporto ocorre de várias formas, sendo uma delas através das escolas, incentivando crianças e jovens à prática esportiva, devendo providenciar toda a estrutura necessária para atender a demanda educacional, bem como o incentivo de professores de educação física para conduzir essas práticas, uma vez que tais profissionais são um elo importante entre o esporte e o cidadão.

Esta função de incentivo é fundamental e deve ser feita de forma articulada, para que o fenômeno sociocultural que ela represente ganhe perspectiva, e assim garantindo a todos à prática esportiva, como exercício da cidadania e do bom convívio social.

A cidade de Palmas/TO possui, segundo informações fornecidas pelas secretarias de educação, 43 unidades escolares de ensino fundamental administradas pela Prefeitura de Palmas e 29 escolas estaduais, com respectivamente, 25.012 alunos e 17.445 alunos matriculados até setembro de 2017.

Tal contingente de alunos é atendido, quanto ao direito ao desporto educacional, por 139 professores no município e 31 no Estado, demonstrando necessidade de contratação de mais profissionais pelo Estado, a fim de proporcionar melhor aprendizado e desenvolvimento esportivo nas escolas.

A quantidade de alunos por professores de educação física é um dado importante para o poder público avaliar se o direito constitucional encontra-se garantido nas unidades de ensino públicas, bem como os demais objetivos sociais a serem alcançados com a prática desportiva, sendo em vista que o professor de educação física é um transmissor de conhecimentos na área esportiva e capaz de incentivar o aluno a uma vida saudável e ao bom convívio social, tendo em vista a disciplina que o esporte transmite a crianças e adolescentes.

Nas escolas localizadas na cidade de Palmas (TO), os dados fornecidos pelos órgãos que administram as escolas, revelam uma necessidade de melhorias e adaptação na estrutura, tanto física quanto pessoal, para conseguir atender a demanda de alunos matriculados nas mais diversas modalidades que cada escola possa oferecer, principalmente nas escolas da rede estadual.

Por fim, a qualidade da prática desportiva deve ser prioridade nas escolas, com objetivo de proporcionar aos alunos organização e compromisso com o esporte, contribuindo com a formação do cidadão e com os princípios socioeducativos como a inclusão, participação, cooperação, promoção à saúde, responsabilidade e dignidade, afinal, o esporte é comprovadamente o maior meio de inclusão social do mundo.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao)> Acesso em 18 de setembro de 2017.

BRASIL. **Lei 9.615**, de 24 de março de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9615consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9615consol.htm)> Acesso em 18 de setembro de 2017.

BRASIL. **DECRETO 7.984**, de 8 de abril de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D7894.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D7894.htm)> Acesso em 19 de setembro de 2017.

BRASIL. **Lei 13.005**, de 25 de junho de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm)> Acesso em 2 de outubro de 2017.



BRASIL. **Lei 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)> Acesso em 5 de outubro de 2017.

DE SOUZA, Gustavo Lopes Pires. **MANUAL DE DIREITO DESPORTIVO**. Disponível em: <<http://www.sateducacional.com.br/admin/cursos/uploads/demonstracao2final.pdf>> Acesso em 2 de outubro de 2017.

FILHO, Álvaro Melo. **Desporto na Nova Constituição**. 1ª ed. Porto Alegre, S.A. Fabris. 1990.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Martinho Neves. **O Direito no Desporto**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MANHÃES, E. D. **Políticas de esportes no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p.11.

SOEIRO, Renato Souza Pinto, TUBINO, Manoel José Gomes. “**A contribuição da escola de educação física do exército para o esporte nacional: 1933 a 2000**”. *Fitness & Performance Journal*, v.2, n.6, p.336-340, 2003.

SILVA, D. A. S. **Evolução histórica da legislação esportiva brasileira: do Estado Novo ao Século XXI**. *Revista Brasileira de Educação Física, Esporte, Lazer e Dança*, Rio Claro, SP v. 3, n. 3, p. 69-78, set. 2008.

TUBINO, Manoel. **O esporte no Brasil**. São Paulo: Ibrasa, 1996.

## A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO PODER PÚBLICO PELO INADIMPLEMENTO DE ENCARGOS TRABALHISTAS NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA.

**ALOYZIO ALVES DA COSTA NETO:**  
Graduado em direito pelo Centro Universitário de Belo Horizonte - UNI/BH -, pós-graduado em Direito Previdenciário e em Direito Ambiental pela Universidade Estácio de Sá, Membro da Advocacia-Geral da União.

**RESUMO:** Confirmando o posicionamento do legislador quando da edição do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Constitucionalidade nº16, divergiu do entendimento esposado na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e decidiu que a responsabilização subsidiária do Poder Público pelo inadimplemento de encargos trabalhistas, advindos de contratos firmados com prestadores de serviço terceirizados, não poderia ser automática. Entendeu-se que a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público somente será possível quando comprovada a inexistência de fiscalização do contrato. Restou claro que não existe presunção ou atribuição automática de culpa à Administração Pública. Assim, somente se devidamente comprovada a culpa “*in vigilando*” atribuída ao Poder Público, em virtude de ineficiência na fiscalização do seu contratado, é que se poderá atribuir-lhe responsabilidade em caráter subsidiário quanto ao pagamento dos encargos trabalhistas não adimplidos pelo prestador de serviço. Em recente julgamento, a Suprema Corte deliberou novamente sobre a questão e entendeu que o ônus probatório da caracterização da tal culpa “*in vigilando*” administrativa deve recair eminentemente sobre o empregado, reclamante. Deve este comprovar, com elementos concretos de prova, que houve efetiva falha do Poder Público na fiscalização do contrato e que tal falta teve o condão de lhe gerar dano.

**Palavras Chaves:** Direito Trabalhista. Parágrafo primeiro do art. 71 da Lei 8.666/93. Inexistência de responsabilidade subsidiária automática ao ente público para pagamento dos encargos trabalhistas nos contratos de

fornecimento de mão de obra terceirizada. Inexistência de presunção de culpa. ADC 16 STF. Sumula 331 do TST. Ônus da prova.

---

## 1 – INTRODUÇÃO

Este estudo tem o intuito de corroborar a acertada decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº16, proposta pelo Governo do Distrito Federal que, por sua vez, confirmou o que fora editado pelo legislador no artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93, afastando o entendimento que vinha sendo objeto da Súmula 331, inciso IV, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que imputava automaticamente responsabilidade subsidiária ao Poder Público em virtude de inadimplemento das obrigações trabalhistas da pessoa jurídica contratada para fornecimento de mão de obra.

Extrai-se do texto do parágrafo primeiro, do art. 71 da Lei 6.999/93 que:

*Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.*

*§ 1o A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.*

Equivocadamente, o Tribunal Superior do Trabalho entendia que a interpretação do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 poderia atribuir à Administração Pública, automaticamente, a responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas não pagas pelo contratado quando o Poder Público, figurando como tomador de serviços, terceirizava alguns serviços de sua atividade meio, normalmente fornecimento de mão de obra.

Por conta das reiteradas e equivocadas decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho em todo o país que oneravam, e muito, os cofres públicos, indevidamente amparadas pela aplicação da respectiva súmula, outra saída não viu o Poder Público que não chamar a Suprema Corte a se pronunciar sobre o assunto, visto que confrontavam diretamente com os preceitos da legislação federal em vigor.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento em sessão plenária de 24.11.2010 da ADC nº16, com voto da relatoria do Ministro César Peluso, entendeu, por maioria, vencido o Ministro Ayres Brito, ser constitucional o disposto no texto do artigo 71, parágrafo primeiro da Lei 8.666/93 e reiterou a inexistência de responsabilidade subsidiária automática a ser atribuída ao Poder Público em face do inadimplemento, pelo contratado, dos encargos trabalhistas de seus empregados.

*(...) É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.*

*STF. Plenário. ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 24/11/2010.*

Desse modo, em virtude da decisão proferida pela Suprema Corte na mencionada ADC, o Tribunal Superior do Trabalho reviu sua jurisprudência que tratava do tema e criou, na própria Súmula 331, o inciso V que passou a tratar da responsabilidade do Poder Público, como contratante/tomador de serviços, nas obrigações próprias do contrato de trabalho firmado entre a empresa contratada e o trabalhador.

A reedição da respectiva súmula, incluindo o inciso V ao seu texto original, trouxe novo entendimento em relação a responsabilidade subsidiária atribuída ao Poder Público em relação aos pagamentos dos encargos trabalhistas nos contratos de fornecimento de mão de obra terceirizada, devendo somente ser configurada responsabilidade caso seja evidenciada a conduta culposa da Administração em virtude da caracterização da denominada culpa “*in vigilando*”, ou seja, caso a administração venha a falhar na atividade de fiscalizar o seu contratado,

observando a regularidade no cumprimento das obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais.

*V — Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.*

Claro é que, para o TST, a Administração tem o dever de fiscalizar se o seu prestador de serviço está, de fato, cumprindo suas obrigações legais, em especial com seus empregados que, via de regra, prestam serviço diretamente para a contratante. Tal conclusão revela o caráter protetivo da justiça laboral. Assim, caso tenha havido efetiva fiscalização não haveria de se falar em responsabilidade do Poder Público em caso de inadimplemento de verbas trabalhistas. Caso contrário, o Poder Público deve responder, em caráter subsidiário, pela dívidas da empresa contratada, em virtude da mencionada culpa “*in vigilando*”.

## **2 – DESENVOLVIMENTO**

Diante do entendimento acima esposado, a jurisprudência oriunda dos tribunais superiores construiu a tese de que nos casos de terceirização de mão de obra lícita, com efetiva fiscalização do contratado, não há responsabilidade, seja ela solidária ou subsidiária a ser aplicada à Administração Pública em função do inadimplemento de verbas trabalhistas dos empregados terceirizados. Porém, excepcionalmente, o Poder Público poderá vir a ser condenado subsidiariamente no pagamento das verbas devidas pelo empregador contratado, quando constatado, no caso concreto, o descumprimento concernente ao dever de fiscalização/vigilância. Nesses casos, conquanto o contratante seja ente público, inexistente óbice a sua responsabilização subsidiária.



Assim, de acordo com a tese construída pela jurisprudência, a responsabilidade do tomador de serviços, ora Administração Pública, depende da análise das circunstâncias do caso concreto, aferindo-se expressa e efetivamente a sua culpa na fiscalização das obrigações decorrentes do contrato de prestação de serviços para lhe ser imputada responsabilidade no pagamento das verbas trabalhistas não adimplidas. Relevante ressaltar que a responsabilidade subsidiária abrange todas as obrigações de pagar que forem objeto do contrato de prestação de serviço. O tomador não responde, porém, pelo cumprimento de obrigação de fazer, de natureza personalíssima, somente oponível ao prestador de serviço.

O que se vê acontecer diuturnamente no âmbito da justiça do trabalho, em especial quando a questão posta em juízo envolve terceirização de mão de obra, tendo como tomado de serviço o Poder Público, é a constante condenação da Administração em caso de inadimplemento da empresa contratada.

Isso se dá porque a justiça especializada construiu a tese de que a culpa da Administração nesse caso é presumida, ou seja, a distribuição do ônus da prova é direcionada para o tomador do serviço (Poder Público), que deve provar a efetiva fiscalização do contrato. Ao trabalhador, mesmo figurando como reclamante na ação trabalhista, não há, ou pelo menos não havia, o dever de se desincumbir de tal ônus, ao franco arrepio da regra posta no art. 373, inciso I, do Novo CPC e artigos 818 e 852-D da CLT, que determinam que o juiz considere ônus do(a) reclamante a produção de provas de fatos constitutivos de seu direito.

Obviamente, em virtude das constantes condenações da fazenda na justiça especializada, o caso chegou novamente ao Supremo Tribunal Federal, RE 760931/DF, tendo a União interposto o Extraordinário, que foi julgado em 24 de abril de 2017, pelo Plenário da Suprema Corte.

Na ocasião foi firmada a seguinte tese:

*O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu*



*pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.*

*STF. Plenário. RE 760931/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgado em 26/4/2017 (repercussão geral) (Info 862).*

Em que pese a tese acima fixada já ter sido pronunciada em julgamento anterior (ADC 16), o que nos revela interessante e digno de nota é o teor dos debates que ocorreram durante o julgamento, em especial sobre a questão envolvendo o ônus da prova da mencionada culpa “*in vigilando*”.

Para tanto, citamos textualmente parte do resumo do julgamento veiculado no Informativo de Jurisprudência de nº 862 do STF, que revela ser possível, em caráter excepcional, que o Poder Público responda pelas obrigações trabalhistas contraídas pela empresa contratada, desde que o ex-empregado, figurando como reclamante na ação trabalhista, comprove, por meio de elementos concretos de prova, que a falha efetiva da Administração na fiscalização do contrato lhe causou prejuízos/danos.

Vejamos o seguinte trecho do resumo do julgamento:

***“Responsabilidade subsidiária da Administração e encargos trabalhistas não adimplidos - 5***

*O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.*

*Com esse entendimento, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, conheceu em parte e, na parte conhecida, deu provimento a recurso extraordinário em que discutida a responsabilidade subsidiária da Administração*

*Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. Na origem, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) manteve a responsabilidade subsidiária de entidade da Administração Pública tomadora de serviços terceirizados pelo pagamento de verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa contratante. Isso ocorreu em razão da existência de culpa “in vigilando” do órgão público, caracterizada pela falta de acompanhamento e fiscalização da execução de contrato de prestação de serviços, em conformidade com a nova redação dos itens IV e V do Enunciado 331 da Súmula do TST. A recorrente alegava, em suma, que o acórdão recorrido, ao condenar subsidiariamente o ente público, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF), teria desobedecido ao conteúdo da decisão proferida no julgamento da ADC 16/DF (DJE de 9.9.2011) e, conseqüentemente, ao disposto no art. 102, § 2º, da CF. Afirmava que o acórdão recorrido teria declarado a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, embora a norma tenha sido declarada constitucional no julgamento da ADC 16/DF. Sustentava violação dos arts. 5º, II, e 37, “caput”, da CF, por ter o TST inserido no item IV do Enunciado 331 da sua Súmula obrigação frontalmente contrária ao previsto no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações. Defendia, por fim, que a culpa “in vigilando” deveria ser provada pela parte interessada, e não ser presumida — v. Informativos [852](#), [853](#), [854](#) e [859](#). Prevaleceu o voto do ministro Luiz Fux, que foi acompanhado pelos ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia (Presidente) e Alexandre de Moraes. **A Corte entendeu que uma interpretação conforme do art. 71 da Lei 8.666/1993, com o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, infirma a decisão tomada no julgamento da ADC 16/DF (DJE de 9.9.2011),***

*nulificando, por conseguinte, a coisa julgada formada sobre a declaração de constitucionalidade do dispositivo legal. Observou que, com o advento da Lei 9.032/1995, o legislador buscou excluir a responsabilidade subsidiária da Administração, exatamente para evitar o descumprimento do disposto no art. 71 da Lei 8.666/1993, declarado constitucional pela Corte. Anotou que a imputação da culpa “in vigilando” ou “in elegendo” à Administração Pública, por suposta deficiência na fiscalização da fiel observância das normas trabalhistas pela empresa contratada, somente pode acontecer nos casos em que se tenha a efetiva comprovação da ausência de fiscalização. Nesse ponto, asseverou que a alegada ausência de comprovação em juízo da efetiva fiscalização do contrato não substitui a necessidade de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido.* Ao final, pontuou que a Lei 9.032/1995 (art. 4º), que alterou o disposto no § 2º do art. 71 da Lei 8.666/1993, restringiu a solidariedade entre contratante e contratado apenas quanto aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/1991. Vencida a ministra Rosa Weber (relatora), acompanhada pelos ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. Concluía: a) pela impossibilidade de transferência automática para a Administração Pública da responsabilidade subsidiária pelo descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada; b) pela viabilidade de responsabilização do ente público, em caso de culpa comprovada em fiscalizar o cumprimento dessas obrigações; e c) pela competência da Administração Pública em comprovar ter fiscalizado adequadamente o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado.

**RE 760931/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 26.4.2017.** ” (Grifamos)

Ao analisar o teor das conclusões sobre o julgamento, constata-se que o Plenário do STF, realizando a interpretação conforme do artigo 71 da lei 8.666/93, entendeu ser inválida a interpretação que vem sendo realizada na esfera trabalhista, que cria a culpa presumida do Poder Público, atribuindo-lhe, por óbvio, o ônus probatório da desconstituição da presunção.

Desse modo, é possível extrair a ideia de que só haverá de ser imputada responsabilidade para a Administração Pública nos contratos envolvendo terceirização de mão de obra, quando demonstrada a falha na fiscalização do contrato, não sendo possível a permanência de presunções no trato da questão.

E mais, em observância ao artigo 373, I do CPC, o ônus da prova da ausência de efetiva fiscalização deve recair sobre o reclamante, polo ativo da ação judicial, que deve apontar diretamente o nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano experimentado.

Melhor dizendo, ao reclamante cabe demonstrar, por meio de elementos concretos de prova, que a ausência de efetiva fiscalização do contrato de mão de obra terceirizada teve a potencialidade de lhe causar prejuízos/danos, apontando o nexo de causalidade entre a conduta faltosa e o dano experimentado. Caso reste concretamente demonstrada tal ligação, haverá campo para atribuir responsabilidade, em caráter subsidiário, ao ente público tomador de serviço.

Espera-se que após o enfrentamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando categoricamente a tese aplicável nos casos envolvendo terceirização de mão de obra, em que figura o Poder Público como tomador de serviço, em especial quanto a distribuição da carga do ônus da prova na questão da configuração da culpa “*in vigilando*”, a justiça do trabalho reveja seu posicionamento atual para que impute ao reclamante o ônus de demonstrar concretamente que a desídia do ente público, ao fiscalizar os deveres legais do seu prestador de serviço,

causou-lhe prejuízos/danos, tendo o ônus de produzir prova direta do nexo de causalidade.

### **3 - CONCLUSÃO**

O presente estudo demonstrou que apenas excepcionalmente poderá ser atribuída ao Poder Público responsabilidade subsidiária em virtude de descumprimento de obrigações trabalhistas decorrentes dos contratos de fornecimento de mão de obra terceirizada.

Para a referida responsabilização, necessário se faz a efetiva comprovação da ausência de fiscalização por parte do ente público quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais do contratado. Sendo que a atribuição de responsabilidade subsidiária jamais poderá ser automática, tampouco presumida.

Após a explanação da evolução jurisprudencial sobre a questão, em especial a da justiça especializada, no que se refere ao ônus da prova da falha do poder público na fiscalização dos contratos, adentrou-se no mérito do julgamento do RE 760931/DF, de 26/04/2017, que deixou assentado o entendimento da Suprema Corte sobre a questão, revelando ser do ex-empregado, reclamante, o dever de comprovar em juízo, com elementos concretos de prova, que a conduta faltosa da Administração veio a lhe causar dano, apontando taxativamente o nexo de causalidade para que haja campo viável para eventual condenação subsidiária do Poder Público.

Pelo exposto, concluímos que não basta afirmar que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas do prestador de serviços conduzirá à responsabilização secundária da entidade estatal tomadora. Limitar-se a utilizar argumentos genéricos para requerer a aplicação da responsabilidade subsidiária, não apontando diretamente o nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano ou sequer demonstrar fatos específicos do caso concreto que ensejem a existência da culpa “*in vigilando*”, equivale a latente violação à disposição de Lei Federal, afronta direta e literal à Constituição da República, bem como



inobservância da recente decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, matéria julgada observando o filtro da repercussão geral.

#### 4 – REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12ª Ed. São Paulo: Atlas 2000.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil, volume 3. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.
- SOUTO, Rafael Tonassi; SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho Concursos Públicos. 19ª ed, atual, ampl.: Editora Jus Podivm, 2017.
- BRASIL. Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm). Acesso em: 21 de outubro de 2017
- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Acesso em 21 de outubro de 2017.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 21 de outubro de 2017.
- TST. Jurisprudência. Disponível em <http://www.tst.jus.br>. Acesso em 23 de outubro de 2017.
- STF. Jurisprudência. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 23 de outubro de 2017.



## A ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA ANALISADA À LUZ DA INDÚSTRIA TÊXTIL

**ANDREA CERQUEIRA RUSSO:**

**RESUMO:** Grande parte da população acredita que, a partir da edição da Lei Áurea, o trabalho escravo fora extirpado da realidade brasileira, não deixando vestígios na sociedade moderna, o que é uma grande falácia. O presente trabalho pretende desnudar essa crença e demonstrar que atualmente ainda existe a prática do trabalho escravo, com a imposição de jornadas exaustivas e labor degradante, dando a devida ênfase ao setor têxtil urbano. Também será abordada a origem do trabalho escravo, bem como sua conceituação, apresentando casos mais recentes que possam exemplificá-lo.

**Palavras-chaves:** Trabalho escravo contemporâneo. Trabalho análogo à condição de escravo. Setor têxtil urbano.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO DA ESCRAVIDÃO. 1.1 Origem. 1.2 Escravidão no Brasil. 1.3 A Escravidão Moderna. 2 A ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA. 2.1 Conceito Jurídico de Escravidão. 2.2 As Dificuldades de Conceituação dos Termos Referentes ao Trabalho Escravo. 2.3 A Escravidão no Setor Têxtil. 2.4 Casos de Trabalho Forçado na Indústria Têxtil. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

---

### INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará a temática trabalho escravo com enfoque ao âmbito urbano têxtil, demonstrando sua ocorrência na atualidade e enfatizando a necessidade de fiscalização e autuação para que se possa erradicar, de forma definitiva, essa prática que persiste nos dias atuais.

O labor, forma de sustento próprio e familiar, é fundamental na vida das pessoas, porém, regras devem ser cumpridas para que o trabalho seja realizado de forma gratificante e justa para os trabalhadores.

De início, será abordada a origem do trabalho escravo, relatando o seu surgimento, bem como sua posterior adoção no Brasil. Após esse tratamento, faz-se necessário demonstrar a incidência dessa prática na modernidade, afastando a fantasia de que a exploração da pessoa humana fora erradicada com a assinatura da Lei Áurea, demonstrando, porém, as diferenças e as novas formas de escravidão contemporânea.

O modo de produção capitalista enraizou em muitas empresas a cultura do alcance do lucro e do sucesso a qualquer custo. Assim, empregadores, em busca de mão-de-obra barata e com o intuito de produzir cada vez mais com o menor custo possível, passaram a negligenciar a saúde, a segurança e a dignidade do trabalhador em prol da ascensão econômica.

A abordagem da conceituação do trabalho escravo é de extrema importância devido à dificuldade que doutrinadores e aplicadores do direito enxergam em relação ao tema. Fora abordado, especificamente, o trabalho análogo à condição de escravo exercido no setor têxtil, citando recorrentes casos na área urbana, enfatizando a necessidade de fiscalização e aplicação das penalidades cabíveis como iniciativas fundamentais para sua erradicação.

O princípio caracterizador do trabalho escravo é o da dignidade da pessoa humana, o qual está presente na origem dos direitos materialmente fundamentais, sendo expressamente tutelado pela Carta Magna brasileira.

Na Constituição Federal, a dignidade constitui um princípio norteador da atuação de toda a sociedade e serve de base e fundamento a para aplicação das leis em qualquer que seja o ramo do direito. Estabelecida no art. 1º, inciso III da Carta Magna, a dignidade da pessoa humana integra o rol dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Quanto à aplicação da lei penal, o art. 149 tipifica a redução à condição análoga a de escravo, que criminaliza atos que submetem a pessoa humana a trabalhos forçados ou a jornadas exaustivas sob condições degradantes ou tolhendo a liberdade do trabalhador.

No ramo trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho estabelece em seu Capítulo II aspectos sobre a jornada de trabalho que auxiliam na fundamentação dos conceitos utilizados no citado crime.

Outrossim, ressalta-se que, para melhor explanação do tema em análise, o método utilizado nesta pesquisa foi a técnica documental proveniente de fonte primária, como legislação; e fontes secundárias, como livros, revistas e acesso a bancos de dados, como a internet.

## **1 O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO DA ESCRAVIDÃO**

### **1.1 ORIGEM**

A escravidão foi a primeira forma de trabalho existente. O trabalhador era considerado apenas um objeto, não possuindo direito algum, quiçá trabalhista. O labor não tinha significado de realização pessoal, e nem poderia, devido à maneira como o proletariado era tratado à época.

Logo em seguida surgiram dois novos tipos de trabalho. O primeiro foi a figura da servidão, em que os servos recebiam proteção militar e política em troca da prestação de serviços nas propriedades dos senhores feudais; em seguida, vieram as corporações de ofícios, em que se notava a presença de mestres e aprendizes. Os mestres eram os donos das oficinas e os aprendizes ficavam sob sua responsabilidade que, certamente, não eram privados de castigos.

Com a Revolução Francesa de 1848 e a Constituição da França, o Direito do Trabalho passou a ter certo reconhecimento, mas foi com a Revolução Industrial que houve a transformação do trabalho em emprego, passando os trabalhadores a exercerem suas funções por salários.

Nesse contexto, a Revolução Industrial fez surgir as indústrias, as quais, a partir de uma mecanização do processo de produção, garantiu a modernização e a ascensão de potências econômicas. Mas havia o outro lado da moeda: problemas sociais, exploração, acidentes de trabalho, aumento da criminalidade, ausência de proteção à saúde e à segurança do trabalhador.

O operário prestava serviços em condições insalubres, sujeito a incêndios, explosões e intoxicação por gases. Ocorriam muitos acidentes de trabalho, além de várias doenças decorrentes dos gases, da poeira, do trabalho em local encharcado, principalmente a tuberculose, a asma e a pneumonia<sup>[1]</sup>.

Ainda, era imposta uma vida infame às crianças, tanto nas fábricas quanto nas minas, assim, os governantes se viram obrigados a tomarem uma atitude.

Em sua obra, Sento-Sé descreve a importância da Revolução Industrial para a abolição da escravidão, vejamos:

A Revolução Industrial conviveu com ideias e pensamentos convergentes com seus princípios, que marcaram a Europa durante o início do Século XVIII. De fato, as obras de pensadores como Montesquieu e Rousseau e o ideário de liberdade e igualdade, que marcaram a Revolução Francesa de 1789, são eventos relacionados com as transformações buscadas pela Revolução Industrial. A partir do século XIX, o mundo inteiro começou a vislumbrar essas ideias iniciadas na Europa e que transformavam a teoria do pensamento humano. Os grandes intelectuais da época, dentre eles Hegel, passaram a pugnar pela valorização de determinados elementos diretamente identificados com a melhoria de vida do ser humano, como é o caso da liberdade<sup>[2]</sup>.

Foi, portanto, a partir da Revolução Industrial que o trabalhador passou a ser protegido jurídica e economicamente, uma vez que o Estado se viu obrigado a intervir nas relações de trabalho, a fim de garantir o bem-estar e uma melhoria nas relações de trabalho.

Neste diapasão, o empregador passou a ter de respeitar normas sobre condições de trabalho, as quais, com o tempo, foram cada vez mais ampliadas, constatando-se uma maior preocupação do Poder Público com a melhoria das condições de trabalho.

É justo citar Galart Folch (1936:16) que afirma que “deve-se assegurar a superioridade jurídica ao empregado em razão da sua inferioridade econômica[3].”

Ademais, em 1848, foi publicado o Manifesto Comunista por Marx e Engels, em que eram feitas críticas às condições de trabalho da época, exigindo mudanças em benefício dos hipossuficientes, ou seja, dos trabalhadores. O Manifesto tinha o seguinte lema: "Trabalhadores de todos os países, uni-vos".

Nesse contexto, é inquestionável o fato de que o referido manifesto auxiliou os trabalhadores a, de certa forma, se despertarem e lutarem por maiores direitos e melhorias em suas condições de trabalho.

Ainda, lembremos que Karl Marx propôs uma Revolução onde a classe trabalhadora revolucionária implantaria o Socialismo, derrubando, pela força, todas as condições sociais existentes, uma vez que percebeu que o capitalismo se baseava inteiramente na exploração do trabalho pelos donos dos meios de produção[4].

## 1.2 A ESCRAVIDÃO NO BRASIL

Pode-se dizer que a escravidão no Brasil teve início com os portugueses, que traziam escravos nos navios conhecidos como negreiros, para serem vendidos como se mercadorias fossem, na antiga colônia.

Foi a partir do investimento na produção de açúcar que se disseminou verdadeiramente a prática da escravidão no Brasil. Via-se, à época, a mão-de-obra escrava como necessária, sendo os trabalhadores trazidos da África para exercerem suas atividades no Brasil, mais especificamente no Nordeste.

A maneira como os africanos eram tratados é de surpreender. Formas desumanas de trabalho, de tratamento; e isso não se aplicava somente aos homens, uma vez que as mulheres também estavam incluídas no trabalho pesado que, na maioria das vezes, era relacionado à área doméstica.

A partir da metade do século XIX a escravidão no Brasil passou a ser contestada pela Inglaterra. Interessada em ampliar seu mercado consumidor no Brasil e no mundo, o Parlamento Inglês aprovou a Lei Bill Aberdeen (1845), que proibia o tráfico de escravos, dando o poder aos ingleses de abordarem e aprisionarem navios de países adeptos desta prática[5].

No mesmo ano entrou em vigor a Lei de Terras, que tornava obrigatório o registro de todas as terras ocupadas e impedia a aquisição das chamadas terras devolutas, impedindo, com isso, o acesso dos trabalhadores livres e imigrantes à propriedade privada rural, favorecendo a manutenção dos latifúndios.

Em 1850, o Brasil, cedendo às pressões inglesas, aprovou a Lei Eusébio de Queiróz, acabando com o tráfico negreiro.

Ademais, a Guerra do Paraguai (1864-1870) foi vista, na época, como uma grande oportunidade para o fim da escravidão, porém, não foi o que aconteceu. A promessa dada aos escravos que se alistassem era de que, ao final da batalha, ganhariam a tão esperada alforria, porém, não foi o que aconteceu. Isso porque a maioria dos escravos que participou da guerra não chegou nem a voltar, não tendo, desse modo, a oportunidade de sentir o prazer da liberdade[6].

Nesse contexto, passaram a ser criadas leis com o fito de regulamentar algumas espécies de escravidão. A Lei do Ventre Livre, de 1871, determinava que os filhos dos escravos nascessem livres, desde que o Estado pagasse uma indenização ao seu dono, bem como assumisse a criança, colocando-a em uma instituição de caridade.



Já em 1885, foi aprovada a Lei dos Sexagenários que garantia a liberdade dos escravos com idade superior a 60 anos. Porém, eles teriam que trabalhar por mais 3 anos, com o fim de indenizar o seu dono, ou, os maiores de 60 anos que pagassem um valor em pecúnia a título indenizatório e os que atingissem 65 anos, não teria necessidade do pagamento.

E, finalmente, em 1888 a Princesa Izabel assinou a Lei de nº 3353, a Lei Áurea, que aboliu a escravatura e tornando proibida a exploração do trabalhador em razão de sua cor, raça ou etnia. O Brasil tornou-se o último país a abolir oficialmente a escravidão. Joaquim Nabuco em seu livro consegue demonstrar de forma ilustre toda essa luta.

Vejamos:

O Abolicionismo é um protesto contra essa triste perspectiva, contra o expediente de entregar à morte a solução de um problema, que não é só de justiça e consciência moral, mas também de previdência política. Além disso, o nosso sistema está por demais estragado para poder sofrer impunemente a ação prolongada da escravidão. Cada ano desse regime que degrada a nação toda, por causa de alguns indivíduos, há de ser-lhe fatal, e se hoje basta, talvez, o influxo de uma nova geração educada em outros princípios, para determinar a reação e fazer o corpo entrar de novo no processo, retardado e depois suspenso, do crescimento natural<sup>[7]</sup>.

Diante de toda a proteção que o trabalhador conseguiu, por direito, ao longo dos anos, criou-se a ilusão de que o trabalho escravo só pode ser visto em livros ou em passagens relacionadas aos tempos mais remotos, porém, conforme se pode constatar facilmente através dos mais diversos veículos de informação, a exploração do homem na forma de escravidão ainda existe nos dias atuais.

### 1.3 A ESCRAVIDÃO MODERNA

Atualmente, ao falar de escravidão, pode-se notar os mais diversos tipos de nomenclatura. Contemporânea, atual, nova, moderna e branca são alguns dos exemplos.

Independente da expressão dada, o termo é usado para caracterizar o desrespeito aos direitos do trabalhador e da dignidade humana e, apesar da abolição da escravatura, isso não quer dizer que hoje não possamos identificar a utilização de mão-de-obra escrava.

É bem verdade que algumas diferenças podem ser estabelecidas, a citar a ausência de escravidão em razão da cor ou raça do indivíduo, predominando atualmente situações de degradação social e de endividamento ocorrido durante a relação laboral, por exemplo.

Os trabalhadores, urbanos e rurais, encontram seus direitos tutelados nas mais diversas fontes heterônomas e autônomas do ramo juslaboral. A não aplicação da legislação, independentemente do grau, já é elemento para apontarmos como irregular a relação, sendo passível de autuação dos órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego, entretanto, não é suficiente para a caracterização da utilização de mão-de-obra escrava.

Santos faz uma interessante comparação entre a escravidão antiga, com a atual: “a descrição do trabalho escravo contemporâneo se assemelha em muito ao trabalho escravo da época colonial. Ao trocar-se a figura do senhor de engenho pela do fazendeiro e a do feitor pela do gato ou capataz, as similaridades são gritantes”<sup>[8]</sup>.

Assim, fica claro que, mesmo com o grande lapso histórico, ambas as formas se assemelham, ou seja, o trabalho escravo continua a ser utilizado com a finalidade de aumentar a lucratividade da empresa e diminuir seus custos de mão de obra para que possa concorrer e ter maior rentabilidade.

Hoje, a escravidão é mais vantajosa para os empresários que do que na época do Brasil Colônia e do Império, pelo menos do ponto de vista financeiro e operacional.

Porém, é certo que existem certas diferenciações entre a antiga e a nova escravidão e essas diferenças estão relacionadas a fatores como: a propriedade legal, custo de aquisição da mão de obra, os lucros, mão de

obra em si e as diferenças étnicas, que é uma das causas praticamente extintas de escravidão. Isso quer dizer que, atualmente, não se escolhe um escravo pela sua aptidão física de trabalho e não mais pela sua cor.

Na atualidade é difícil se ater a apenas uma forma de escravidão. Pode-se citar a escravidão da posse que é quando normalmente se captura a pessoa que é nascida ou vendida em servidão permanente. Esse tipo se aproxima da antiga escravatura e é o mais escasso no mundo atual, tendo maior incidência nos países da África.

A escravidão por dívida é a mais comum, sendo caracterizada pela concessão do próprio labor em troca de um empréstimo em dinheiro, porém, a duração desse trabalho geralmente não é especificada e normalmente gera um vínculo por períodos muito extensos e, ainda assim, não chega a reduzir a dívida.

Por último, citemos a escravidão por contrato, que vem como uma forma de disfarce para a escravatura, porquanto que, em tais situações, apesar de existir prévio contrato de trabalho, os empregados são tratados de forma degradante e desumana. Assim, nota-se que a escravidão atual é caracterizada por diversas fraudes com o fim de vincular a permanência do trabalhador ao emprego.

Portanto, ao fazer referência ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil, o que prevalece atualmente é a condição de exploração da pessoa que está sendo coagida a prestar serviços de qualquer natureza em condições degradantes, envolvendo o cerceamento da liberdade.

## **2 A ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA**

### **2.1 CONCEITO JURÍDICO DE ESCRAVIDÃO**

Como já debatido, a escravidão persiste nos dias atuais. A Organização Internacional do Trabalho em sua Convenção n. 29 (1930) classificou o trabalho forçado ou obrigatório como sendo todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente<sup>[9]</sup>.

Ao analisar o termo escravidão, ele logo é associado à ideia de coerção, concomitantemente com a ausência da liberdade. Diferentemente do que se pode constatar atualmente, a discussão acerca da liberdade não

era pauta recorrente na antiguidade. À época, os senhores acreditavam não existir a possibilidade de felicidade através da liberdade, enquanto que hodiernamente os conceitos de liberdade e igualdade são vistos como bastante interligados. Até porque, onde mais poderia se encontrar felicidade se não através da liberdade?

Segundo Hannah Arendt:

Antes que se tornasse um atributo do pensamento ou uma qualidade da vontade, a liberdade era entendida como o estado do homem livre, que o capacitava a se mover, a se afastar de casa, a sair para o mundo e a se encontrar com outras pessoas em palavras e ações[10].

A liberdade tem ligação direta com a segurança nos gozos privados de alguns bens fundamentais para a segurança da vida e do desenvolvimento da personalidade humana, como as liberdades pessoais, a liberdade de opinião, de iniciativa econômica, de reunião e similares[11].

Nesse contexto, o trabalho escravo não respeita o direito de qualquer cidadão e, a partir daí, é que a escravidão passa ser vista de forma clara e institucionalizada em que os trabalhadores são vistos como animais.

Porém, deve-se ressaltar que a escravidão moderna é mais sutil, dissimulada, o que prejudica a sua identificação e, conseqüentemente, o seu combate, concluindo-se pela grande dificuldade para sua erradicação[12].

## 2.2 AS DIFICULDADES DE CONCEITUAÇÃO DOS TERMOS REFERENTES AO TRABALHO ESCRAVO

A grande dificuldade de conceituação está, primeiramente, na diferenciação dos conceitos relacionados a trabalho escravo e trabalho degradante.

O conceito de trabalho escravo utilizado pela OIT é que toda a forma de trabalho escravo é trabalho degradante e a busca é incessante para

que haja uma transformação em trabalho decente. O que vem a diferenciar o trabalho degradante do trabalho decente é a liberdade.<sup>[13]</sup>

Em seu artigo 2º, a Convenção 29 da Organização Internacional do Trabalho dispõe sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório: “Artigo 2º - 1. Para fins desta Convenção, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente”<sup>[14]</sup>.

A noção básica de escravidão tem a ver com o trabalho exigido pela força, em troca de algum alimento, sem respeito nenhum à dignidade humana, à liberdade de ir e vir. É o trabalho fruto da coerção, sob o pretexto de sanar dívida, esse tipo é predominante da zona rural.

Assim, a escravidão tem vez sempre que a dignidade humana é esquecida, notadamente quando o trabalhador é iludido com promessas de bons salários e transportado, sem obediência aos requisitos legais, ou impedido de sair do local de trabalho pela vigilância armada ou preso por dívidas impagáveis contraídas perante o empregador, ou, ainda, quando explorado sem atenção aos direitos trabalhistas, tais como o salário mínimo, jornada de trabalho normal, pagamento de adicionais, repouso remunerado e boas condições de higiene, saúde e segurança no trabalho.

Outra forma de definição do trabalho escravo é aquela em que define a escravidão como uma forma de trabalho forçado que implica o controle absoluto de uma pessoa por outra. Assim, para José de Souza Martins, escravo é quem não é senhor de si mesmo, é um dependente do outro e também de sua propriedade.

Vê-se que há uma grande dificuldade em definir o que seria a escravidão contemporânea. Muitos fazem a distinção, sem muita certeza, entre trabalho escravo e trabalho forçado, a partir da existência ou não de violência física. O primeiro teria violência enquanto que o segundo não.

Outra diferenciação utilizada é a que determina que o trabalho escravo é aquele no qual a vítima é obrigada a trabalhar sem nenhum



direito, isto é, sem carteira profissional assinada, sem contrato escrito e sem receber salário, ao passo que o trabalho forçado seria aquele em que há coerção para o trabalho, mas com respeito a certas normas legais.

Conforme o entendimento Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé:

[...] identificar os significados dos diferentes usos dos termos é, portanto, mais do que lidar com nomes: é desvendar as lutas que se escondem por detrás dos nomes – lutas essas em torno da dominação, do uso repressivo da força de trabalho e da exploração[15].

Ademais, alega-se que a enorme dificuldade de conceituação dos termos referentes ao trabalho escravo ocorre em razão da falta de precisão com que os mesmos vêm sendo utilizados, gerando dificuldade no momento de interpretar, por exemplo, o que seria um “trabalho degradante”. Tamanha imprecisão nessas conceituações pode acarretar certa facilidade na burla da legislação.

Outrossim, o art. 149 do Código Penal prevê a pena de 2 a 8 anos de prisão para aqueles que ainda insistem em utilizar o trabalho escravo, além da penalidade correspondente à violência empregada.

No dispositivo citado, o crime é previsto em quatro situações distintas: cerceamento de liberdade de se desligar do serviço; servidão por dívida; condições degradantes de trabalho; jornada exaustiva. Portanto, o que é tutelado na lei não é apenas a liberdade, mas, sim, a dignidade da pessoa humana.

Apesar da presença de dificuldades para a conceituação do trabalho escravo, é notável a facilidade que existe em indicar seus elementos, os quais, por sua vez, podem vir a servir como fundamento para sua tipificação, ou seja, as situações fáticas que, uma vez constatadas, deixarão clara a configuração da escravidão.

Como exemplo, citemos o trabalho forçado, como principal elemento caracterizador do trabalho escravo, é a forma mais violenta de agressão da



dignidade da pessoa humana, confundindo-se com a própria escravidão, uma vez que essa prática é realizada sob a forma de coação.

A coação, per se, é um elemento da escravidão, ensejando o cerceamento da liberdade como forma de evitar o rompimento do vínculo laboral. Portanto, verifica-se que cada um dos elementos trazidos caracteriza a escravidão, ainda que isoladamente, porquanto que são formas de suprimir a liberdade do trabalhador, forçando-o a prestar serviços contra a sua vontade.

Nestes termos, constata-se que a dificuldade em conceituar os mais importantes termos referentes ao trabalho escravo, acaba mascarando uma realidade triste e que persiste nos dias atuais. O percurso é longo, porém, o trabalho de clarificar o significado dos termos referentes a esta prática, poderia facilitar bastante a sua identificação e seu conseqüente combate.

### 2.3 A ESCRAVIDÃO NO SETOR TÊXTIL

É bem verdade que o setor têxtil vem se destacando com casos de escravidão no Brasil. Nos estudos da OIT, esse setor é conhecido como TVC, fazendo referência à confecção de vestuários e calçados, em que as empresas sempre estão se reinventando, não para uma melhoria, e sim para manter situações primitivas de exploração.

O trabalho análogo à condição de escravo acarreta uma diminuição da expectativa de vida dos trabalhadores, fruto da imposição de jornadas excessivas e exaustivas de labor, bem como mínimas condições de higiene e segurança.

Sistema comumente utilizado no setor têxtil, o chamado *sweating system* é o método em que os locais de trabalho muito se assemelham a residências, onde os obreiros trabalham com o pagamento de salários irrisórios e sob condições precárias e em jornadas cada vez mais exaustivas.<sup>[16]</sup>

Foi com Revolução Industrial que se iniciou a produção em larga escala, possibilitando a divisão do trabalho e priorizando a produção em um único local, pondo um fim à produção artesanal. Nesse contexto, com o novo sistema, surgiu a possibilidade de produção de tecidos e roupas com um valor bem menor e em uma escala muito maior, ensejando uma alteração significativa na relação entre empregado e empregador.

Neste diapasão, com o aumento da demanda no setor, as empresas, sedentas a obter cada vez mais lucros, passaram a procurar tão e somente a mão-de-obra barata. Com a busca incessante pelos preços baixos, as condições de trabalho mudaram, verificando-se, com mais frequência, o tráfico de pessoas para a confecção nesse tipo de indústria.

O sistema de trabalho industrial organizado alterou a relação do patrono com seus empregados, passando a empresa a garantir uma maior produção de vestuário com preços cada vez mais baixos. Este método gerou uma grande oferta de mão-de-obra, fazendo com que muitos trabalhadores deixassem a zona rural e migrassem para as zonas industriais, o que ensejou, por sua vez, uma desvalorização da classe operária e um menosprezo ao trabalho e suas condições, em virtude da busca pela diminuição do preço dos produtos.

Esse novo modelo de produção ficou conhecido como *factory system*, em que os operários eram reunidos de forma coletiva com a intenção de gerar uma melhoria em relação às produções que eram feitas de forma individual em suas casas.

É importante ressaltar que a implantação desse sistema não gerou melhoria nas condições de vida e de trabalho do proletariado, pelo contrário, constatou-se uma maior exploração dos trabalhadores, situação em que o Estado se viu obrigado a interferir, diante da inexistência de regulamentação.

Portanto, pode-se afirmar que o direito do trabalho tem uma relação direta com o setor industrial, uma vez que foi através dele que se passou a buscar a dignidade do trabalho e uma proteção ao obreiro na sua prestação de serviços.

Ainda assim, é notória a presença de aliciadores de estrangeiros, havendo, por exemplo, uma grande incidência de bolivianos encontrados em São Paulo, trabalhando sob condições degradantes, sendo esse apenas um exemplo dentre vários.

Portanto, conclui-se que o ramo da indústria têxtil tem grande incidência de trabalho análogo à condição de escravo, seja por não exigir experiência prévia, seja pela escassa regulamentação trabalhista, dificultando, e muito, a fiscalização nesse setor.

#### 2.4 CASOS DE TRABALHO FORÇADO NA INDÚSTRIA TÊXTIL

A ONG Repórter Brasil comprova, ao apresentar dados à população, que a prática do trabalho escravo insiste em ocorrer no nosso país. O primeiro caso de escravidão contemporânea judicializado no Brasil se deu em 2011, quando as lojas Pernambucanas foram flagradas na prática do trabalho análogo à condição de escravo:

A rede Pernambucanas é alvo de um processo judicial por suposta exploração de mão de obra na cadeia produtiva, informou ontem o Ministério Público do Trabalho de São Paulo. A empresa foi investigada pela prática entre 2010 e 2011 e não concordou em assinar um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) proposto pelo órgão para encerrar o caso. Essa é a primeira vez que uma investigação de trabalho análogo à escravidão no setor têxtil brasileiro segue para a Justiça[17].

Foi constatada a presença de imigrantes bolivianos, peças fabricadas em valores irrisórios e a recusa a assinar o Termo de Ajustamento de Conduta, que levou o caso pioneiramente ao Judiciário.

Ademais, segue alguns outros tristes exemplos de trabalho forçado praticado em São Paulo no setor têxtil:

Um grupo de oito pessoas vindas da Bolívia, incluindo um adolescente de 17 anos, foi resgatado de condições análogas à escravidão pela fiscalização

dedicada ao combate desse tipo de crime em áreas urbanas. A libertação ocorreu no último dia 19 de junho. Além dos indícios de tráfico de pessoas, as vítimas eram submetidas a jornadas exaustivas, à servidão por dívida, ao cerceamento de liberdade de ir e vir e a condições de trabalho degradantes. O grupo costurava para a marca coreana Talita Kume [...] [18].

Com estruturas precárias, os costureiros trabalhavam em jornadas exaustivas de trabalho e recebiam o valor de R\$1,00 por peça costurada. Nesse caso específico, as vítimas que vieram a ser libertadas trabalhavam há cerca de 8 meses e eram impedidas de sair do local de trabalho.

Os trabalhadores que vieram da Bolívia tiveram as passagens descontadas dos salários, bem como as despesas relacionadas à alimentação e à limpeza. Com o valor praticamente irrisório que recebiam, resta comprovada a servidão por dívida. O objetivo da empresa que contrata os serviços é evidentemente o lucro, mas algumas dispensam, de forma fria, a integridade e a dignidade do trabalhador.

Outro caso de destaque foi o das lojas Gregory:

No mesmo dia em que a grife de roupas femininas Gregory lançava a sua coleção Outono-Inverno 2012 com pompa e circunstância, uma equipe de fiscalização trabalhista flagrava situação de cerceamento de liberdade, servidão por dívida, jornada exaustiva, ambiente degradante de trabalho e indícios de tráfico de pessoas em uma oficina que produzia peças para a marca, na Zona Norte da cidade da capital paulista [19].

No caso específico dessa empresa, fora os casos de evidente desrespeito aos direitos fundamentais, ainda ficou constatado caso de discriminação aos indígenas que ali trabalhavam, uma vez que o tratamento dado a estes era diferenciado, ou seja, ainda mais desrespeitador.

Após a fiscalização, a Gregory poderá ser incluída ao cadastro de “lista suja” do trabalho escravo, uma vez que recusou a assinar o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC – e, ainda, poderá responder no âmbito criminal pelo crime de trabalho análogo à condição de escravo com previsão no art. 149 do Código Penal.

Citemos, ainda, o caso da empresa Zara, rede de vestuário internacionalmente conhecida. Caso que ocorreu em 2011, recebeu destaque em vários países por ser uma marca de grande influência no setor têxtil:

Nem uma, nem duas. Por três vezes, equipes de fiscalização trabalhista flagraram trabalhadores estrangeiros submetidos a condições análogas à escravidão produzindo peças de roupa da badalada marca internacional Zara, do grupo espanhol Inditex. Na mais recente operação que vasculhou subcontratadas de uma das principais “fornecedoras” da rede, 15 pessoas, incluindo uma adolescente de apenas 14 anos, foram libertadas de escravidão contemporânea de duas oficinas<sup>[20]</sup>.

A despeito da modernização e da sutileza na prática do trabalho escravo contemporâneo, o presente estudo buscou demonstrar que o trabalho degradante e desumano ainda é uma latente na realidade brasileira.

É bem verdade que o ordenamento jurídico brasileiro traz normas com o fito de prevenir e reprimir a prática do trabalho escravo, prevendo punições não só na seara cível como também na seara criminal, a citar o art. 149, do CPB.

Ademais, é importante ressaltar uma recente vitória no combate ao trabalho escravo, qual seja a promulgação da Emenda Constitucional nº 81, de 2014, que incrementou mais uma forma de expropriação da propriedade, sem direito de indenização, quando diante da prática de trabalho escravo.

Apesar de a referida Emenda ser uma resposta positiva à luta pela dignidade, é de se ressaltar que muito ainda precisa ser feito, seja a partir da elaboração de políticas públicas de combate ao trabalho escravo, seja a partir da incrementação de instrumentos e órgãos de fiscalização.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a assinatura da Lei Áurea, em 13 de maio de 1988, a escravidão foi dada como extinta em caráter definitivo, mas, hodiernamente, ainda são vistos casos que, apesar de apresentados com uma roupagem diferente, podem ser considerados como análogos à situação de escravidão.

O interesse em aprofundar o tema veio para o despertar de uma sociedade consumista, onde o consumidor final não sabe o que está por trás da confecção das peças de roupa que usa, ou de qualquer outro utensílio.

Não é incomum que indivíduos comprem roupas em lojas de renome em que desconhecem o tratamento despendido aos seus funcionários. Comprar uma peça cuja confecção custou um valor irrisório ao empregador, só vai estimular o a empresa a continuar exercendo essa prática.

Verifica-se, portanto, a necessidade de haver uma maior fiscalização por parte do Poder Público, para que, a partir daí, se possa cobrar da sociedade e das empresas o conhecimento acerca da existência desse tipo de exploração, a fim de que se posicionem em favor da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 2000.

OBBIO, Noberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.



BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum**. 24<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade Mecum**. 24<sup>o</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Vade Mecum**. 24<sup>o</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: . Acesso em: 28 set. 2017.

ESTADÃO.COM.BR. Pernambucanas é processada por trabalho escravo. **Economia & Negócios**. 10 março de 2012. Disponível em: . Acesso em: 01 out. 2017

FERRAZ, Fábio. **Evolução histórica do direito do trabalho**. Disponível em: . Acesso em: 17 mai. 2017

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**.

Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Disponível em: . Acesso em: 25 set. 2017

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONAETE). **Relatório de Atividades da CONAETE**: exercício de 2009. Disponível em: . Acesso em: 27 set. 2016., p. 09.

NABUCO, Joaquim. **O Abolicionismo**. Disponível em: . Acesso em: 25 set. 2017

NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neve. **Trabalho escravo contemporâneo**: o desafio de superar a negação. 2. ed. São Paulo: LTR, 2011.

NUNES, Flávio Figueiras. **A persistência do trabalho escravo no Brasil.** Monografia de graduação em direito pela Faculdade Viana Júnior. Juiz de fora, 2005. Disponível em: . Acesso em: 17 mai. 2017

OIT BRASIL. **Apresentação.** Disponível em: Acesso em: 28 set. 2017.

OIT BRASIL. **Convenção 105:** Convenção relativa a abolição do Trabalho forçado. Disponível em: . Acesso em: 28 set. 2017

OIT BRASIL. **Convenção 29 sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório.** 1º de maio de 1932. Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2017.

PORTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Ministério Público do Trabalho:** apresentação. Disponível em: <[http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal\\_do\\_mpt/sobre\\_o\\_mpt/apresentacao!/ut/p/c5/04\\_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN\\_E3cjA88QU1N3L7OgMBdXM6B8JE75UEdTYnQb4ACOBgR0h4Nci1OFT7AJXnmw60DyeOz388jPTdUvyA2NMMgMSAcAxN1K7w!!/dl3/d3/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/](http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/sobre_o_mpt/apresentacao!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN_E3cjA88QU1N3L7OgMBdXM6B8JE75UEdTYnQb4ACOBgR0h4Nci1OFT7AJXnmw60DyeOz388jPTdUvyA2NMMgMSAcAxN1K7w!!/dl3/d3/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/)>. Acesso em: 27 set. 2017.

REPÓRTER BRASIL. **Lista suja.** Disponível em: . Acesso em: 28 set. 2016.

REPÓRTER BRASIL. **Roupas da Zara são fabricadas com mão de obra escrava.** 16/08/2011. Disponível em: . Acesso em: 01 out. 2016.

REPÓRTER BRASIL. **Trabalho escravo abastece produção da marca Talita Kume.** 11/07/2012. Disponível em: . Acesso em: 1 out. 2016.

RIBEIRO, Antonio Carlos Evangelista. **O trabalho escravo.** Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2017.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. A escravidão por dívidas nas relações de trabalho no Brasil contemporâneo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 24, p. 131-149, jan./jun. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo: LTR, 2001

NOTAS:

- [1] MARTINS, Sérgio; Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 06.
- [2] SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo: LTR, 2001, p. 32.
- [3] *apud*, MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 36
- [4] FERRAZ, Fábio. **Evolução histórica do direito do trabalho**. Disponível em: . Acesso em: 17 mai. 2017.
- [5] NUNES, Flávio Filgueiras. **A persistência do trabalho escravo no Brasil**. Monografia de graduação em direito pela Faculdade Viana Júnior. Juiz de fora, 2005. Disponível em: . Acesso em: 17 mai. 2017
- [6] NUNES, Flávio Filgueiras. **A persistência do trabalho escravo no Brasil**. Monografia de graduação em direito pela Faculdade Viana Júnior. Juiz de fora, 2005. Disponível em: . Acesso em: 17 mai. 2017
- [7] NABUCO, Joaquim. **O Abolicionismo**. Disponível em: . Acesso em: 25 set. 2017
- [8] SANTOS, Ronaldo Lima dos. A escravidão por dívidas nas relações de trabalho no Brasil contemporâneo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 24, p. 131-149, jan./jun. 2004, p. 145.
- [9] RIBEIRO, Antonio Carlos Evangelista. **O trabalho escravo**. Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2012.
- [10] ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 2000, p.194-195

- [11] BOBBIO, Noberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- [12] NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neve; **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2011.
- [13] RIBEIRO, Antonio Carlos Evangelista. **O trabalho escravo**. Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2017.
- [14] OIT BRASIL. **Convenção 29 sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório**. 1º de maio de 1932. Disponível em: . Acesso em: 19 jun. 2017, p. 01.
- [15] SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo: LTR, 2001, p.16.
- [16] NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neve; **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2011, p. 77.
- [17] ESTADÃO.COM.BR. Pernambuco é processada por trabalho escravo. **Economia & Negócios**. 10 março de 2012. Disponível em: . Acesso em: 01 out. 2017.
- [18] REPÓRTER BRASIL. **Trabalho escravo abastece produção da marca Talita Kume**. 11/07/2012. Disponível em: . Acesso em: 1 out. 2016.
- [19] REPÓRTER BRASIL. **Fiscalização associa Gregory à exploração do trabalho escravo**. 18/05/2012. Disponível em: . Acesso em: 1 out. 2016.
- [20] REPÓRTER BRASIL. **Roupas da Zara são fabricadas com mão de obra escrava**. 16/08/2011. Disponível em: . Acesso em: 01 out. 2016.

## A HARMONIA ENTRE OS PODERES E O JUDICIÁRIO COMO GUARDIÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

**PAULO JUNIOR MOREIRA:** Advogado, OAB/SP N° 312.897, atuação em geral, com ênfase nas áreas cível, consumidor e trabalhista.

**RESUMO:** Nosso objetivo é destacar, sinteticamente, que se cada Poder exercer regularmente seu desiderato para o qual foi instituído, não há como haver interferência na sua atuação, sob pena de violação da independência e harmonia entre os Poderes. Se, por outro lado, há digressão, omissão, ou desvirtuamento do papel constitucional estrutural para os quais foram instituídos os demais Poderes, o Judiciário pode e deve intervir, dentro do permissivo constitucional, para reequilibrar o Estado de Direito, desempenhando, *data vênia*, um papel de *checks and balances* em momento posterior. Neste aspecto cíclico dos Poderes, portanto, o Judiciário exerce seu papel precípua para o qual foi instituído, em sentido amplo, e em razão das falhas dos demais Poderes, cumpre um papel integrativo, supridor, protegendo e dando efetividade aos mecanismos dos direitos e garantias constitucionais, efetivando a justiça. Todavia, frise-se que o Judiciário também deve sempre buscar meios de se adequar, corrigir falhas e mirar aos almejos humanos, sendo que o controle do Judiciário não pode ser derivado da *mens legislatoris*, mas sim pelo anseio legítimo do povo.

**ABSTRACT:** Our goal is to highlight, synthetically, that each be able to exercise regularly your desideratum for which it was established, there's no way to be interference in your Act, violation of the independence and harmony between the powers. If, on the other hand, there are tour, omission, or distortion of structural constitutional role for which were instituted the other powers, the judiciary can and must intervene within the permissive, to re-balance the constitutional rule of law, playing, date venia, a checks and balances role in later time. In this cyclic aspect of powers, so the judiciary exercises your eventual role for which it was established, in a broad sense, and because of the failures of other powers, meets an integrative role, supply, protecting and giving effectiveness to rights and guarantees mechanisms constitutional, effecting justice. However, frise that

the judiciary must also always seek ways to adjust, fix flaws and aim to human almejos and the control of the Judiciary cannot be derived from the mens legislatoris, but by legitimate yearning of the people.

---

## **1. INTRODUÇÃO**

Neste preâmbulo, impende salientar que o presente artigo busca despertar uma reflexão jusfilosófica nos leitores sobre o papel do Judiciário brasileiro de dizer o direito ao caso concreto, não só pelo seu papel idealizado e prático assentado por norma constitucional, mas também, quando os demais Poderes dão azo à ação deste Poder da República.

Com isso, além do Judiciário ser parte do sistema de freios e contrapesos no formato original, defendemos a tese de que tal sistema pode ser instrumentalizado pelo Judiciário também na aplicação e efetividade de direitos fundamentais, numa visão transcendente da clássica, vale dizer, na tutela direcionada ao caso concreto, suprindo omissões, integrando e adequando os direitos para os seus titulares, *id est*, de forma posterior ao momento cíclico de cada Poder, lembrando-se que o *mister* será útil quando preservado o bem da vida.

Inobstante o despropósito de adentrar na seara normativa propriamente dita, a Carta Fundamental, sob a inteligência do p. u. do artigo 1º, diz que: “**Todo o poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou **diretamente**, nos termos desta Constituição.”

Portanto, toda discussão, seja doutrinária, jurisprudencial, normativa etc., não deve mirar outro ideal, senão o bem estar do povo, como detentor dos direitos e garantias fundamentais.

## **2. OS PODERES DA REPÚBLICA**

Insta assentar, neste trilha inicial, que a Constituição Brasileira de 1988 adotou em seu artigo 2º, como cláusula pétrea (art. 60 §4º), a teoria do Barão de Montesquieu, da separação de Poderes.



Neste particular, como assentamos acima, todo poder emana do povo, e disso denota-se que a CF/88 quis, etimologicamente, imprimir uma generalidade na expressão *poder*, contida no parágrafo único do seu artigo 1º.

Todavia, não se pode olvidar que a expressão plural “Poderes da República” não destoia do conceito de *poder* jungido no primeiro dispositivo da Carta Maior, simplesmente neste caso há uma referência ao “Poder” como *instituição* integrante do Estado.

Afigura-se plausível, neste mister, analisarmos o conteúdo do preâmbulo da Carta Magna, que revela:

*“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”(d.n)*

Vale lembrar que tais expressões assentadas pela Assembleia Nacional Constituinte no proêmio, embora particularizado, não erige tal Constituinte a Poder Supremo, embora curiosamente tenha o papel disciplinador (legiferante) de Poderes na Constituição. Ocorre, entretanto, que os Poderes preexistem à constituinte.

Ademais, registre-se que o Estado é histórica, conceitual e juridicamente composto pelo povo, território e governo, inclusive a figura do contrato social é indissociável da propedêutica sobre a composição do Estado como curador da *res pública*. É insofismável, entretanto, que a estrutura estatal é complexa.

No escólio de Dalmo Dallari[1], “Numa visão genérica do desenrolar da vida do homem sobre a Terra, desde os tempos mais remotos até nossos dias, verificamos que, à medida em que se desenvolveram os meios de controle e aproveitamento da natureza, com a descoberta, a invenção e o aperfeiçoamento de instrumentos de trabalho e de defesa, a sociedade simples foi-se tornando cada vez mais complexa. Grupos foram-se constituindo dentro da sociedade, para executar tarefas específicas, chegando-se a um pluralismo social extremamente complexo”.

Neste jaez, o Direito, não só como ciência, mas também como conjunto de normas e regras que guia a estrutura do Estado, busca efetivar mecanismos de controle. Controle não no sentido negativo, ou de império, mas no sentido de fazer com que as pessoas enxerguem os limites na convivência social para o bem estar da humanidade.

### **3. O JUDICIÁRIO COMO CURADOR DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Na espécie, o Judiciário brasileiro, como os demais Poderes, representa o Estado, e como tal, seu papel está assentado positivamente por norma constitucional. Daí, *ex vi* do artigo 2º da *Norma Normans*, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Neste diapasão, como asseverado amiúde, é cediço que cada Poder exerce suas *atribuições*, ou ao menos devia exercer, como expressamente assentado nos preceitos constitucionais, de modo a mirar os direitos e garantias fundamentais individuais e sociais.

O Brasil, assim como os demais países que se constituem em Estados Democráticos, adota estruturalmente o sistema *checks and balances*, o que se extrai da própria literalidade do texto Maior, o que dá autonomia/atribuições aos Poderes para colmatar os objetivos fundamentais da República.

De *iure condito*, no tocante aos anseios do Estado, o constituinte foi certo ao dispor expressamente sobre

os **fundamentos** da República, consoante a inteligência do artigo 3º, *in verbis*:

*“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

*I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

*II - garantir o desenvolvimento nacional;*

*III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*

*IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”*

Com efeito, tais fundamentos são derivados dos anseios do Estado de Direito, e constituem-se, da mesma forma, como mandamentos constitucionais, cabendo ao Entes Públicos desempenhar todo e qualquer papel que cumpra com o desiderato do interesse maior, que é de atender os anseios do cidadão como titular da dignidade humana. O Estado é feito pelo homem e para o homem.

No aspecto **cíclico** dos Poderes, portanto, o Judiciário exerce papel precípua para o qual foi instituído, ou seja, a prática da justiça em sentido amplo, e em razão das falhas dos demais Poderes, cumpre um papel integrativo, supridor, protegendo e dando efetividade aos mecanismos dos direitos e garantias constitucionais.

Neste paradoxo, o Judiciário, como os demais Poderes, está formalmente inserido no Texto Maior, como garantia, seja legiferante, executor de políticas públicas ou de solução de conflitos, mas ao mesmo tempo (o Judiciário) exerce o papel de efetivador dessas garantias. Obviamente, o Judiciário também tem falhas e deve se atualizar de acordo com os almejos sociais.

Sem adentrar no aspecto histórico, mas para efeito de coerência argumentativa, para nós o jusnaturalismo foi crucial, não só como meio de estudo, mas como uma espécie de matiz principiológica do

papel do Judiciário no aspecto humanista. Inclusive, todas as dimensões de direito estão intimamente ligadas à profusa reflexão acerca dos direitos e garantias fundamentais.

Logicamente, muitos desses direitos e garantias fundamentais, pela própria evolução programática e os anseios de aplicabilidade desses preceitos, foram sendo estampados nas cartas constitucionais.

Hodiernamente, assim como todo o período histórico, constata-se, num prognóstico, que todos os Poderes possuem suas deficiências práticas, inobstante a literalidade da nossa Carta Fundamental democrática, que mira solidamente aos mais salutares direitos e garantias inspirados em vários propósitos, notadamente iluministas e humanitários, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos etc.

Deveras, quando os Poderes criarem óbice a todo e quaisquer privilégios pessoais que estão em detrimento de interesse público, *v.g.*, estar-se-ão a preservar inarredavelmente os direitos e garantias fundamentais, embora isso pareça utopia. Em contrapartida, toda atuação, seja do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, abstraída dos princípios da legalidade e impessoalidade, por exemplo, cria privilégios, ainda que indiretos, a algum ente ou pessoa, e isso num país democrático é plenamente intolerável.

*Mutatis mutandis*, o constitucionalismo moderno tem influenciado nas decisões e nas ações dos Poderes, e até mesmo na ideologia dos agentes que pensam em descompasso dos mandamentos constitucionais, trazendo à baila uma vertente mais finalista do Estado para o bem estar humano.

Neste momento, nosso leitor pode estar com uma dúvida: e se o Judiciário for o Poder que desvirtuar direitos? Ora, seu papel na maior parte é corretivo, supridor, integrativo etc., de modo que os julgadores são dotados de aptidão jusfilosófica e técnica para exercer seu mister, porém, se tal desvio ocorrer, cabe ao próprio Judiciário, no duplo grau *v. g.*, reformar decisões, ou em última *ratio*, se houver gritante violação aos

direitos e garantias fundamentais, caberá ao povo suplicar e levar ao Constituinte para o *reinício* estrutural do ordenamento, desde que legítimo.

No campo normativo, o Poder Judiciário nacional está disciplinado na CF/88 em seus artigos 92 e seguintes, sendo descritas as carreiras, Juízos, Tribunais dos Estados e Territórios, e Tribunais Superiores, como a Suprema Corte. Os julgadores devem engendrar esforços para empregar uma visão humanista e finalista do Estado, de forma transcendente a letra das leis.

Nessa esteira que alcança a visão transcendente do direito, o Em. Ministro Celso de Mello, assenta na jurisprudência, a histórica decisão abaixo transcrita:

*“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...)*



*A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático."*

Ademais, de não menos importância, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45, de abril de 2004. Esta ação é de suma importância na discussão acerca da interferência do Poder Judiciário para garantir efetividade aos direitos sociais. Foi nessa oportunidade que a Suprema corte posicionou-se – consolidando seu vasto entendimento – quanto à violação negativa do texto constitucional. A ementa:

**“EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA**



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

Excetuados os casos previstos no ordenamento jurídico, o Judiciário só age quando provocado, característica intrínseca ao desiderato fundante da imparcialidade, ou seja, o julgador não deve ser um politiqueiro, partidarista.

Assim, cabe uma renovação da Teoria da Separação do Poderes, para se ver refletir na realidade fática aquilo que o próprio legislador constituinte determinou como parâmetro de um Estado Social Democrático. Há que se vencer os velhos dogmas, imperativo de justiça dadas as novas condições que apresenta o moderno Estado Social.

Na lição de Barroso [2] (1996, p. 155) aduz que “o “padrão mínimo” para o cumprimento da obrigação estatal, poderia, sem maiores digressões, ser garantido pelo Poder Judiciário, para quem motivos ideológicos e não jurídicos-rationais não justificariam o impedimento a intervenção judicial.”

Outro expoente jurista, Sarlet [3] (2001, p. 323) demonstra que “em situações em que o Estado se nega a prestação de serviços básicos, os argumentos de escassez de verbas e incompetência do Judiciário para decisões sobre a aplicação de tais recursos, não são suficientes para afastar tal intervenção, dado o caráter o caráter fundamental dos direitos sociais, mormente o direito a saúde.”

Para Kellen Cristina de Andrade Avila [4]: “(...) cabe ao Judiciário assumir um papel mais politizado, de forma que não apenas julgue o certo e o errado conforme a lei, mas sobretudo examine se o poder discricionário de legislar está cumprindo a sua função de implementar os resultados objetivados pelo Estado Social(...). Dessa forma, exige-se um Judiciário “intervencionista” que realmente possa controlar a ineficiência das prestações dos serviços básicos e exigir a concretização de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Pública se distanciarem dos fins almejados pela Constituição.”

<http://www.conteudojuridico.com.br>

Noutro lanço, como já apontado supra, muito se tem discutido sobre a influência, a interferência do Judiciário brasileiro sobre outros Poderes, notadamente pela onda de descobertas de crimes, em tese praticados por parlamentares, e que muitos casos estão *sub judice*, considerando-se a parcela ora julgada.

É lamentável que essa discussão ainda traga tantas dúvidas, tantos embates, principalmente entre parlamentares, máxime sob a ótica do artigo 2º da CF, isso porque não sabem ou fingem não saber que a harmonia exigida neste dispositivo diz respeito as disposições programáticas e práticas que os Poderes tiveram incumbência, para que funcionem normalmente, alcançando a finalidade constitucional.

Existindo digressão, omissão, ou desvirtuamento do papel constitucional, o Judiciário pode e deve intervir, dentro do permissivo constitucional, para **reequilibrar** o Estado de Direito, desempenhando um papel de *checks and balances* originário e **posterior**.

Como já assentado, originalmente, o Estado brasileiro adotou formalmente e estruturalmente o sistema do *checks and balances*; estruturalmente para que o Estado – como unidade – pudesse funcionar normalmente.

Todavia, para nós que defendemos o sistema de freios e contrapesos posterior feito pelo Judiciário, a Constituição ao prever que o desiderato estrutural pudesse ser desvirtuado pelos agentes estatais, também previu, não só de forma literal, mas integrativa, unitária e conforme, que o Judiciário pode e deve agir para coibir ou suprir violações de preceitos fundamentais.

À propósito, se por exemplo, um parlamentar comete crime, o Judiciário, quando provocado, para declarar a tutela adequada, deve agir de forma enérgica, sem se prender aos dogmas e conceitos que obstaculizam os mais lídimos direitos fundamentais.

#### **4. CONCLUSÕES**

A Constituição Federal de 1988, assim como as demais constituições pretéritas, na essência, não quis dar prevalência de um Poder sobre o outro, ou sobre os outros, porém, o Judiciário, pela sua característica intrínseca desde sua existência na antiguidade, possui um encargo no direito nato e no plano intercontinental de promover o bem estar humano, isso porque as fronteiras do Estado nacional não é óbice para a preservação dos direitos humanos daqueles que estejam no Brasil.

Toda a estrutura normativa da CF sob a ótica da interpretação conforme, e da unidade da Constituição, por exemplo, revela que o Judiciário tem um papel não somente de coibir e suprir as mazelas dos outros Poderes, mas sim, de desempenhar com louvor sua competência constitucional, bem como cumprir e fazer cumprir os regramentos *ex lege*, de forma a reequilibrar o Estado.

Destarte, se cada Poder exerce regularmente seu desiderato, não há como haver interferência na atuação, sob pena de violação da independência e da harmonia. Se, por outro lado, há uma

digressão, omissão, ou desvirtuamento do papel constitucional, o Judiciário pode e deve intervir, dentro do permissivo constitucional, para reequilibrar o Estado de Direito, desempenhando um papel de *checks and balances* posterior.

Portanto, *lato sensu*, é insofismável o mandamento do Estado de Direito Público de que o Judiciário, pelo seu papel nato, dê a última palavra, no caso concreto.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20;

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os direitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009;

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-papel-do-poder-judiciario-na-garantia-da-efetividade-dos-direitos-sociais,42130.html>.

## DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO DA MULHER APÓS A DISSOLUÇÃO CONJUGAL

**RANNY MYCHELLY OLIVEIRA FERREIRA:**  
Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

**MATEUS SCHAEFFER BRANDÃO**

**(Orientador: Prof. Me.)**

**RESUMO:** O presente trabalho versa sobre a responsabilidade civil pelo abandono afetivo da mulher após a dissolução conjugal, abordando as situações conjugais e os motivos que levam ao fim da sociedade conjugal. Em várias oportunidades, atos ilícitos são cometidos durante e após o encerramento do vínculo conjugal, consubstanciando-se na ocorrência de danos psicológicos e emocionais. No que tange às relações conjugais, analisa-se a ruptura do fim da união como causa do dever de indenizar pelo abandono afetivo da mulher, atentando-se com as ações comissivas ou omissivas concernentes ao abandono e ao abalo psíquico que se pode gerar no fim da relação. Importa discernir o dano moral por abandono afetivo, como uma reparação à falta de cuidado, e não necessariamente à ausência de sentimento amoroso. Levando-se em consideração o conflito de direitos fundamentais em colisão, seja a liberdade de um dos sujeitos em relação ao outro, seja a dignidade do sujeito submisso a essa liberdade. Desta forma, procurando a busca pela melhor ponderação, de sorte a não suprimir um direito em detrimento do outro, buscando a harmonia e coerência na coexistência dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil; abandono afetivo e moral da mulher; relações morais dentro da sociedade.

**ABSTRACT:** The present work versed on civil liability for the emotional abandonment of the woman after the marital dissolution, addressing marital situations and the motives that lead to the end of marital society. In several opportunities, illicit acts are committed during and after the closure of the marital bond, consubstantiated in the occurrence of psychological and emotional damage. Regarding marital relations, the end of the Union is

analysed as a result of the obligation to compensate for the emotional abandonment of the woman, with the actions of the comittance or Omissivas concerning the abandonment and the psychic concussion which can be generated at the end of the relationship. It is important to discern the moral damage by emotional abandonment, such as a repair to lack of care, and not necessarily the absence of loving sentiment. Taking into consideration the conflict of fundamental rights in collision, whether the freedom of one of the subjects in relation to the other, is the dignity of the submissive subject to that freedom. In this way, seeking the search for better weighting, of luck not to suppress a right to the detriment of the other, seeking harmony and coherence in the coexistence of fundamental rights.

**KEY WORDS:** Civil liability; affective and moral abandonment of women; moral relations within society.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá ressaltar a responsabilidade civil entre casais (Marido e Mulher), explicando as situações pré-conjugais e extraconjugais. Em se tratando de relacionamento familiar deve-se ter em mente sempre a realização de um convívio conjugal de início de relacionamento, família, inclusão social e divórcio.

Mostrando que a mulher em si pode ter um convívio pôs relacionamento, bem como ser incluída socialmente no meio da comunidade mundial. Nesse artigo se discutirá o casamento com suas obrigações legais e deveres, bem como possíveis acontecimentos decorrentes do resultado de problemas conjugais, conforme preconiza à **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**, que dia a responsabilidade do casamento pelo não cumprimento dos deveres entre os cônjuges.

## 2 DA ENTIDADE FAMILIAR



Pode-se conceituar família como o conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco entre si e vivem na mesma casa formando um lar<sup>[1]</sup>. Uma família tradicional é normalmente formada pelo pai e mãe, unidos por matrimônio ou união de fato, e por um ou mais filhos, compondo uma família nuclear ou elementar. A entidade familiar pode ser constituída por qualquer e toda espécie de união capaz de servi de acolhedora das afeições e emoções dos seres humanos. Uma das mais importante e renovadora da nossa constituição federal em relação ao direito de família, esta a multiplicidade e em relação ao direito de família se encontra ainda cercada de circunstancias que vem se renovando com o tempo.

A expressão entidade familiar e bem clara e constante no artigo 226, §§3º e 4º da Constituição Federal, in verbis:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 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.

O artigo citado nos mostra claramente que a entidade familiar pode ser a união estável ou a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Portanto, apenas pode ser reconhecida entidade familiar os cônjuges e sua prole. A Lei 9.278/96, que formalizou o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, e o Código Civil, no artigo 1.723, não exige a vida em comum no mesmo domicílio para a caracterização da união estável, mas falam em convivência, que não pressupõe necessariamente coabitação. E normal acontecer isto na face acadêmica e ate mesmo profissional pela a incompatibilidade de união anterior, onde os cônjuges habitar em residências diferentes.

### 3 da dissolução da sociedade conjugal no cÓdiGo civil

A União Estável é uma modalidade familiar reconhecida constitucionalmente, Art. 226, da Constituição Federal<sup>[2]</sup>, muito comum entre duas pessoas. Diferentemente do casamento, a União Estável não necessita de uma solenidade para se concretizar. Notória que as relações afetivas podem ter um fim. A partir da Constituição Federal de 1988, no entanto, o casamento deixou de ser considerado o único modelo legítimo de união entre o homem e a mulher, eis que no inciso III do seu art. 226 passou a reconhecer como entidade familiar à união estável.

Com efeito, harmonizando-se com a evolução social, como não poderia deixar de ocorrer, o sistema jurídico imperante acabou com a discriminação dantes existente com relação à união fato, de modo legitimando-a e afastando o tratamento discriminatório que lhe era dedicado tanto no âmbito social como no jurídico.

A união estável, constitucionalmente protegida, não se confunde com o matrimônio: união estável é considerada todas as pessoas de sexos opostos que têm o propósito de vida em comum, a lei e bem clara na sua conversão em casamento. A lei não tem regulamento específico, não sendo extensivos aos conviventes os direitos e deveres expressos no art. 231 do Código Civil Brasileiro, de modo que acoberta do afeto tão-somente às pessoas casadas.

#### 3.1 DA DISSOLUÇÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

A dissolução pode ser feita de duas maneiras: Extrajudicialmente, caso haja bens, e judicialmente, caso o casal possua filhos menores e bens. Cumpre salientar que pode ser resolvida à dissolução judicialmente como também em um cartório extrajudicial próximo ao domicílio do casal.

A mulher que queira fazer a dissolução extrajudicial deve ir a um cartório próximo a seu domicílio. A dissolução somente poderá ser feita no cartório caso o pedido seja consensual, bem como os conviventes não possuam filhos menores ou maiores incapazes, onde a mulher e o homem

concordem com o termo de separação, com partilhas de bens, eventuais pensões alimentícias, bem como guardas de filhos. Os conviventes devem estar acompanhados de advogado, o qual também assinará a escritura de dissolução. Mesmo vivendo em união estável sem documento que comprove, será possível dissolver tal união. Para tanto, o tabelião fará, na mesma escritura pública, o reconhecimento e a dissolução da união estável[3]. A união estável não modifica o estado civil da pessoa mais, fica amparada pelos mesmos direitos que do casamento.

### 3.2 DO DIVÓRCIO

A sociedade conjugal se estabelece quando, e em razão, do casamento. Pode ser dissolvida pela vontade das partes ou pelo descumprimento por qualquer dos cônjuges dos deveres inerentes ao casamento. Ainda que dissolvida a sociedade conjugal, o casamento persistirá até que seja decretado o divórcio do casal ou sobrevenha o falecimento de qualquer deles. O casamento não fica apenas no campo das relações civis entre os cônjuges, mais do que isto, é o instituto jurídico que dá origem à família. Importa lembrar, ainda, que a célula fundamental da sociedade é a família e, até por força de disposição constitucional, a família tem proteção especial do Estado[4].

Perceber no artigo 1.572 do Código Civil de 2002:

Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que

torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotados o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

É certo que o cônjuge que mantiver a guarda dos filhos poderá concomitantemente, ou até em caráter preparatório, pedir alimentos para estes, mas vedada está a interferência de quaisquer terceiros na ação de divórcio, inclusive os filhos e pais dos divorciados.

Excepcionalmente, no caso de incapacidade civil, quando o cônjuge não tem condições legais para dispor sobre os atos da vida civil, é que poderá ser representado por curador, ascendente ou irmão. O artigo 1581 código de civil nos mostra que o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens. Fazendo que evite conflitos posteriores.

#### 4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil parte do posicionamento que todo aquele que violar um dever jurídico por meio de um ato lícito tem o dever de reparar, pois todos têm o dever jurídico originários de não causar danos a outrem e, ao violar este dever jurídico originário passa-se a ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado.

Fato jurídico é todo acontecimento da vida que o Direito considera relevante[5]. São os fatos que o Direito pode ou deve interferir. Podem ser naturais, acontecidos pela força da natureza, como entre outros, o nascimento, morte, tempestade, ou voluntários, quando são causados por condutas humanas que podem ser atos lícitos ou ilícitos.

Os lícitos são os que estão de acordo com a lei, produzindo efeitos em conformidade com o ordenamento jurídico. Os ilícitos são os que estão em desacordo com o ordenamento jurídico, logo produzem efeitos, que de

acordo com as normas legais causam um dano ou um prejuízo a alguém, com isso criam uma obrigação de reparar o dano que foi causado, conforme no art. 186 e art. 927 do Código Civil<sup>[6]</sup>. "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"<sup>[7]</sup>.

Contudo, é necessário entender o significado da palavra Responsabilidade, que tem origem latina. Quando alguém diante uma ação ou omissão causa um dano a alguém, tem a obrigação de responder, assumindo as consequências que este dano tenha causado. A reparação do dano traria na verdade um equilíbrio, o qual a parte lesada voltaria ao seu estado anterior como se nada tivesse acontecido.<sup>[8]</sup> O principal objetivo da ordem jurídica é

Proteger o lícito e reprimir o ilícito. Vale dizer: ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, e reprimi a conduta daquele que contraria<sup>[9]</sup>.

As condutas humanas que venham a causar um dano são, na maioria das vezes, cometidas por uma ação que se originam de um fazer, ou seja, um movimento corpóreo comissivo, uma ação voluntária que causa um prejuízo, dano ou lesão a alguém. Diferente da omissão, uma pessoa que não age quando poderia e com isso permite que alguém diante do risco ou situação de perigo venha a sofrer um dano ao patrimônio ou uma lesão a si própria.

A Responsabilidade Civil não pode ser atribuída a todos, é necessário o agente causador do dano ser imputável, ou seja, se a pessoa ao cometer um ato lesivo possuía condições psíquicas ou condições de responder por este ato, pois ao atribuir responsabilidade atribuir-se o dever de responder. Uma pessoa pode ser inimputável por seus atos devido as suas condições mentais ou devido a sua menoridade. O dano causado à mulher que tenha levado a diminuição do bem jurídico da vítima deve existir para que haja reparação civil.

Sem dano não há reparação, só podendo existir a obrigação de indenização quando existir dano. Este pode ser material, causado diretamente a vítima ou seu patrimônio, ou ainda imaterial, causado a personalidade, honra, imagem, liberdade e etc. Mais uma vez, vale a pena



lembrar que quando há dano há a obrigação de reparar e para isso não importa a natureza do dano sendo material ou imaterial.

O dano material é todo dano causado ao bem jurídico de valor econômico. Pode ser uma agressão diretamente à vítima e com isso causar despesas médicas ou uma avaria a um bem que faz parte do seu patrimônio, que por sua vez, pode ser reparado de forma "*in natura*", ou seja, pode ser trocado por outro semelhante, ou em pecúnia, em dinheiro. A reparação pode ser pelo valor do conserto ou valor do bem.

Há espécies de dano material. Os danos emergentes são nada mais do que o valor direto da reparação, trazendo para a vítima a situação em que ela se encontrava antes do dano, o exemplo mais comum é no caso de um acidente de trânsito com perda total do veículo. O dano emergente é o valor do bem antes do acidente ou com a perda parcial. O dano emergente seria o valor do conserto[10].

Outra espécie de dano material são os lucros cessantes. O propósito de indenizar com base em lucros cessantes está na possibilidade da pessoa ter um dano e com isso deixar de lucrar. Se o veículo acidentado for levado à oficina, o valor do conserto será o dano emergente, mas, se a exemplo, o bem era utilizado para o trabalho de um taxista, o tempo em que o táxi ficar na oficina para o conserto é o tempo que o taxista deixou de trabalhar, logo teria um lucro que ele deixaria de receber. Este lucro deve ser calculado conforme o lucro que ele teve em outros dias em que trabalhou ou com base em outros taxistas do mesmo ponto, multiplica pelo número de dias em que ficou sem o veículo.

O valor integral de indenização será a cumulação dos danos emergentes, visto art. 403 Código Civil, a expressa determinação em que as perdas e danos incluem tanto os prejuízos efetivos como os lucros cessantes; meras hipóteses, sendo necessário se mostrar nexos causal entre o dano e o fato que o gerou[11].

Já no que consiste o dano imaterial, este não está ligado ao patrimônio da vítima, mas sim a todos os direitos de personalidade como a honra, a imagem, a liberdade, conforme disposto no art. 5º, V e X, da Constituição Federal[12]. Trata-se de um dano ou lesão cujo conteúdo não é pecuniário, pois não está relacionado ao patrimônio da vítima, mas sim, a sua imagem e reputação, como ela é vista na sociedade e o que as pessoas pensam sobre ela.



## **5 DOS CRITÉRIOS DE ABANDONO AFETIVO DA MULHER COMO DANO QUE GERA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Com o advento da constituição federal de 1988 inovou-se na forma de se compreender uma constituição familiar. A necessidade de uma providência de um casamento formal, ou até mesmo uma união estável entre um homem e mulher, a entidade familiar protegida pelo Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento[13], bem como o surgimento de novas formas de união, são temas tratados atualmente no texto constitucional.

O princípio da igualdade entre os cônjuges rompe com o caráter eminentemente patriarcal das relações familiares. O poder da mulher é destacado como instrumento de divisão mútua das orientações familiares entre os genitores. Nesta esteira, a noção de filiação já não se limitava à necessidade do matrimônio vinculado, via de consequência, à noção de legitimidade, hierarquizado em um modelo clássico familiar[14].

No que diz respeito à filiação, a carta magna e o código civil de 2002 prestigiaram a igualdade entre os filhos, proibindo designações discriminatórias sobre a filiação, seja qual for sua origem. Surgiu a idealização de uma filiação timidamente presente na legislação, mas primordialmente existente nas civilizações, qual seja a afetividade.

A verdade sociológica da filiação se constrói, não apenas na descendência, na consanguinidade, mas no cuidado que é despendido a outrem, no carinho que se faz fortalecer uma relação de afeto, mas principalmente no reconhecimento de um vínculo paterno ou materno além de um laço biológico.

Quanto ao princípio da afetividade, ainda que se viva em mundo totalmente globalizado, é no afeto que as relações familiares buscam o alicerce do crescimento da personalidade da pessoa humana. É na família que se encontrará o esteio da vida, refletindo a concretização dos direitos fundamentais para o crescimento comum.

A vida contemporânea para a mulher está marcada por um aumento gritante de divórcios e separações, que afetam em demasia a mulher, dada a ausência afetiva. Somando-se a isso o ânimo de desarmonia entre os familiares. Assim, pretende o presente trabalho analisar se a ausência do afeto por parte do cônjuge se configura

responsabilidade civil, considerando todos seus elementos - a culpa, o dano e o nexo causal.

Nota-se que a responsabilidade civil por abandono afetivo é matéria ainda recente nos meios jurídicos. No entanto, já existem julgados tanto favoráveis como contrários à possibilidade da reparação por danos morais em decorrência do abandono afetivo. Embora a possibilidade de indenização por danos morais em face do abandono afetivo a mulher ainda não seja majoritária nos tribunais, os tribunais de justiça do Brasil inteiro reconhecem o dano moral em decorrência do abandono afetivo.

Conforme estabelecido pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no dia 20 de outubro de 2011, a autora, alegando que, marcou casamento com o réu, contudo, este não compareceu ao cartório na data do matrimônio, configura o dano moral.

**INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – abandono no altar – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – o noivo não compareceu, não dando qualquer satisfação, o que lhe causou vergonha e humilhação. Em virtude de tais fatos, requer a condenação do réu a pagar danos materiais e morais. Dor sofrida por Jéssica Bezerra, em virtude do abandono no altar, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.**

Contudo, entendeu-se que, o rompimento injustificado da promessa no dia do casamento acarreta danos morais e patrimoniais, a parte abandonada no altar, conforme voto da desembargadora relatora.

Inconformado com a decisão, o réu apresentou a contestação oral. A sentença julgou procedente o pedido principal e improcedente o pedido contraposto, para condenar o réu, ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais e, R\$ 4.186,86 (quatro mil cento e oitenta e seis reais e oitenta e seis centavos) a título de danos materiais, acrescidos de custas e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

E continua a decisão:

Trata-se de apelação, interposta contra sentença, proferida pela Juíza de Direito da Vara Cível do Fórum Regional de Vila Inhomirim, Suzana Vogas Tavares Cypriano, em ação de indenização por danos materiais e morais em decorrência do não comparecimento do réu no seu casamento que seria realizado no Cartório de Registro Civil. Inexiste em nossa legislação obrigação do noivo ou da noiva de cumprirem a promessa de casamento, nem ação para exigir a celebração do matrimônio.

Contudo, entendo que, o rompimento injustificado da promessa no dia do casamento acarreta danos morais e patrimoniais, a parte abandonada no altar. O apelante sustenta em seu recurso que, desistiu do matrimônio, em virtude da oposição da família da noiva quanto a mudança do casal para o Rio de Janeiro local de seu trabalho. Assevera também que, comunicou previamente a apelada o rompimento do noivado.

Não se verifica nos autos qualquer indício de que o rompimento do noivado ocorreu antes da data da cerimônia.

Observa-se que a apelada contratou diversas empresas, todos os preparativos necessários para realização da cerimônia de casamento, assim como, o aluguel do vestido de noiva e promoveu a sua retirada na data do matrimônio, Portanto, não parece crível que a apelada, efetuando o pagamento e a retirada do vestido de noiva na data do matrimônio, tivesse conhecimento do rompimento do noivado.

Ademais, como bem salientado na sentença, proferida pela magistrada a quo, o réu não negou que deixou sua noiva esperando o seu comparecimento

em cartório no dia do casamento, justificando apenas que, não iria se casar, pois não poderia morar longe do local de trabalho.

O que se constata é a ausência de comunicação prévia do noivo, quanto a desistência do casamento, o que certamente evitaria maiores constrangimentos[15].

Vale destacar um trecho da sentença que demonstra a situação constrangedora passada pela apelada, “O réu preferiu deixar a autora vestir-se de noiva, comparecer no Cartório no dia do casamento civil e passar pelo vexame de ficar esperando o noivo em vão”[16].

Note-se que a sentença restou bem fundamentada, ao quantificar a indenização a título de danos morais, mostrando-se razoável e proporcional, considerando o caráter punitivo e pedagógico, dada a extensão do dano[17].

No tocante aos danos materiais, estes são devidos, pois a autora comprovou os gastos, realizados para a celebração do casamento acrescentando que, o réu em momento algum impugnou quaisquer dos gastos, apresentados. Assim, não há dúvidas de que o réu causou lesão de ordem moral e material à autora, estando correta a sentença, prolatada pela Juíza a quo.

Os atuais princípios jurídicos previsto na constituição federal consagram os valores e direitos constituídos em leis para a garantia da integridade física da mulher.[18] É necessário evitar que a mulher não sofra diferenças na sociedade e que a ela seja incluída socialmente mesmo após o fim do relacionamento, demonstrando assim que a mulher pode e deve ser incluída no meio social sem que sofra qualquer dano previsto em leis.

O convívio deve se estabelecer sempre no encontro de subjetividade por se dar no nível das relações íntimas, não obedecendo a

regras racionais ou legais. Visando, porém, atender às necessidades dos filhos da presença constante de ambos os genitores em sua vida.

É um trabalho árduo conceber a possibilidade de determinada pessoa requerer amor em juízo, uma vez que a capacidade de dar e de receber carinho faz parte da intimidade do ser humano, sendo necessárias apenas oportunidades e circunstâncias para que aflore um sentimento que já lhe pertence, não podendo o amor sofrer alterações históricas culturais, ser criado, concebido, adquirido ou produzido pelo Poder Judiciário.

## **6 CONCLUSÃO**

Em virtude do exposto, verifica-se que é possível o cônjuge ser responsabilizado civilmente pelos danos morais decorrentes do abandono afetivo, pois com as evoluções na estrutura familiar, vê-se que os deveres não são apenas em relação aos alimentos, ao auxílio material, mas sim ao amor, ao afeto e carinho que são dados a mulher.

Logo, mostra-se ser de grande relevância o estudo do abandono afetivo nas relações conjugais, pois é um assunto muito delicado que acaba envolvendo questões tanto na área jurídica como na área psicológica. Muitas vezes o cônjuge abandonado acaba procurando o Judiciário, a fim de que possa de alguma.

Maneira, suprir as consequências que o abandono afetivo lhe conferiu, pois terá seu desenvolvimento psicológico afetado.

Assim sendo, é função dos operadores do Direito interpretar e punir cada caso, de maneira justa, em conformidade com os princípios expressos na Constituição Federal, tendo maior destaque o princípio da afetividade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Vê-se que as jurisprudências dos tribunais brasileiros aderem à indenização decorrente do abandono afetivo, embora não seja permitida a indenização exclusivamente por esse motivo, não apenas com a intenção

de punir aquele que peca pela falta de amor, mas para lhe mostrar que tem o dever de cuidar e agir com respeito para com a mulher.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 1.<sup>a</sup> Edição. Ed. ATLAS, 2008

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso De Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 2.<sup>a</sup> Edição. Ed. Saraiva, 2011

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 6. Editora Saraiva, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa, **Curso De Direito Civil**. Volume 2. Editora Saraiva, 1959.

MONTEIRO, Washington De Barros. **Direito De Família**. Volume 2. Editora Saraiva, 2013.

CURSO DE DIREITO CIVIL V.2 DIREITO DE FAMÍLIA 42 ED.SAO PAULO: **SARAIVA. 2013.2V,632P.2<sup>a</sup>**

<http://www.editorajc.com.br/2794/>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)

<http://guiadocumentos.com.br/dissolucao-de-uniao-estavel/>

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=DEVER+DE+REPARAR+ARTIGOS+186+E+927+CAPUT+DO+CC>

<https://amandamayumi456.jusbrasil.com.br/artigos/141514948/responsabilidade-civil-decorrente-de-abandono-afetivo>

NOTAS:

[1]Gonçalves Carlos Roberto, direito civil brasileiro, vol.6 direito de família saraiva 2015. Pg. 21.



[2] **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. § 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.

[3] **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007.**

[4] Monteiro, Washington de Barros, Direito de família, editora Saraiva 2013 vol.2. (pg.314 a 380)

[5] **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.

[6] Art. 186 e art. 927 do Código Civil "Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito".

[7] "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". (Gonçalves, Carlos Roberto, Direito Civil brasileiro, Ed. Saraiva, 2007, p.13,14).

[8] (Gagliano, Pablo Stolze, Novo Curso de Direito Civil. Resp. Civil. Ed. Saraiva, 2011, p. 43, 44). Para Carlos Alberto Bittar a reparação do dano traria na verdade um equilíbrio, o qual a parte lesada voltaria ao seu estado anterior como se nada tivesse acontecido (Gagliano, Pablo Stolze, Novo Curso de Direito Civil. Resp. Civil. Ed. Saraiva, 2011, p.47).

[9] Programa de Direito Civil, V. I/ 341, Ed. Rio

[10] Cavalieri Filho, Sergio, Programa de Responsabilidade Civil, Ed. Atlas, 2008 p.72). (pg. 283 a 341)

[11] Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual

[12] Gonçalves, Carlos Roberto, Direito Civil brasileiro, Ed. Saraiva 2007, p.357).

[13] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 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. (Regulamento)

[14] Art. 226, § 5 da Constituição Federal de 88 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

[15] 6ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 0000813-45.2010.8.19.0075.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal de justiça do rio de janeiro. Acórdão no Mandado de Injunção Relator: Des. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA de 20-10-2011 . Disponível em [http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/juspostulandi/files/2012/04/oracle\\_utl\\_ejbdgtecgedar\\_consultaDocumentoGedWebTemp\\_0000813-45.2010-INDENIZATÓRIA-ROMPIMENTO.NOIVADO1](http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/juspostulandi/files/2012/04/oracle_utl_ejbdgtecgedar_consultaDocumentoGedWebTemp_0000813-45.2010-INDENIZATÓRIA-ROMPIMENTO.NOIVADO1).

[17] nos termos do **art. 4º** , § 1º , da **Lei 1060 /50**. Caso concreto em que a declaração de bens e direitos do autor dá conta nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986)

[18] O artigo 1º da Constituição Federal destaca que 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 a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

## **BENEFÍCIOS E MALEFÍCIOS DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**

**PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES**

**NETO:** Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

**Resumo:** Devido a ênfase atual do assunto na sociedade brasileira, neste artigo apresentaremos os benefícios e malefícios da redução da maioria penal. Utilizamos do método de pesquisa bibliográfica, a fim de ilustramos as opiniões existentes e diversas sobre o tema. Por fim, realizaremos as considerações pertinentes acerca da legislação brasileira e do respectivo tema abordado.

**Palavras-chave:** redução maioria penal; benefícios e malefícios; legislação brasileira.

**Abstract:** Due to the current emphasis of the subject in the Brazilian society, in this article we will present the benefits and harms of the reduction of the criminal majority. We used the method of bibliographical research, in order to illustrate the existing and diverse opinions on the subject. Finally, we will make the pertinent considerations about the Brazilian legislation and the related topic.

**Keywords:** reduction of criminality; benefits and harms; Brazilian legislation.

---

### **Introdução**

Debate acalorado se apresenta na sociedade brasileira, membros do Congresso Nacional, através de Proposta de Emenda

Constitucional (PEC), buscam a todo custo a redução da maioria penal como solução social da criminalidade praticada por menores.

Com intuito de esclarecermos sobre a emenda constitucional, cabe apresentar trecho de José Afonso da Silva:

*emenda constitucional é a modificação de certos pontos, cuja estabilidade o legislador constituinte considerou tão grande como outros mais valiosos, se bem que submetida a obstáculos e formalidades mais difíceis que os exigidos para alteração de leis ordinárias. Trata-se do processo formal de mudanças das constituições por um procedimento específico.* [\[1\]](#)

Exemplificaremos através das Propostas de Ementa Constitucional que tramitaram ou tramitam no Senado Federal, conforme segue:

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC 20/1999), apresentada pelo então senador José Roberto de Arruda (PR-DF), a qual leva a seguinte implicação: Torna imputáveis, os infratores com 16 (dezesesseis) anos ou mais de idade, independente da infração penal. Tendo como condição que se praticado por menor de 18 (dezoito) anos deverá ser constatado seu amadurecimento intelectual e emocional.

Por seu turno, o senador Magno Malta (PR-ES) apresentou a PEC 90/2003, que em seu texto torna imputáveis os maiores de 13 (treze) anos em caso de crime hediondo.

Em 2011 o senador Acir Gurgacz (PDT – RO) propõe a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 74/2011), que estabelece para os casos de crime de homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentado ou consumados, penalmente imputáveis os serão os maiores de 15 anos.

Clésio Andrade, senador do partido PMDB de Minas Gerais, propôs a PEC 83/2011 com a finalidade de estabelecer a maioria civil e penal aos 16 anos, tonando, ainda, a obrigatoriedade do voto nesta idade.

Com isto, torna as pessoas maiores de 16 anos capazes para o exercício direto de todos os atos da vida civil.

Adiante, o senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), propõe através da PEC 33/2012) a possibilidade de imputação penal aos menores de 18 (dezoito anos) e maiores de 16 (dezesesseis) anos para crimes hediondos, tortura, terrorismo e tráfico de drogas ou, ainda, na hipótese de reincidência múltipla na prática de lesão corporal grave ou roubo qualificado. De acordo com a proposta, cabe ao Ministério Público requerer que o menor de idade seja julgado como maior de idade. Por fim, a decisão caberá ao juiz do mérito, que deverá analisar provas e laudos psiquiátricos do referido acusado.

Álvaro Dias, senador pelo PSDB – SP, através da PEC 21/2013 a redução da maioridade penal de 18 (dezoito) anos para 15 (anos).

No que tange a Câmara dos Deputados, tramitaram ou tramitam as seguintes Propostas de Emenda Constitucional:

O Deputado Federal Benedito Domingues propôs a PEC 171/1993 com o escopo de alterar a redação do artigo 228 da Constituição Federal de 1988, desta forma, imputando penalmente o maior de 16 (dezesesseis anos).

Desta feita, vale lembrarmos que, em agosto de 2015, a Câmara dos Deputados, aprovou o projeto referente a redução seria possível nos casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte. Pelo texto dos deputados, no entanto, a aplicação não precisaria de pedido do MP e já valeria para qualquer adolescente que cometesse os crimes especificados.

Diante desta breve análise, vale ressaltar, pesquisa realizada em 2011 pelo Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística (IBOPE). Nesta pesquisa 86% (oitenta e seis por cento) dos entrevistados defendem a redução da maioridade penal de dezoito para dezesseis anos e destes, 75% (setenta e cinco por cento) são totalmente a favor da medida.



Em face ao exposto, podemos refletir com clareza quanto ao motivo incitador do pleitos e interesses que percorrem pelo Congresso Nacional.

### **1. O disposto na Constituição Federal de 1988 no que tange a maioria.**

A maioria penal encontra-se disposta no artigo 228 da Constituição da República Federativa do Brasil, que traz explícito em seu texto: “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.<sup>[2]</sup>

De acordo com Dalmo Dallari, em entrevista à Revista Fórum em 02 de abril de 2015, o artigo 228 é considerada uma cláusula pétreia, conforme expomos citação do jurista:

*Uma coisa importante que é preciso levar em conta é que o mesmo dispositivo constitucional que assegura esse direito fundamental prevê a hipótese, a possibilidade, de uma regulamentação especial para pessoas dessa idade. Elas não ficam totalmente livres de qualquer espécie de regulamentação. Não há nenhuma dúvida de que é um direito fundamental, expressamente consagrado na Constituição, e pronto. Então, dentro dessa perspectiva, é cláusula pétreia. Isso faz parte da essência da Constituição.*<sup>[3]</sup>

A Lei especial apontada no artigo 228 da Constituição Federal e, também, a que se refere Dalmo Dallari faz alusão ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que será abordado posteriormente.

De mesmo entendimento ao artigo constitucional expõe Alexandre de Moraes:

*Entende-se impossível essa hipótese, por tratar-se de inimputabilidade penal, prevista no art. 228 da Constituição Federal, de verdadeira garantia individual da criança e do adolescente em não serem submetidos à persecução penal em Juízo, tampouco*



*poderem ser responsabilizados criminalmente, com consequente aplicação de sanção penal. Lembremos, pois, de que essa verdadeira cláusula de irresponsabilidade penal do menor de 18 anos enquanto garantia de liberdade, igualmente transforma-se em garantia negativa em relação ao Estado, impedindo a persecução penal em juízo*<sup>[4]</sup>.

Por certo, existem entendimentos contrários acerca do dispositivo constitucional, de acordo com Nucci: “a maioria penal, além de não ser direito fundamental em sentido material [...] também não o é no sentido formal. Assim, não há qualquer impedimento para emenda constitucional suprimindo ou modificando o art. 228 da Constituição”.<sup>[5]</sup>

Rogério Grecco interpreta a redução da maioria penal na mesma vertente de Nucci, como expomos: “A única implicação prática da previsão da inimputabilidade penal no texto da Constituição Federal é que agora, somente por meio de um procedimento qualificado de emenda a minoridade penal poderá ser reduzida, ficando impossibilitada tal redução via lei ordinária”.<sup>[6]</sup>

Por certo, vale ressaltar o artigo 227 da nossa Lei Maior, que após exposto, na íntegra, nos servirá de alicerce para posteriores considerações:

*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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*

*§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de*

*entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*

*I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;*

*II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*

*§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.*

*§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:*

*I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;*

*II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;*

*III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*

*IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;*

*V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;*

*VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;*

*VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*

*§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.*

*§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.*

*§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*

*§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.*

*§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*

*I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*

*II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)*

Abordados os princípios constitucionais, os quais claramente tem por princípio salvaguardar a dignidade da criança e do adolescente, sendo assim, princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Resta-nos, portanto, apresentar no tópico a seguir a lei especial, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

## **2. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).**

A Lei nº 8.609 de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), tem como princípio a proteção integral à criança e ao adolescente. Este princípio de proteção citado emana, como visto, da Constituição Federal de 1988 conforme explicito em seus artigos 227 e 228.

O Estatuto da criança e do adolescente vem a ampliar o rol de direito destes, considerando a condição de ser em desenvolvimento, conforme disposto no artigo 6º: *“Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição particular da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”*.<sup>[7]</sup>

Destarte, que a proteção à criança e ao adolescente amparada na Lei Maior se complementa através do Estatuto da Criança e do adolescente.

Cabe esclarecer a finalidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, através de julgamento de apelação criminal nº119.688-0, na representatividade do voto do Desembargador Lair Loureiro, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), como segue:

*A Lei 8.069/90, em vigor desde outubro de 1990, concebida como uma legislação moderna e realista objetivou dar cumprimento e proteção integral aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, assim assegurados na Constituição da República. Bem por isso e visando assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação desses direitos, o Estatuto atribuiu essa tarefa, como assim vem disposto em*

*seu art. 4º, à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao próprio Poder Público. Para tanto, simplificou formas e procedimentos, garantiu e facilitou o acesso dos hipossuficientes à Justiça menorista, sempre com o intuito de tornar efetiva aquela proteção integral à criança e ao adolescente, assim reiterada logo no art. 1º do Estatuto referido.*

Expostos até o presente momento, de forma breve e sucinta os artigos constitucionais e entendimento quanto ao ECA, alicerçados por estes, discorreremos sobre os favoráveis, que apontam benefícios quanto a redução da maioridade penal, bem como os desfavoráveis a esta, expondo os malefícios que tal redução acarretará.

### **3. Favoráveis à redução da maioridade penal e benefícios apontados**

No que tange os argumentos postos, pelos favoráveis à redução da maioridade penal, abrange o desenvolvimento tecnológico e a capacidade de aquisição que os jovens hoje possuem, o que, neste caso, torná-los-ia capazes de distinguir o certo do errado, ou seja, o lícito do ilícito.

De acordo com tal entendimento, afirma Reale Júnior:

*No Brasil, especialmente, há um outro motivo determinante, que é a extensão do direito ao voto, embora facultativo aos menores entre dezesseis e dezoito anos, como decidiu a Assembleia Nacional Constituinte para gáudio de ilustre senador que sempre cultiva o seu 'progressismo'[...]. [...] Aliás, não se compreende que possa exercer o direito de voto quem, nos termos da lei vigente, não seria imputável pela prática de direito eleitoral. [...] Tendo o agente ciência de sua impunidade, está dando justo motivo à imperiosa mudança na idade limite da imputabilidade penal, que deve efetivamente começar aos dezesseis anos, inclusive, devido à precocidade da consciência*



*delitual resultante dos acelerados processos de comunicação que caracterizam nosso tempo.* [8]

Mirabete, em mesmo entendimento, afirma que: “Ninguém pode negar que o jovem de 16 a 17 anos de qualquer meio social, tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos”. [9]

Citados acima doutrinadores, de amplo reconhecimento, todavia como posto neste artigo, através de pesquisa realizada pelo IBOPE, o clamor da sociedade, devido ao sentimento de insegurança instaurado no Estado, alçou este a este debate e, diante do percentual apresentado, obviamente o Congresso Nacional postularia a respeito dos fatos.

Contudo, os benefícios de redução da criminalidade, que se apresentam com a redução da maioria se tornam dúbios, pois, conforme exposto por Mirabete, o fator do menor de 16 e 17 anos ter amplo conhecimento e discernimento, o que não nos levaria em tempos futuros que os menos de 12 e 15 anos obtivessem igual conhecimento e discernimento, visto que, vivemos na era da informação.

Vale ressaltar, que não nos cabe entrar no mérito do sistema prisional brasileiro, e da Lei de Execução Penal, principalmente no que tange a reeducação e ressocialização do então sentenciado, pois se assim o fosse, caberia não um artigo, mas sim uma tese sobre o tema aqui abordado.

#### **4. Contrários à redução da maioria penal e malefícios apontados**

Contrário a esta modificação legal, expusemos no início deste artigo o jurista Dalmo Dallari que evidencia, em sua opinião, a inconstitucionalidade de redução da maioria de 18 (dezoito) anos para 16 (anos), afirmando que o artigo 228 da Constituição Federal é um direito fundamentado, ou seja, cláusula pétrea.



De igual entendimento, também exposto, a afirmativa de Alexandre de Moraes que aponta a impossibilidade do artigo 228, por se tratar de garantias individuais da criança e do adolescente.

José Frederico Marques, corroborando com tal entendimento esclarece:

*O menor, pelo seu desenvolvimento mental ainda incompleto, não possui a maturidade suficiente para dirigir sua conduta com poder de autodeterminação em que se descubram, em pleno desenvolvimento, os fatores intelectivos e volitivos que devem nortear o comportamento humano. Daí entender-se que o menor não deve considerar-se um imputável.* [\[10\]](#)

A Organizações das Nações Unidas (ONU), através da sua agência Unicef, em nota afirma:

*Reduzir a maioria penal não resolverá o problema de segurança e altos índices de violência. No Brasil, os adolescentes são hoje mais vítimas do que autores de atos de violência. São eles que estão sendo mortos em número alarmante. O país precisa se comprometer com a garantia de oportunidade para que suas crianças e seus adolescentes se desenvolvam plenamente, sem nenhum tipo de violência. Reduzir a maioria penal não é o caminho para isso.* [\[11\]](#)

Desfavorável à redução da maioria penal, Maria de Lourdes Trassi Teixeira afirma:

*Reduzir a idade penal não implica a redução da criminalidade, não ameniza o clima de violência que constitui o ambiente cultural onde socializamos as novas gerações, não extirpa ou diminui o medo social, os sentimentos de vulnerabilidade, de insegurança que fazem parte do cotidiano dos cidadãos, habitantes das grandes e –agora, também*

– *das pequenas cidades do nosso imenso país.* (Teixeira, 2013, p.19).

Por certo após o exposto notamos que a questão da redução da maioria penal, trará malefícios a sociedade, não só aumentando a população presidiária, mas ferindo a dignidade humana e extinguindo o futuro de crianças e adolescentes que devem ter uma oportunidade digna e condizente com o afirmado em nossa Lei Maior e tratados internacionais aos quais o Brasil faz parte.

## **5. Considerações finais**

O embate travado na esfera da redução ou não da maioria penal se dá devido ao clamor social, fato existente relativo a sensação de insegurança e impunidade.

Contudo o Congresso Nacional, bem como doutrinadores que fundamentam a aplicabilidade de uma Proposta de Emenda Constitucional, não apontam para fatos relevantes, p.ex., o que impedirá que menores de 16 que possuam acesso a informação não cometam crimes.

Por certo, e em definitivo, o Estado por não conseguir fazer cumprir com eficácia a aplicabilidade da norma constitucional de atividade programática, procura, por outros meios atender as necessidades expressas pela sociedade. Todavia, poderão até atendê-la, em momento específico e não de fato.

Cristalino, portanto, que qualquer alteração no pleito a fim de reduzir a maioria penal de 18 (anos) para 16 (anos), contraria o preceito explícito em nossa Constituição Federal e, além disto, não fará com que as normas programáticas venham a ser atendidas na forma adequada que a nação merece, deseja e a fará evoluir em igualdade social.

## **6 – Referências bibliográficas**

ARAÚJO, Bruna Conceição Ximenes de. *A redução da maioria penal na República Federativa do Brasil.* In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande,

XIX, n. 155, dez 2016. Disponível em: <  
[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18310&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18310&revista_caderno=3)>. Acesso em out 2017.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil 1988*. T.VIII, Cap.VII. art. 228. Senado Federal: Brasília-DF:2008.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:..Acessado em: 25/10/2017.

DALLARI, Dalmo. *PEC da redução da maioria penal é inconstitucional*. São Paulo: In. Revista Fórum. 02/04/2015. Disponível em: <  
<https://www.revistaforum.com.br/2015/04/02/dalmo-dallari-pec-da-reducao-da-maioridade-penal-e-inconstitucional/>>. Acessado em: 25/10/2017.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: Parte Geral*. 10ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1985.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE JF. *Manual de direito penal*. v. 1. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Atlas, 1985.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8 ed. São Paulo: Atlas S. A. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*

Guilherme de Souza Nucci. -7 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 3. ed. v. 1 Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ROCHA, Sidnei Bonfim da. A redução da maioria penal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em:

>. Acesso em out 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUL21. Unicef: '*Reduzir a maioria penal não resolverá o problema de segurança e dos altos índices de violência*'. 24/09/2017. Disponível em: < <https://www.sul21.com.br/jornal/unicef-reduzir-maioridade-penal-nao-resolvera-o-problema-de-seguranca-e-dos-altos-indices-de-violencia/>>. Acessado em: 24/10/2017.

#### NOTAS:

[1] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 132.

[2] BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil 1988*. T.VIII, Cap.VII. art. 228. Senado Federal: Brasília-DF:2008.

[3] DALLARI, Dalmo. *PEC da redução da maioria penal é inconstitucional*. São Paulo: In. *Revista Fórum*. 02/04/2015. Disponível em: < <https://www.revistaforum.com.br/2015/04/02/dalmo-dallari-pec-da-reducao-da-maioridade-penal-e-inconstitucional/>>. Acessado em: 25/10/2017

[4] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8 ed. São Paulo: Atlas S. A. 2011, p. 2011.

[5] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*

Guilherme de Souza Nucci. -7 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 313

[6] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 389.

[7] BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [Acessado em: 25/10/2017](#).

[8] REALE JÚNIOR, Miguel . *Instituições de direito penal: parte geral*. 3. ed. v. 1 Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.138.

[9] MIRABETE JF. *Manual de direito penal*. v. 1. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Atlas, 1985, p. 215.

[10] MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, p.222.

[11] SUL21. Unicef: '*Reduzir a maioria penal não resolverá o problema de segurança e dos altos índices de violência*'. 24/09/2017. Disponível em: < <https://www.sul21.com.br/jornal/unicef-reduzir-maioridade-penal-nao-resolvera-o-problema-de-seguranca-e-dos-altos-indices-de-violencia/>>. Acessado em: 24/10/2017

## **PENA DE VIDA: O QUE CABE AOS SEVERINOS E VIRGULINOS.**

**SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL:**  
Faculdade de Direito Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal.

É comum a imprensa exibir matérias sobre a situação de calamidade dos estabelecimentos prisionais no Brasil. Não há quem não tenha visto cenas de presos com os braços para fora das celas fazendo sinais que denunciam a superlotação, ou talvez ouvido depoimentos de agentes públicos clamando por providências que possam amenizar o sofrimento dos detentos, assim como de todos que com eles convivem.

De acordo com a ordem constitucional vigente, uma pessoa só pode ser considerada culpada a partir do trânsito em julgado de uma sentença condenatória irrecurável. Logo, antes do trânsito em julgado, todos devem ser considerados e tratados como inocentes, e essa condição impõe a plena liberdade como regra geral. Todavia, considerando que o referido preceito contido na Carta Magna não foi contemplado para que o imputado pudesse delinquir tranquilamente, fugir sem encontrar nenhum obstáculo ou simplesmente criar embaraços à colheita da prova, o recolhimento ao cárcere poderá se mostrar necessário como medida cautelar, uma vez demonstrada a conjugação do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, sem qualquer análise de culpabilidade, que somente poderá ser feita no momento da decisão de mérito proferida ao final do processo, em respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

O que importa é que tanto a custódia de natureza provisória quanto a de caráter punitivo, deveriam seguir rigorosamente os limites da lei, o que está longe de ocorrer nas prisões brasileiras. Sob o argumento de que não há verbas para a construção de novas unidades destinadas ao confinamento, nem mesmo para equipar as que já existem, os presos são empilhados em celas insalubres, acumulando inúmeras doenças, as quais somente os ratos, baratas e lacraias que ali habitam conseguem transitar imunes. Diante desse quadro, somos forçados a refletir sobre a utilidade do cárcere e a crueldade com que tem se revelado. Não é por acaso que



alguns, se pudessem optar, prefeririam expirar seus pecados com a morte, espécie de pena que, segundo a legislação brasileira, só é admitida mediante fuzilamento em tempos de guerra.

Não obstante as constantes violações aos direitos humanos, há quem defenda tratamento ainda mais rigoroso, mesmo para aqueles que não tenham sofrido condenação definitiva. Alegam que o açoite forçaria o indivíduo a pensar duas vezes antes de delinquir, isso quando escapasse da pena capital, aplicada aos considerados irrecuperáveis. Aliás, esse discurso se transformou em senso comum, e quem se opuser a ele também correrá o risco de ser sumariamente julgado e executado, não por sentença, mas por intermédio de socos e pontapés desferidos pelo cidadão comum. O povo brasileiro é assim, insiste em implementar tudo aquilo que os países estrangeiros já experimentaram e fracassaram.

Não sabemos de que forma o indivíduo gerado e criado como um bicho terá receio de ser enjaulado como tal em decorrência da prática de um delito. Para ele, que nasceu em um hospital onde havia esgoto aberto na sala de cirurgia; que em sua comunidade viu pessoas mortas com os testículos entalados na garganta; que em casa teve de conviver com um pai alcoólatra e violento; as condições estruturais de uma penitenciária e a animosidade dos que ali habitam têm um toque bastante familiar. Para o reincidente na pena de vida, nada pode ser tão ruim assim. Não haverá como perder aquilo que nunca teve, salvo a chance de ir, vir e delinquir. Desejou a morte inúmeras vezes, e a cada segundo esperou ser surpreendido pela “senhora da foice”. Crê, mais do que suas vítimas, que deva morrer também como um bicho, como um vira-lata atropelado, ou pela “morte severina” citada por J. C. de Mello Neto: “de velhice antes dos trinta, de emboscada antes dos vinte de fome um pouco por dia.”. O problema maior está em que a cada cem Severinos, um vira Virgulino, e apesar da mudança da forma de enfrentar a sua sina, a sorte é a mesma, não varia.

É sabido que, além da “morte morrida” e da “morte matada”, há outras motivações para a interrupção da vida! Morre-se também pela liberdade, ao estilo de Ícaro; ou de tristeza, como em Romeu e Julieta; ou por amor, à semelhança de Liù, em Turandot, de G. Puccini, para não

revelar o segredo de seu amado Calaf; ou na luta contra a morte, no caso do Capitão Ahab, em *Moby Dick*, de H. Melville; ou de remorso, pelo que foi narrado em *The Imortal Life of Henrietta Lacks*, sobre a vida de muitos presidiários dos Estados Unidos da América que se oferecem para testes com remédios que podem ser letíferos, sob a justificativa de que ao menos uma vez poderiam fazer algo em favor da humanidade. Talvez essa configure a pena máxima, pela qual o condenado é levado a enxergar o que se tornou em vida, e não o que a vida se tornou.

Em sua obra, *O Pecado de Nossa Época*, Karl Menninger defende a tese de que o Estado gastaria muito menos com investimentos na área de saúde mental do que com o aparato repressor implantado. Aliás, não é exagero afirmar que o atual modelo não gera nenhum benefício para a sociedade, muito menos para o apenado, que, além de tudo, costuma se colocar na posição de vítima quando submetido a um sofrimento não contemplado pela lei, passando longe do que deveria ser considerado como essência do castigo, ou seja, a oportunidade de olhar para si mesmo. Quem se vê em pecado, aceita as penas com misericórdia. Porém, quando aplicadas em demasia, sente-se um mártir. Por outro lado, se dela escapar, sentir-se-á perdido, como aconteceu com um dos pilotos responsáveis pelo lançamento da bomba atômica em Hiroshima, que, em vez de punido, foi condecorado na condição de herói. A devolução das honrarias não evitou que terminasse seus dias em um hospício. Situação semelhante ocorreu com o psiquiatra Wilhelm Reich, que ao descobrir o adultério da mãe, acabou revelando o fato ao pai, que passou a humilhá-la de forma tão severa que o previsível desfecho foi o suicídio. Nem a genialidade do renomado psiquiatra foi capaz de impedir que na fase adulta se aventurasse a uma série de atividades que o levassem a receber do Estado a contrapartida da punição, que, talvez, acreditasse ser justa e legítima. O trágico fim de Reich se deu atrás das grades.

No romance de Friedrich Dürrenmatt, *A Pane*, o personagem Alfredo Trapps protagoniza uma história que reforça a ideia de que a verdadeira justiça requer uma análise introspectiva. Quando dirigia a caminho de casa, Trapps teve o seu intento interrompido devido a uma pane no motor. Com a ajuda de um mecânico, o carro foi rebocado sob a promessa de que

ficaria pronto somente na manhã seguinte. Apesar de existir um trem que poderia levá-lo para casa, se assim quisesse, preferiu ficar por lá. Entretanto, como os hotéis estavam lotados, Trapps saiu vagando por aquela cidadezinha, até que se deu com um senhor, de idade quase proecta, fazendo alguns serviços de jardinagem nos muros e portões de sua casa. Após uma breve conversa, na qual Trapps contou a sua história, o seu novo amigo o abrigou. Quando foi avisado pelo proprietário que se hospedaria em uma casa onde havia quatro homens extremamente cultos e experientes que fariam um julgamento dos atos dele, Trapps sorriu e asseverou: “não há culpas em mim!”. O problema é que entre comezainas fartas e bebidas cada vez melhores (a cada revelação), o protagonista da obra de Dürrenmatt acabou por sentir-se extremamente culpado.

Como diziam os Romanos em tom sarcástico: *In vino veritas*. O efeito do álcool, de livrar o *ich* das correntes do superego, deixando o *id* livre para agir, é coisa consabida há milênios. Várias lendas hebraicas há, sobre a participação do diabo na primeira vinha de Noé, usando, por exemplo, a baba do bode, o sangue do leão e do porco, alguma secreção do macaco, enfim... À medida que se adentrava o subconsciente de Trapps, o álcool que se lhe oferecia era melhor e, em determinado momento, passou a ser mais antigo e raro, partindo de um simples Campari até que, na iminência da almejada confissão, se chegasse ao conhaque Roffignac de 1893. Assim, invadiram os umbrais do *unknown* de Alfredo Trapps e, de portal em portal, chegaram ao busílis: mediante artifício, ele matara alguém. Na sequência, Trapps se deu a inflexão da pena que julgou aplicável.

A consciência sobre a sua natureza e a vilania de seus atos é o que deveria bastar como pena para o criminoso. De que forma seria possível alcançar essa utopia? Não sabemos. Entretanto, os esforços devem ser empregados nesse sentido, ou continuaremos a agir como revelou Clarice Lispector em sua análise sobre o *jus puniendi*. A escritora sustentava não existir direito, mas sim poder de punir, pois o homem somente é punido porque a força do Estado se sobrepõe à dele. Acrescentava ainda que o Direito Penal se assemelha às práticas da medicina medieval, segregando o doente, sem curá-lo e sem procurar as causas de sua enfermidade. Por

fim, conclui que só haverá o “direito de punir” quando tal medida implicar no emprego de uma vacina contra o gérmen do crime, como ensinava Carnelucci. Enquanto isso não se realizar, a aplicação de pena é pura “morfina às dores da sociedade”.

---

Sergio Ricardo do Amaral Gurgel e Renato Maluf são advogados em AMARAL GURGEL Advogados.

## **A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE QUANTO À EFICÁCIA DA MEDIDA**

**LANA VITÓRIA PINHEIRO CARMO LAZZARETTI:**  
Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade  
Serra do Carmo

**MATEUS SCHAEFFER BRANDÃO**

**(Orientador)[1]**

**RESUMO:** A conciliação e mediação estão no sistema jurídico desde a criação do Código de Processo Civil de 1973, mas a sua utilização nos conflitos não era exercida de forma costumeira, sendo pensada somente como uma alternativa não resolutória das lides. Muito se discutiu sobre a questão da obrigação de realizar audiência de conciliação e mediação nos processos ajuizados após a entrada em vigor do novo código de processo civil e se essa medida teria efeito na solução das lides. Com o novo código muita coisa mudou, uma dessas mudanças foi percebida no direito de família, por força do artigo 695 e seus parágrafos do CPC de 2015, a citação das partes será primeiramente designada para audiência de conciliação ou mediação e não terá como acompanhamento a petição inicial com o intuito de chegarem a um acordo sem exercer o direito de defesa. Essa forma torna a solução mais benéfica, pois deixa de transmitir o interesse particular e passa a produzir uma vontade coletiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conciliação; Mediação; Família.

**ABSTRACT:** Conciliation and mediation have been in the legal system since the creation of the Civil Procedure Code of 1973, but their use in conflicts was not exercised customarily, and was thought only as a non-resolutive alternative to the lawsuits. There was much discussion on the issue of the obligation to hold conciliation and mediation hearings in the lawsuits filed after the entry into force of the new civil procedure code and whether such a measure would have an effect on the settlement of disputes. With the new code a lot has changed, one of these changes was perceived in family law, by virtue of article 695 and its paragraphs of the

CPC of 2015, the citation of the parties will be primarily assigned to a conciliation or mediation hearing and will not have as a follow up the with the aim of reaching an agreement without exercising the right of defense. This form makes the solution more beneficial, since it stops transmitting the private interest and begins to produce a collective will.

**KEYWORDS:** Conciliation; Mediation; Family.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. BREVE HISTÓRICO DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO BRASIL; 2.1 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO; 3. INOVAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; 4. DO CARÁTER CONCILIADOR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; 5. DAS VANTAGENS DA CONCILIAÇÃO COMO FORMA DE REDUÇÃO DE DEMANDA JUDICIAIS; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7. REFERÊNCIAS.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Esta obra busca estudar a eficácia das medidas trazidas pelo novo código de processo civil em especial a obrigatoriedade da conciliação e mediação nos conflitos judiciais. Tendo em vista a importância da temática, essas medidas podem ajudar a esvaziar os tribunais. Estando as partes em acordo, reduzirá a demanda das ações que tramitam nos tribunais do Brasil.

Muito se discutiu sobre a questão da obrigação de realizar audiência de conciliação e mediação nos processos ajuizados após a entrada em vigor do novo código de processo civil e se essa medida teria efeito na solução das lides.

Segundo as ideias de Martins<sup>[2]</sup>, com o novo código muita coisa mudou, uma dessas mudanças foi percebida no direito de família, por força do artigo 695 e seus parágrafos do CPC de 2015. A citação das partes será primeiramente designada para audiência de conciliação ou mediação e não terá como acompanhamento a petição inicial como o intuito de chegarem a um acordo sem exercer o direito de defesa.



A utilização das diretrizes contidas dentro do artigo 2º do presente Estatuto, contido nas normas processuais fundamentais, bem como no seu parágrafo 3º determina que a conciliação e a mediação devam ser estimuladas, como solução consensual de conflitos pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, podendo ainda ser aplicado no curso do processo judicial. (CÉSPEDES; ROCHA; SARAIVA, 2016, p.24).

Com isso o intuito dessa norma e fazer com que os processos sejam mais céleres e produza um custo menor aos cofres públicos, sem falar na satisfação dos litigantes em ter a solução mais rápida e satisfatória dos seus litígios.

## **2. BREVE HISTÓRICO DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO BRASIL**

Para se progredir na evolução da conciliação e mediação no Brasil cabe, primeiramente, fazer uma abordagem do surgimento do conflito propriamente dito nas relações humanas. Sabe-se que desde os primórdios das civilizações o ser humano tem a necessidade de se agrupar em sociedade para a garantia da sua subsistência. Em consequência, essas relações originam-se os litígios, devido às diferenças de interesses e mudanças que afeta o relacionamento entre essas pessoas e conduz ao conflito.

A origem de todo conflito é a transformação ou a perspectiva de que ela aconteça[3]. Nesse contexto, pode se dizer que diversas são as causas da natureza dos conflitos, merecendo destaque o poder, em suas diferentes acepções; bens, compreendendo patrimônio, direitos, haveres pessoais; princípios, valores e crenças, inclusive políticas e religiosas; e relacionamentos interpessoais.

O Direito, portanto, exerce essa função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de forma a organizar a cooperação entre os indivíduos e solucionar conflitos que possa haver entre eles. A tarefa da ordem jurídica consiste exatamente em harmonizar as relações sociais, com o mínimo de sacrifício e desgaste.

Dessa forma, tem-se o Direito uma forma de frear os ímpetos individualistas dos homens que insistem em impor suas vontades particulares.

Ocorre que, mesmo com a existência da norma jurídica não é suficiente para evitar ou eliminar os conflitos, que configura a insatisfação de não obter o bem pretendido, seja porque, terceiro não satisfaz, seja porque, o próprio Direito proíbe tal satisfação.<sup>[4]</sup>

Assim, a eliminação dos conflitos existentes deve-se por obra das próprias partes ou algumas vezes auxiliados por terceiro. É nesse contexto, que surge os métodos consensuais de resolução de conflitos e são eles hoje protagonistas da política pública de tratamento adequado de conflitos que visam não apenas combater a morosidade e diminuir o número de processos, mas acima de tudo proporcionar a pacificação social, porque solucionam conflitos e previnem litígios.

No Brasil, essa política pública resgata o diálogo, mas a conciliação e a mediação não são institutos jurídicos novos. De acordo com estudos historiográficos a primeira Constituição Imperial Brasileira a de 1924, em seu artigo 161, já contemplava a resolução amigável do conflito pela conciliação. Naquela época só se podia começar um processo quando comprovado que a conciliação havia sido tentada previamente.

Posteriormente, na segunda metade do século XIX, porém, a conciliação foi banida, sendo esquecida pelo Código de Processo Civil de 1939. Só em 1974 que se voltou a falar nesse instituto. Em 1943, entra em vigor a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 1/5/1943), trazendo em seu artigo 764 e parágrafos, a obrigatoriedade de se buscar sempre nos dissídios individuais e coletivos do trabalho, a conciliação entre as partes, deixando a decisão do Juízo somente para o caso de não haver acordo (art. 831). Vale ressaltar que mesmo após a instrução do processo o juiz deve renovar a proposta de conciliação antes de proferir a decisão.

A conciliação voltou ao ordenamento jurídico brasileiro devido a inúmeros motivos, dentre eles pode-se relatar a sobrecarga dos tribunais, a

complexidade da estrutura da justiça comum, pouco ou nenhum acesso do povo à Justiça, despesas altas com os processos, solução rápida para os litígios, decisões são mais bem aceitas, alternativa de pacificação social, etc.

Com o advento do Código de Processo Civil (1973), o qual prevê em algumas de suas passagens, a possibilidade da Conciliação, sendo estas poucas e utilizadas até então de maneira insipiente, podendo-se citar os artigos 125, 277, 331 e 448.<sup>[5]</sup>

Hoje, no Brasil, a conciliação está prevista nos Juizados Especiais Cíveis - Lei 9.099/95; na Lei de Arbitragem – Lei 9.307/96; no atual Código de Processo Civil – Lei 13.105/15, nos Juizados Especiais Federais – Lei 10.259/2001 e pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário<sup>[6]</sup>.

A referida Resolução além de criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, conhecidos como os CEJUSCs, e reconhecer a conciliação como instrumento efetivo de pacificação social, solução e prevenção de litígios, regulamenta todos os procedimentos da conciliação e da mediação.

**A partir de então, um grande esforço para treinamento de conciliadores e mediadores passou a ser desenvolvido, com a multiplicação de Cursos de Capacitação, supervisionados pelo próprio CNJ e Tribunais, para o fim de treinamento dos interessados, para a nova atividade então estimulada.**

Começa-se, por assim dizer, uma nova era na conciliação e mediação, onde os métodos tradicionais dá lugar aos métodos auto compositivos, numa ação que está vencendo muitas resistências, e o Código de Processo Civil de 2015 abriga esses métodos de resolução de conflitos, introduzindo sua obrigatoriedade.

## 2.1 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Feitas estas considerações, no que tange a mediação e conciliação, é imprescindível trazer algumas distinções e semelhanças entre estes dois

institutos, que, apesar de nos dois casos haver um terceiro envolvido na busca de um acordo, se divergem em alguns aspectos.

Em se tratando de mediação e conciliação, tais mecanismos consensuais de solução de conflitos dizem respeito a auto composição, apesar da intervenção de um terceiro, não cabe a este a resolução do problema, mas sim, auxiliar as partes a solucionar o conflito.

Segundo a Lei 13.105/2015, na conciliação, o conciliador, atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Nesse sentido, as soluções buscadas na conciliação voltam-se diretamente para o problema, pois o conflito não necessita ser aprofundado, tendo em vista que inexistente uma relação contínua que envolva as partes.

Depreende-se, portanto, que o método da conciliação é de menor complexidade e mais rápido/objetivo se mostrando extremamente eficaz pois seu procedimento é simples e soluciona tudo em um único ato. Já a mediação exige melhor preparo do profissional de solução de conflitos, mais tempo e maior dedicação, vez que é preciso esclarecer primeiramente a estrutura da relação existente entre as partes, bem como a estrutura do conflito, para, depois, tratar das questões objetivas em discussão<sup>[7]</sup>.

Cumprido salientar que o mediador tem um papel diverso a conciliação sendo este um facilitador, educador e comunicador que tem por objetivo promover a gestão do conflito. Sua atuação como facilitador e criador de canais de comunicação permite que as partes se escutem e compreendam a si mesmas e entre si, conduzindo as a um acordo justo e satisfatório para ambas as partes.

O mediador não é um mero assistente passivo, mas sim um modelador de ideias, que mostrará o sentido da realidade necessário para

atingir acordos convenientes. Ele se vale de técnicas especiais e com habilidade escuta as partes, as interroga, apaga o problema, cria opções e tem como alvo que as partes cheguem a sua própria solução para o conflito (auto composição). É fundamental que o mediador não expresse sua opinião sobre o resultado do pleito. Tal atitude consiste na regra de ouro do mediador (mas não a única), uma forte característica que diferencia a mediação de outros mecanismos que igualmente visam a obtenção da auto composição[8].

Segundo o artigo 166[9] da Lei 13.105 de 2015 tanto a Conciliação quanto à Mediação são informadas pelos princípios da Independência, Imparcialidade, Autonomia da vontade, Confidencialidade, Oralidade, Informalidade, Decisão informada.

Pode-se dizer que tanto a mediação quanto à conciliação são tratativas que buscam a melhor solução para os envolvidos em um conflito, visando a obtenção da composição, por meio de uma terceira pessoa imparcial que possa contribuir não somente para resgatar o diálogo, mas também proporcionar maior alcance de cooperação e pacificação social.

### **3. INOVAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

A sistemática do Novo Código de Processo Civil representa grande revolução jurídica – uma lei fundamentada no princípio da cooperação, que exige que os litigantes ajudem-se mutuamente.

Recupera o direito à palavra da parte, ao contemplar a conciliação e a mediação também como uma norma fundamental do processo – art.3º, §§ 2º e 3º.

Para garantir uma prestação jurisdicional mais justa que solucione a atual situação do judiciário brasileiro, vem o novo Código estimular o uso de mecanismos alternativos, regulamentando esses institutos e os incentivando para garantir a pacificação social.

Nesse sentido, o Estado, deverá promover, sempre que possível o uso desses mecanismos de resolução de conflitos devendo ser incentivada



por juízes, promotores, defensores públicos, advogados e demais operadores do direito.

Para que seja assegurado aos litigantes o art. 3º, § 3º<sup>[10]</sup> do CPC, determina que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O Código de Processo Civil traz uma nova perspectiva, sendo um instrumento jurídico mais sintonizado com a realidade fática, por isso, deve-se dar ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da composição, pois se entende que a satisfação efetiva das partes pode se dar de modo mais intenso quando a solução é por elas criada, e não imposta pelo Juiz.

Cumprе salientar que na prática, é visto que as audiências preliminares de conciliação não se realizam tanto pelo desinteresse das partes quanto pelo pouco empenho dos magistrados na resolução consensual do conflito, que se limitam a perguntar se as partes têm proposta de acordo.

O Novo Código de Processo Civil recepcionou os anseios do Conselho Nacional de Justiça<sup>[11]</sup>, e o texto aprovado trouxe grande destaque para a mediação e a conciliação. A regra agora é a realização da audiência de conciliação antes da contestação. Os CEJUSCs passarão a ter previsão expressa no Novo Código de Processo Civil. A Resolução de Conflitos pela forma consensual é privilegiada, de modo que o incentivo do acordo passa a ser obrigatório, tanto judicial, como extrajudicial e pré-processual.<sup>[12]</sup>

#### **4. DO CARÁTER CONCILIADOR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

No novo Código de Processo Civil, a conciliação está presente logo em seu art. 3º, § 3º que trata do estímulo à conciliação e mediação. A referida audiência de conciliação torna-se regra no procedimento



comum, somente podendo ser excepcionada na hipótese de ambas as partes assim explicitamente optarem ou quando não se admitir a auto composição.

Com a entrada em vigor do Código de 2015 a conciliação e a mediação passaram a ter uma importância primordial, sendo que o Código de 1973 não deu a importância que deveria a esses mecanismos de solução dos conflitos e não havendo a obrigatoriedade da audiência inaugural para tentar conciliar as partes, dependendo da apreciação do juiz no caso concreto.

Nessa perspectiva pode-se dizer que o código de processo civil inovou com a **Criação de audiência obrigatória de “conciliação e mediação” antes da apresentação de contestação pelo réu.** Ajuizada uma ação, o réu será citado, não para contestar, mas para comparecer a audiência de conciliação ou mediação (art. 331)[13]. Somente com o encerramento da audiência, não tendo havido transação, terá início o prazo para contestação (art. 332)[14]. A audiência não será realizada somente se autor e réu manifestarem expressamente o desinteresse na composição consensual ou se não for admitida autocomposição (art. 331, §4º). **Os métodos alternativos de resolução de conflitos ganharam destaque diante da insatisfação social a respeito da prestação jurisdicional.**

Nesse interim, é possível perceber a importância da conciliação e da mediação para este novo código demonstrando assim o compromisso do Estado com a cultura da paz, promovendo tratamento adequado das controvérsias, uma vez que há a possibilidade de extinção imediata da lide, com total independência e autonomia das partes em relação ao mérito do acordo, sem que corram o risco de ganhar ou perder de forma imprevisível, pela real possibilidade de discussão dos resultados.

## **5. DAS VANTAGENS DA CONCILIAÇÃO COMO FORMA DE REDUÇÃO DE DEMANDA JUDICIAIS**

As vantagens da prática do instituto da conciliação são alcançadas considerando que a partir dos mecanismos de auto composição, consegue-se atingir com maior êxito a resolução do conflito em todas as suas proporções e amplitude, o que permite não só a solução do litígio

como também e, principalmente, a continuidade das relações entre as partes.

Além de prevenir o exercício de uma atividade jurisdicional legal pelos meios tradicionais, evita que surjam outros litígios em virtude do mesmo fato. Basta se analisar aquelas situações em que as decisões judiciais são impostas autoritariamente, para ver que a auto composição através da conciliação mostra resultados eficientes e satisfatórios.

Nas decisões autoritariamente impostas as partes por vezes não saem satisfeitas, pois, a parte que se vê como perdedora da demanda acaba por querer prolongar o litígio por não aceitar tal decisão. As partes, envolvidas mediante acordo chegam a uma solução, o que torna a insatisfação uma possibilidade bem debilitada.

Desde que aplicada com os devidos cuidados, a prática desta medida alternativa consegue dar abertura a um número cada vez maior de resolução de lides, colaborando assim, para a agilidade e solução mais rápida nas vias processuais do Poder Judiciário.

Além de ajudar o Poder Judiciário com o congestionamento processual, a resolução dos conflitos através da auto composição implica ainda em uma garantia constitucional, o acesso à justiça.

Pelas vantagens não se vê apenas a redução processual, mas também maior agilidade, rapidez, qualidade, satisfação e efetividade aos processos. Outra observação importante em relação às vantagens é que a partir das câmaras de conciliação, o juiz terá mais tempo para dedicar a ações de maior complexidade, podendo assim entregar as decisões em tempo razoável evitando a morosidade da justiça. (CALMON, 2015, p.25)

Observa-se que além da descentralização das atividades e agilidade processual, existe ainda o aumento da qualidade da própria prestação jurisdicional. A solução por meio de acordo traz ainda uma considerável redução dos custos processuais, face à supressão de certos atos, como por exemplo, evitando-se a expedição de novos documentos, as partes também evitarão pagamento de honorários periciais, entre outros.

As vantagens da conciliação foram expostas como uma das soluções entre as medidas alternativas mais efetivas para propiciar maior celeridade ao andamento processual, servindo também como meio de reduzir as causas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas quanto aos benefícios que a conciliação e a mediação produzem no sistema judiciário, sendo observados parâmetros de eficácia nos resultados produzidos nas lides.

Essa evolução no sistema jurídico é de suma importância, tendo em vista que tal posicionamento produz efeitos significativos na questão da resolução dos conflitos, tendo como ponto principal a solução pacífica das adversidades encontradas na convivência humana em sociedade.

Tendo em vista a grande vantagem que o processo produz no decurso dos conflitos, essa barreira deve ser rompida e todos os envolvidos na busca da solução devem se tornar guardiões dessa ferramenta processual.

Portanto, como forma de atuar nos conflitos sociais a conciliação e a mediação é de fundamental importância e deve ser estimulada sempre a sua aplicação como forma condutora de solução, não basta que essa aplicação se faça dentro dos tribunais, mas sim, na medida em que se tiver uma demanda de solução se aplique a conciliação e a mediação, buscando a garantia da dignidade humana e da cidadania em meio ao caos social.

## 7. REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31ª edição. São Paulo : Editora Malheiros, 2015.

CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da, **Novo Código de Processo Civil**, 2º ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

CALMON, Petrônio, **Fundamentos da Mediação e da Conciliação** – 3.ed.- Brasília,DF: Gazeta Jurídica,2015.

DEMARCHI, Juliana, **Técnicas de Conciliação e Mediação**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGASTRA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional** : guia pra?tico para a instalação do setor de conciliação e mediação. 3ª reimp. Sa?o Paulo : Atlas, 2013.

\_\_\_\_. **Lei nº 9.099/95, Juizados Especiais Cíveis**, Brasília, DF, 26 de Setembro de 1995.

\_\_\_\_. **Lei nº 9.307/96, Lei de Arbitragem**, Brasília, DF, 23 de Setembro de 1996.

FIORELLI, José Osmir, FIORELLI, Maria Rosa e JUNIOR, Marcos Olivé Malhadas, **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. – São Paulo: Atlas, 2008.

**MARTINS**, [Renan Buhnemann](#), JusBrasil, Conciliação e Mediação na ótica do Novo CPC. Uma Visão Mais aprofundada do tema de acordo com as disposições do CPC/2015, **2017**, Acessado em 10 de novembro de 2017, no site: .

PEREIRA, Clovis Brasil, Blog Conima, **Conciliação e Mediação no Novo CPC**, 2016, acessado em 16 de novembro de 2017, no site < <http://www.conima.org.br/arquivos/4682>>

NOTAS:

[1] Mateus Schaeffer Brandão, professor Me. em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-PT.

[2] Martins, **Renan Buhemann**, JusBrasil, Conciliação e Mediação na ótica do Novo CPC. **Uma Visão Mais aprofundada do tema de acordo com as disposições do CPC/2015. Acessado em 10 de novembro de 2017, no site: <<https://rbmartins1992.jusbrasil.com.br/artigos/309063697/conciliacao-e-mediacao-na-otica-do-novo-cpc>>.**

[3] FIORELLI, José Osmir, FIORELLI, Maria Rosa e JUNIOR, Marcos Olivé Malhadas, **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática.** – São Paulo: Atlas, 2008.

[4] ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 31ª edição. São Paulo : Editora Malheiros, 2015.

[5] Artigo 125, inciso IV[2], deixa claro que compete ao Juiz “Tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”, primando assim, pela rápida solução do litígio, conforme preceitua o inciso II do mesmo artigo em discussão, dando ao Juiz a oportunidade de buscar a resolução da lide logo no começo ou em qualquer fase do processo; Artigo 277 (capítulo III – Do Procedimento Sumário) aduz que, “O Juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de 30 (trinta) dias [...]. § 1. A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador”;

Artigo 331 (capítulo V – Do Julgamento Conforme o Estado do Processo – Seção III – Da Audiência Preliminar) prevê que “Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias [...].[3] § 1 obtida à conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença”; Artigo 448 (capítulo VII – Da Audiência – Seção II – Da Conciliação) também dispõe que “antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo”. Isso para as causas que versarem sobre direitos patrimoniais privados e para as causas de família em que admitam transação.

[6] BRASIL. **Lei nº 9.099/95, Juizados Especiais Cíveis**, Brasília, DF, 26 de Setembro de 1995.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.307/96, Lei de Arbitragem**, Brasília, DF, 23 de Setembro de 1996.



\_\_\_\_\_. **Lei 13.105/15, Código de Processo Civil**, Brasília, DF, 16 de Março de 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.259/2001, Juizados Especiais Federais**, Brasília, DF, 12 de Julho de 2001.

[7] DEMARCHI, Juliana. **Técnicas de Conciliação e Mediação**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGASTRA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional : guia pratico para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 3ª reimp. Sa?o Paulo : Atlas, 2013. p 55.

[8] CALMON, Petrônio, **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. – 3.ed.- Brasília,DF: Gazeta Jurídica,2015, p113.

[9] Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

[10] Art. 3º, § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

[11] **O Conselho Nacional de Justiça (CNJ)** é uma instituição pública que visa a aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005, tem sua sede em Brasília, mas atua em todo o território nacional. (Fonte: Portal CNJ)

[12] **Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins – Curso Básico de Conciliador e Mediador**, Palmas – TO, 2017.

[13] Art. 331. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 5 (cinco) dias, retratar-se. § 1º Se não houver



retratação, o juiz mandará citar o réu para responder ao recurso. § 2º Sendo a sentença reformada pelo tribunal, o prazo para a contestação começará a correr da intimação do retorno dos autos, observado o disposto no [art. 334](#). § 3º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença.

[14] Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do [art. 241](#). § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

## A IDENTIDADE DE GÊNERO NO CENÁRIO JURÍDICO-SOCIAL

**RENATA MOURA TUPINAMBÁ:** graduada em Direito (Universidade Federal do Rio de Janeiro); pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes; pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; aprovada nos Concursos para os cargos de Analista do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro e Defensor Público Substituto do estado da Bahia.

**RESUMO:** A nova ótica constitucional, de valorização do indivíduo em sua essência, levanta debates recentes e atuais – entre eles, a questão da identidade de gênero. O tema não se limita às subjetividades do sentimento humano; é necessário que os juristas discutam a implementação de mecanismos que permitam o amplo exercício da Dignidade da Pessoa Humana – entre eles, a possibilidade de receber assistência pelo Sistema Único de saúde (SUS) e de ter o nome civil em compasso com a auto-percepção. É certo que não bastam os esforços para a efetivação das diversas medidas cabíveis – se faz necessário maior conscientização da sociedade como um todo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Civil. Direito Constitucional. Identidade de gênero. Transgenitalização. Direitos da personalidade.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. A TRANSGENITALIZAÇÃO NO ATUAL CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 3. ALGUMAS QUESTÕES QUE MERECEM REFLEXÃO; 4. O NOME COMO DIREITO FUNDAMENTAL; 5. CONCLUSÃO; 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

### 1. INTRODUÇÃO

A redesignação de sexo está diretamente ligada à medicina como ciência, uma vez que dela dependem as pessoas que querem fazer alterações físicas, não importando para aquelas que não possuem essa necessidade. São várias as cirurgias a que o indivíduo transgênero mulher

tem acesso: desde a raspagem do “pomo de Adão”, passando pelo afinamento da cintura, até constituição do órgão genital feminino. O objetivo é fazer com que o aspecto físico desse indivíduo fique de acordo com o que ele espera de si próprio e com o que se apresenta e é conhecido em seu meio social e/ou familiar.

Mas não é só.

A transgenitalização não significa, necessariamente, apenas a alteração da genitália. Muitos são as pessoas transgêneros que não se submetem a esse tipo de intervenção, ou seja, realizam diversas cirurgias, mas não alteram a genitália. O tratamento hormonal, por vezes, já satisfaz o indivíduo quanto aos seus aspectos físicos, e reduz a números baixos os casos dos que recorrem à cirurgia.

Conforme agasalhado pela jurisprudência, e, recentemente, pelo STJ<sup>[1]</sup>, não permitir a mudança registral de sexo com base em uma condicionante meramente cirúrgica equivale a prender a liberdade desejada pelo transexual às amarras de uma lógica formal que não permite a realização daquele como forma de ser reconhecido por terceiros, mas principalmente a sua auto percepção de si próprio, construída ao longo de anos de muito sofrimento e preconceito.

## **2. A TRANSGENITALIZAÇÃO NO ATUAL CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

No que tange aos direitos humanos fundamentais, inicialmente, o bem jurídico que inicialmente preponderava era o da propriedade e a liberdade de querer ser proprietário de alguma coisa. Em um segundo momento, o que preponderou foram os direitos públicos e de cidadania, isto é, o povo começou a querer ter voz. Em um terceiro momento, o foco passou a ser o direito às liberdades individuais. Vida privada e intimidade passaram a categoria de direito fundamental de todo ser humano.

Dessa forma, foram-se escalonando os direitos fundamentais até os dias de hoje, em que o amplo direito à dignidade engloba todos os anteriores. O direito da personalidade é um direito nato, intrínseco, aquele

que o cidadão já traz com ele ao nascer: o direito a viver com dignidade, receber tratamento digno, de dizer quem é e de expressar sua personalidade. Essa questão, então, se insere dentro de um contexto familiar e o que se busca hoje em dia é despatrimonializar a família, as relações de afeto e os direitos de liberdade sexual.

O movimento social para despatrimonialização do casamento ganhou força para fazer prevalecer questões emocionais, sentimentais e amorosas, reduzindo as imposições externas tanto para casar quanto para descasar. O divórcio, nesse contexto, virou direito potestativo de busca pela felicidade.

À despatrimonialização, somou-se a igualdade e a dignidade da família. Os papéis muito bem definidos de marido e esposa foram suplantadas pela igualdade de gênero e das condutas sociais, retirando-se o caráter desigual de dentro das famílias brasileiras. As comunidades conservadoras julgam que a luta por essa igualdade dentro do seio familiar prenuncia seu fim, o que não traduz a realidade, visto que os novos modelos de família se somam aos já existem e não os excluem do cenário.

A família continua sendo a célula mater da sociedade e, independentemente da sua formação (seja anaparental, pluriparental, adoção, etc.), mantém seu papel de núcleo, detentor do potencial dever de transmitir aos seus descendentes as primeiras regras de hierarquia, respeito e boas práticas de convivência social. Os direitos humanos da família buscam, exatamente, sobrepor o caráter humano ao patrimonialismo, às imposições e às desigualdades, fazendo prevalecer o direito à liberdade e felicidade junto à comunidade. Dessa forma, expande-se o conceito de família para uma unidade de afeto.

Barreiras culturais imprimiram ritmo lento à implementação dos princípios gerais de Liberdade, Igualdade e Dignidade. Todos os indivíduos, portanto, nascem livres, iguais e têm direito à dignidade. No Brasil, já foram criadas inúmeras leis que priorizam tais valores no ordenamento jurídico, como a lei que proíbe o racismo, e agora estamos à espera da lei contra a homofobia. Ainda lutamos contra grupos religiosos que se opõem a essa causa e admitem e até incentivam a homofobia,

desconsiderando o crescente número de casos de violência e mortes provocados pelos mais radicais.

### **3. ALGUMAS QUESTÕES QUE MERECEM REFLEXÃO**

Nesse contexto, é fundamental entender a diferença entre homossexuais e transexuais. Esses últimos dizem respeito à questão de identidade de gênero, que é a convicção íntima de pertencer ao gênero feminino ou masculino, independentemente de como o outro quer que o indivíduo se sinta. É como ele se percebe. Já a homossexualidade tem relação com o sentimento; a quem o sentimento e o desejo sexual é direcionado. Por isso, não pode ser chamada de “opção” sexual, já que não se escolhe o sentimento: ele aflora, é algo natural que não se escolhe.

O Código Internacional de Doenças (CID), elaborado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), traz a transexualidade como doença psiquiátrica. Todas as disfunções físicas e biológicas estão incluídas nesse código. A homossexualidade foi tratada como doença pelo CID até 1990. Quando foi retirada do código, em 17 de maio, a data ficou conhecida como Dia do Orgulho Gay (LGBT). A luta atual dos indivíduos transgênero é pelo reconhecimento da transgeneridade sem caráter patológico. Diversas associações médicas e psiquiátricas já retiraram a transexualidade do rol das doenças mentais, mas o Código Internacional de Doenças, que é mundialmente utilizado, permanece inalterado, o que acaba por perpetuar o preconceito já existente nas sociedades.

O processo transexualizador inclui várias etapas e procedimentos que se iniciam com acompanhamento psicológico, seguido por tratamento hormonal e cirurgias eletivas. O Sistema Único de Saúde (SUS) prevê atendimento a essas pessoas, sendo pacífico o entendimento da doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de custeio da cirurgia de transgenitalização pelo Estado, por meio do SUS.

Existe uma discordância no grupo transexual entre os que temem a saída da transexualidade do CID e a eventual perda dos direitos públicos e os que apoiam a retirada da classificação de doença por entenderem que o direito ao atendimento está assegurado dentro do direito à saúde sexual –

devendo essa visão ser amplamente difundida entre os diversos setores da sociedade, e, também, nos espaços de poder. É preciso conscientizar a opinião pública acerca do dever de respeito à identidade como direito individual fundamental, um dos vetores de uma vida digna.

Algumas crianças transgênero têm o privilégio de ter pais que buscam esclarecimento, e conseguem lidar com a situação de uma forma pacífica, compreensiva e acolhedora, mas a maioria, infelizmente, ainda têm desfechos cruéis, senão fatais, precedidos por atos de violência física e psicológica, episódios de agressão e abandono.

#### **4. O NOME COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

O CNJ garante a desnecessidade da cirurgia de transgenitalização para alteração de nome e retificação de sexo jurídico no registro civil, respectivamente. Recentemente, o STJ, em decisão inovadora e condizente os novos rumos tomados pelo ordenamento jurídico brasileiro pós Constituição de 1988, dispensou qualquer tipo de obrigatoriedade de cirurgia para modificação dos assentos civis das pessoas. Este julgado se apresenta como um importante precedente na seara dos direitos individuais e da personalidade.

O que se observa é que a designação sexual assentada no primeiro registro leva em consideração somente a observação física, que, com o tempo, pode ser suplantada pelo aspecto do sexo psicológico; pela real identidade e representação de gênero dos indivíduos que buscam a retificação civil de seu nome e a redesignação sexual como meio de promoção de sua dignidade, cidadania e bem estar. A falha primária acometida sobre a transexualidade é um engano no primeiro registro do tipo sexual, determinado ao nascer, e apenas em observância dos fatores biológicos, mas que, com o passar dos anos, demonstra-se incoerente com o aspecto do sexo psicológico e da real identidade de gênero. A busca é pela reparação desse engano; para que adquira sua real identidade registral, podendo ser identificado publicamente através de seus registros civis em total coerência com sua representação de gênero e nome frente à sociedade.



O entendimento foi firmado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao acolher pedido de modificação de prenome e de gênero de transexual que apresentou avaliação psicológica pericial para demonstrar identificação social como mulher. Para o colegiado, o direito dos transexuais à retificação do registro não pode ser condicionado à realização de cirurgia, que pode inclusive ser inviável do ponto de vista financeiro ou por impedimento médico.

No pedido de retificação de registro, a autora afirmou que, apesar de não ter se submetido à operação de transgenitalização, realizou intervenções hormonais e cirúrgicas para adequar sua aparência física à realidade psíquica, o que gerou dissonância evidente entre sua imagem e os dados constantes do assentamento civil. Tal decisão é de tamanha importância para conjuntura atual de preconceito e homofobia em que vivemos, que cabe aqui colocá-la na íntegra:

Ação de retificação de registro de nascimento. Troca de prenome e do sexo (gênero). Pessoa transexual. Cirurgia de transgenitalização. Desnecessidade.

**DESTAQUE** O direito dos transexuais à retificação do prenome e do sexo/gênero no registro civil não é condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização. **INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR** A controvérsia está em definir se é possível a alteração de gênero no assento de registro civil de pessoa transexual, independentemente da realização da cirurgia de transgenitalização (também chamada de cirurgia de redesignação ou adequação sexual). Inicialmente, e no que diz respeito aos aspectos jurídicos da questão, infere-se, da interpretação dos arts. 55, 57 e 58 da Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o

benefício social da alteração, o que reclamará, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público. Quanto ao ponto, cabe destacar ser incontroversa a possibilidade de alteração do prenome, na medida em que o Tribunal de origem manteve a sentença que rejeitou tão somente o pedido de alteração do gênero registral da transexual mulher. Ocorre que a mera alteração do prenome das pessoas transexuais, não alcança o escopo protetivo encartado na norma jurídica infralegal, além de descurar da imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade. Nesse contexto, o STJ, ao julgar casos nos quais realizada a cirurgia de transgenitalização, adotou orientação jurisprudencial no sentido de ser possível a alteração do nome e do sexo/gênero das pessoas transexuais no registro civil – entendimento este que merece evolução tendo em vista que a recusa de modificação do gênero nas hipóteses em que não realizado tal procedimento cirúrgico ofende a cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana. Vale lembrar que, sob a ótica civilista, os direitos fundamentais relacionados com a dimensão

existencial da subjetividade humana são também denominados de direitos de personalidade. Desse modo, a análise do tema reclama o exame de direitos humanos (ou de personalidade) que guardam significativa interdependência, quais sejam: direito à liberdade, direito à identidade, direito ao reconhecimento perante a lei, direito à intimidade e à privacidade, direito à igualdade e à não discriminação, direito à saúde e direito à felicidade. Assim, conclui-se que, em atenção à cláusula geral de dignidade da pessoa humana, a jurisprudência desta Corte deve avançar para autorizar a retificação do sexo do indivíduo transexual no registro civil, independentemente da realização da cirurgia de adequação sexual, desde que dos autos se extraia a comprovação da alteração no mundo fenomênico (como é o caso presente, atestado por laudo incontroverso), cuja averbação, nos termos do § 6º do artigo 109 da Lei de Registros Públicos, deve ser efetuada no assentamento de nascimento original, vedada a inclusão, ainda que sigilosa, da expressão transexual ou do sexo biológico.

REsp 1.626.739-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por maioria, julgado em 9/5/2017, DJe 1/8/2017.

O relator do referido recurso especial, ministro Luis Felipe Salomão, lembrou em seu voto inicialmente que, como Tribunal da Cidadania, cabe ao STJ levar em consideração as modificações de hábitos e costumes sociais no julgamento de questões relevantes, observados os princípios constitucionais e a legislação vigente. Além disso, na hipótese específica dos transexuais, o ministro entendeu que a simples modificação de nome não seria suficiente para a concretização do princípio da dignidade da

pessoa humana e que também seriam violados o direito à identidade, o direito à não discriminação e o direito fundamental à felicidade. [2]

Pode-se dizer, então, que o nome registral de um indivíduo é um elemento de identificação. O nome no registro civil, se presta a duas funções sociais, ambas identificadoras: o indivíduo se identificar e fazer com que a sociedade o identifique. A partir do momento que esse registro passa a não cumprir essa função social, é preciso revê-lo juridicamente.

Quanto aos argumentos no sentido de que a alteração do nome poderia ocultar aqueles que desejam finalidades ilícitas, é certo que nome não configura mais um fator determinante na segurança pública. Na verdade, é de somenos importância quando se dispõe de tantos outros recursos como a digital, a íris, a curvatura da mão e o reconhecimento facial. A tecnologia é que traz segurança e não o nome, que é um fator de relevância enquanto vetor de inclusão social.

A identidade é, portanto, um fator de inclusão social, mas não de segurança pública, uma vez que somente o nome é alterado, os números dos documentos como CPF e carteira de identidade continuam os mesmos.

Nas palavras do ministro Salomão: “ademais, impende relembrar que o princípio geral da presunção de boa-fé vigora no ordenamento jurídico. Assim, eventuais questões novas deverão ser sopesadas, futuramente, em cada caso concreto aportado ao Poder Judiciário, não podendo ser invocados receios ou medos fundados meramente em conjecturas dissociadas da realidade concreta”.

Ainda sobre esse aspecto, o direito ao segredo de justiça preserva a privacidade do indivíduo transgênero sem que represente qualquer perigo para a sociedade, restringindo o assunto ao âmbito dos diretamente interessados. Dessa forma, ampliam-se as chances de integrá-lo e mantê-lo resguardado de qualquer tipo de discriminação.

## **5. CONCLUSÃO:**

Reconhecer o indivíduo frente à sua própria identidade é respeitá-lo enquanto pessoa e cidadão - e não trará nenhum prejuízo à sociedade, gerando, ao contrário, enorme bem-estar, dignidade e sentimento de justiça, conduzindo à uma convivência harmônica e respeitosa entre todos que a compõem, com todas as suas diversidades raciais, sexuais, étnicas, etc.

Sem ter uma identidade civil compatível com a aparência, torna-se impossível desfrutar de tratamento igualitário em uma sociedade já marcada por traços de ódio e preconceito.

Além das questões jurídicas que envolvem o tema, e que devem ser debatidas para que o Direito acompanhe a evolução da sociedade, existe a premente necessidade alarmante de promover a conscientização coletiva, de modo que o indivíduo se sinta acolhido no meio em que vive.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Problemas de Gênero – Feminismo e Subversão da Identidade. Judith Butler. Acessível em <http://erosdita.ne10.uol.com.br/2015/10/18-textos-essenciais-para-estudos-e-pesquisas-sobre-genero-e-sexualidade-para-ler-e-baixar/> (acesso em 04 de novembro de 2017);

Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - 5ª Ed. 2015; Barroso, Luis Roberto; Saraiva;

**Temas de Direito Civil - 4ª Ed.; Tepedino, Gustavo; Renovar.**

Site **STJ** -  
[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transexuais-t%C3%AAm-direito-%C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transexuais-t%C3%AAm-direito-%C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia) (acesso em 04 de novembro de 2017)

NOTAS:

[1] Número de processo não divulgado por ser segredo de justiça.

[\[2\]](#) O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial.



## UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 11.340/06 À LUZ DA EXPANSÃO DO IDEÁRIO PUNITIVISTA NO BRASIL

**ANDREA CERQUEIRA RUSSO:**

**RESUMO:** Em meio a uma sociedade com ideais punitivistas, a Lei 11.340/06, simbolicamente denominada de Lei Maria da Penha, foi promulgada com a finalidade de conferir uma maior proteção às mulheres que sofrem violência doméstica. Como expressão do movimento feminista, esta legislação tenta reparar as injustiças historicamente sofridas pelas mulheres, opondo uma maior proteção a sua integridade física, psíquica e moral. Todavia, apesar de a Lei em discussão apresentar alguns avanços, a busca incansável pelo recrudescimento do Direito Penal vai de encontro à finalidade maior da ressocialização dos transgressores, bem como desconsidera as peculiaridades existentes nesses tipos de crimes de gênero.

**Palavras-chave:** Punitivismo. Lei 11.340/06. Violência Doméstica.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 A EXPANSÃO DO PUNITIVISMO NO BRASIL. 2 EVOLUÇÃO NO TRATO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL. 3 LEI 11.340/06. 3.1 CRÍTICAS À LEI 11.340/06. 3.2 A PERDA DA AUTONOMIA DA OFENDIDA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

---

### INTRODUÇÃO

Com um condão punitivista, a Lei Maria da Penha surgiu com a finalidade de impor um tratamento mais severo à violência de gênero no seio familiar. A partir da criação de mecanismos específicos para a proteção da ofendida, a Lei 11.340/06 visa a criminalização e a punição legal dos delitos praticados contra a mulher, no âmbito da violência doméstica.

Cedendo às pressões sociais e ao belo discurso falacioso das funções simbólicas do Direito Penal, a Lei Maria da Penha surgiu em um momento de supervalorização do punitivismo pela sociedade brasileira.

Perdendo o status de crime de menor potencial ofensivo, os conflitos conjugais passaram a ser solucionados com uma maior rigidez pelo Direito Penal, seguindo na direção contrária ao movimento mundial de ressocialização e despenalização que vem ganhando força ao longo dos anos, com a promoção de proveitosos debates sobre o assunto.

Neste diapasão, o presente estudo objetiva analisar a expansão do direito penal na violência doméstica contra a mulher no Brasil, bem como tecer críticas à legislação em debate.

Ressalta-se, porém, que apesar de a Lei 11.340/06 apresentar eventuais excessos, o diploma normativo em análise também trouxe incontestáveis avanços para o trato da violência doméstica no Brasil.

Para melhor explanação do tema em análise, o método utilizado nesta pesquisa foi a técnica documental proveniente de fonte primária, como legislação; e fontes secundárias, como livros, revistas e acesso a bancos de dados, como a internet.

## **1 A EXPANSÃO DO PUNITIVISMO NO BRASIL**

É proêmio expor que o objetivo declarado do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos essenciais à sociedade. Pautado em um ideário ressocializador, o sistema penal é considerado por muitos o recurso mais eficaz no combate à criminalidade.

Em contrapartida, com a finalidade de desnudar essa função simbólica do Direito Penal, a criminologia crítica passou a denunciar a seletividade do mesmo, enxergando o sistema penal como um propagador da violência estatal. Pensemos.

É inegável afirmar que todos os imputáveis cometem ou já cometeram algum crime tipificado no Código Penal. Isso posto, questiona-se: por que apenas os grupos vulneráveis da sociedade sofrem as consequências?

Isso se dá porque o Direito Penal é um verdadeiro seletor social, em que a parcela subutilizada da sociedade é neutralizada, isto é, excluída do

convívio social. Constata-se, assim, que o sistema penal é empregado como um redutor de complexidades, que visa gerar falsas impressões de estabilidade e segurança à população leiga.

Todavia, para garantir a legitimidade desse sistema, seu discurso revestido de falácias é ratificado através da proliferação de políticas punitivistas, o que atinge diretamente o processo de criminalização tanto primário, com a criação demasiada de leis criminalizadoras, quanto secundário, com o alto rigorismo na aplicação concreta da ação punitiva.

Ressalta-se, ainda, que o populismo punitivo, qual seja, o clamor da sociedade por um maior rigorismo no sistema penal, também é de suma importância para a legitimação do Direito Penal.

Dito isto, verifica-se que a mídia exerce papel fundamental na propagação dessa ânsia por punição. Sobre o assunto, David Garland (2008, p. 54) pontifica que “(...) o novo discurso da política criminal insistentemente invoca a revolta do público, cansado de viver com medo, que exige medidas fortes de punição e de proteção”.

A exploração midiática é uma constante na realidade brasileira. Com sensacionalismos e imagens publicitárias, os meios de comunicação, em troca de altos índices de audiência, proliferam o medo e o ideário de impunidade aos quatro cantos do país.

É prudente expor que, segundo Hassemer (p. 163, apud GARLAND, David, 2008, p. 12), “criminalidade e medo do crime não são como a coisa e a sua imagem no espelho. Sentimento de ameaça e insegurança não são meros reflexos de ameaças reais, mas também consequência de circunstâncias de dessocialização e intranquilidade sociais”.

Em consonância com este pensamento, constata-se que essa implementação do medo e sua consequente exploração pela mídia fez a população enxergar o delinquente como um bandido sem escrúpulos. Já a vítima passou a ser tratada como “um personagem muito mais representativo, cuja experiência é projetada para o comum e o coletivo, em

lugar de ser considerada individual e atípica.” (GARLAND, David, 2008, p. 55).

Assim, sedentos por “justiça”, a população passa a exigir dos legisladores uma postura mais punitivista, cobrança a qual pode ser vista como uma arma para garantir o próximo mandato. Ora, a matemática é simples: políticos precisam de eleitores, eleitores clamam pela criação de novas leis criminalizadoras, assim, basta que os políticos façam o que o público pede que suas reeleições estarão garantidas, formando, desse modo, um círculo vicioso de punitividade.

Isso posto, uma importante conclusão que pode ser extraída do fato narrado é que elevadas taxas de prisionalização, não necessariamente indicam o aumento do número de crimes, mas que apenas políticas de encarceramento foram implantadas pelo governo.

Compartilhando deste mesmo pensamento, Elena Larrauri (p.14, apud GARLAND, David, 2008, p. 10) pontifica que “(...) o aumento de pessoas que estão na prisão não reproduz o aumento da delinquência, mas multiplicidade de outros fatores, como decisões legislativas, sensibilidade judicial e capacidade e limites do próprio sistema para processar os diversos atos delitivos”.

Diante do exposto, evidencia-se algumas das grandes falhas do Direito Penal e os seus desdobramentos, o que desencadeou uma série de debates a fim de soltar as amarras do punitivismo exacerbado. É nesta realidade que surge a Lei 11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha, visando a criminalização e a punição legal e severa dos crimes contra a mulher.

## **2 EVOLUÇÃO NO TRATO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL**

A Lei 11.340/06 foi resultado de anos de luta do movimento feminista, o qual ressurgiu no Brasil na década de 70, podendo ser considerado um produto da modernização do país.

Diante de uma sociedade extremamente patriarcalista como a brasileira, as feministas se depararam com muitas dificuldades para a implantação de suas reivindicações, sendo a criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher uma das suas principais vitórias.

A função legal dessas DEAMs era detectar as transgressões à lei, averiguar sua procedência e criminalizar a violência doméstica. Todavia, na prática, as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher funcionavam como locais de apoio às vítimas, as quais, na grande maioria das vezes, desistiam de prosseguir com o inquérito policial.

Nesse caso, as agredidas usavam o poder da polícia não para criminalizar os seus companheiros, mas apenas para intimidá-los, a fim de renegociar os pactos domésticos. Verifica-se, assim, que as delegacias possuíam uma função predominantemente mediadora nos conflitos conjugais, atuando de maneira distinta da que deveria, qual seja, constatar e apurar os crimes.

Entretanto, em 1995, tudo mudou, pois, com a criação da Lei 9099/95, houve a institucionalização dos Juizados Especiais Criminais, o que trouxe a violência doméstica para o rol dos crimes de menor potencial ofensivo, se opondo aos anseios e aos ideários do movimento feminista.

Enquanto as mulheres buscavam um tratamento mais severo para a violência de gênero, bem como a criação de mecanismos específicos para o seu combate, os JECRIMs surgem com um discurso despenalizador e descriminalizador, conferindo oportunidades iguais às partes na audiência de conciliação, acabando com a imagem de hipossuficiência da mulher no processo.

Todavia, diante da pressão feita pelas feministas, em 2006 foi aprovada a Lei Maria da Penha, prevendo a criação de Varas e Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, retirando dos Juizados Especiais Criminais a competência para processar e julgar os crimes referentes à violência conjugal.

### **3 LEI 11.340/06**

### 3.1 CRÍTICAS À LEI 11.340/06

A Lei 11.340/06 é resultado dos anseios da população, em virtude da falsa impressão de impunibilidade que existe no subconsciente da grande maioria da sociedade.

Nesse sentido, é comum se ouvir falar que o sistema penal não funciona e que as penalidades, em regra, são muito brandas, porém, o interessante é que, quando questionada, a maior parte da população brasileira não faz nem ideia do tempo que pode durar a pena privativa de liberdade para a grande maioria dos crimes.

Nesse contexto, constata-se que os cidadãos foram “adestrados” a culpar o “relaxamento” do sistema penal como o principal responsável pela desordem social e, como resultado, o que se vê é uma sociedade mergulhada num direito penal máximo, em que a prisão é única solução capaz de conter a violência.

Em sentido contrário ao do senso comum, Pileggi, reflete que a Lei Maria da Penha é um verdadeiro retrocesso em termos legais, pois busca o aumento da punição e, em alguns casos, até o encarceramento dos agressores, em um momento de debate de formas alternativas para o aprisionamento.

A Lei 11340/06 veio trazendo uma imposição contrária ao movimento mundial de ressocialização, de menor intervenção estatal e de conciliação, para impor, através do Direito Criminal ou Penal, um freio ou um temor para conter a violência doméstica ou familiar.” (Pileggi, 2006, p. 3, apud MORAES; SORJ, 2009, p.68-69).

Nesse ponto, é curial fazermos uma breve reflexão. O crime praticado no âmbito doméstico possui uma singularidade que o separa dos demais delitos, qual seja, a relação familiar/afetiva existente entre o agressor e a agredida.



Dessa forma, diante da referida particularidade, é forçoso concluirmos que as vontades da vítima devem ser respeitadas e levadas em consideração, bem como o tratamento despendido ao agressor, nesse tipo de crime, deve ser analisado com parcimônia, sob pena de a ofendida ser submetida a novo sofrimento.

É sabido que o estigma de ser processado não é sofrido apenas pelo delinquente, posto que se estende para toda sua família. No caso da violência de gênero, a mulher é vítima duas vezes, tanto no que se refere à agressão em si quanto aos preconceitos impostos pela sociedade.

Neste diapasão, partindo do pressuposto de que a instituição familiar se desestrutura quase que totalmente com a existência de um processo penal contra o transgressor, é muito comum que a mulher se abstenha de acionar o sistema penal, tendo em vista que as consequências para o seu parceiro delinquente são demasiadamente rígidas, ao passo que a vítima deseja, muitas vezes, tão somente, cessar a violência e travar uma conversa franca com o seu companheiro, a fim de chegarem a um consenso.

É estatisticamente comprovado que a grande maioria dos delitos cometidos no seio familiar, diferentemente do que muitos pensam, são de baixa lesividade, assim, muitas vezes, a vítima recorre à esfera penal com o intuito de apenas intimidar o seu companheiro ou para a aplicação de medidas protetivas.

Nesse contexto,

várias pesquisas de âmbito nacional apontam para o fato de a maioria dos crimes praticados contra as mulheres no contexto doméstico serem aqueles que se encaixam na definição legal de baixa lesividade. Carmen Campos e Salo de Carvalho (2011, p. 163-165), com base no Relatório Anual do Conselho Nacional de Justiça (2010) e em registros do Ministério Público do Rio Grande do Sul, afirmam que os crimes mais praticados contra mulher no contexto da violência doméstica e familiar no Brasil são as lesões

corporais leves e a ameaça (apud MEDEIROS; MELLO, 2016, p.10).

Diante do exposto, percebe-se que o recrudescimento da legislação penal não se verifica como a forma mais eficiente para combater os crimes domésticos, porquanto, o que as ofendidas necessitam, em sua maioria, é de amparo do Poder Público e de medidas diversas da prisão, a fim de solucionar o conflito da melhor forma possível, sem que se submetam a uma revitimização.

### 3.2 A PERDA DA AUTONOMIA DA OFENDIDA

Um dos assuntos mais controversos referentes à Lei 11.340/06 é a atual impossibilidade de a vítima desistir da representação prestada. Isso porque a ação penal relativa ao crime de lesão corporal, no âmbito da violência doméstica, passou de “pública condicionada à representação” para “pública incondicionada”. Tal mudança retirou totalmente a autonomia, a voz da mulher no processo penal.

Nesse sentido, os Tribunais Superiores vêm reconhecendo a natureza pública incondicionada das ações penais no âmbito da violência doméstica. Nas palavras do STJ:

nos casos de lesão corporal no âmbito doméstico, seja leve, grave ou gravíssima, dolosa ou culposa, a ação penal é sempre pública incondicionada. (AgRg no REsp 1333935 MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, sexta turma, julgado em 04/06/2013, DJe 20/06/2013).

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça, em 2015, publicou a Súmula 542, pacificando o referido entendimento, segundo o qual: “A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.

Percebe-se que a vítima teve seus desejos calados pela voz estatal, que, desconhecendo a realidade vivenciada no seio familiar, impôs seu poder punitivo, gerando um grande impasse, uma vez que o desejo mais

recorrente da mulher é a simples intimidação do seu agressor e o consequente reestabelecimento da paz no lar, e não a criminalização do seu companheiro, como determina o Estado.

Desse modo, a despeito do posicionamento dos Tribunais Superiores, defende-se que o aplicador da lei deve sempre almejar o restabelecimento da harmonia do lar e, para isso, seria fundamental que levasse em consideração os verdadeiros anseios da vítima, ouvindo-a e respeitando suas decisões. Ou seja, a mulher deve ter a autonomia restabelecida para guiar as diretrizes do seu futuro e o de toda a sua família. Sobre o assunto Larrauri (2008, p.97) pontifica que “todo el sistema parece estar más interessado em servir su própria lógica interna que em servir a las victimas”.

É importante ressaltar que o presente estudo não busca privilegiar a impunidade, pelo contrário, pretende elucidar o fato de que o encarceramento e o recrudescimento das penas, no âmbito da violência doméstica, em muitos casos, não é a melhor maneira de se atingir a ressocialização do delinquente, bem como pode causar novos e piores danos às ofendidas, que tanto sofrem durante todo o procedimento.

Outrossim, não se pode olvidar que, apesar dos retrocessos, a Lei Maria da Penha trouxe incontestáveis avanços, a citar a junção das varas cíveis e criminais, conferindo competência dupla aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Direito Penal se legitima através de falsas promessas de proteção e segurança à sociedade. Com a proliferação do medo, o qual é essencialmente espreado pela mídia, a população fica sedenta por maiores punições aos transgressores.

A chamada Lei Maria da Penha é um completo retrato dos anseios sociais. Na busca pelo imediatismo, o Estado enrijece cada vez mais o sistema penal, conferindo-o uma atuação mais abrangente, a fim de causar uma falsa impressão de segurança à população aterrorizada

Dentro desse contexto, pode-se citar a retirada da autonomia da mulher no processo penal, envolvendo os crimes referentes à violência doméstica, como uma expressão desse desejo por punição. Neste caso, o governo intervém nas relações de vínculo afetivo, impondo sua autoridade, com o discurso de proteção da ofendida.

Ocorre que esse recrudescimento no tratamento dos transgressores no âmbito dos crimes de violência doméstica despreza a peculiaridade da anterior relação familiar/afetiva existente entre o agressor e a ofendida, podendo essa retirada da autonomia da mulher ensejar graves e novos sofrimento para a vítima.

É evidente que o governo não pode se omitir na tutela dos bens jurídicos indisponível, entretanto, deve ser concedido à agredida uma certa liberdade de atuação para esta faça valer seus direitos reparatórios da forma que melhor lhe convier.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica**: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico? Revista Sequencia, n. 59, dez. 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Seqüência**. Florianópolis, ano XXVI, n. 52, julho, 2006.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma pesquisa jurídico-feminista**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na Era do punitivismo** – Col. Criminologias. Editora Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Direitos humanos: delinquentes e vítimas, todos vítimas.** Criminologia. Trad. Sylvi Moretzsohn.

FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática.** Tradu. Carlos Arthur Costa. In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, p. 31-40, Editora Revan, 2002.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.10-12-54-55

LARRAURI, Elena. La economia política del castigo. **Revista de Estudios de la Justicia**, nº11, 2009.

LOPES, Luciano Santos. **A criminologia crítica: uma tentativa de intervenção (re)legitimadora no sistema penal.** Disponível em: . Acesso em: 12.set. 2017.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa:** planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1996.

MEDEIROS, Carolina Salazar l'Armée Queiroga de; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **O que vale a pena?** O impacto da Lei Maria Da Penha no encarceramento de “agressores” e seus efeitos colaterais sobre a mulher vítima de violência doméstica e familiar. Disponível em: Acesso em: 20 out. 2017.

MORAES, Aparecida Fonseca; SORJ, Bila; MARQUES, Amanda; MUSUMECI, Bárbara; GOMES, Carla; GOMES, Christiane; GRIN, Guita; ROMEIRO, Julieta; ZANOTTA, Lia. **Gênero, violência e direitos na sociedade brasileira.** Editora 7 letras, 2009.

OLIVEIRA, Luciano. **Relendo Vigiar e Punir. Brasil:** Sociedade Indisciplinar. Disponível em: . Acesso em: 20 set. 2017.

PALMEIRA, Raimundo. **Cientificidade da Criminologia.** Disponível em: . Acesso em: 30 set. 2017

PIJOAN, Elena Larrauri. **La Economía Política del Castigo**. Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia. 2009, núm. 11-06.

PIJOAN, Elena Larrauri. **Mujeres y Sistema Penal: Violência doméstica**. Euros Editores. 2008.

PINTO, Alessandro Nepomoceno. **O sistema penal: suas verdades e mentiras**.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1 - parte geral**, 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1333935 MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 04.06.2013. Disponível na Internet: Acesso em: 27 set. 2017.



## A NOVA LEI DA TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO (LEI Nº13.429/2017)

**ELIEZER COELHO DIAS:** Bacharelando do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo

**ANTÔNIA MARIA DA SILVA**

(Orientadora)<sup>[1]</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo o estudo da nova regra da terceirização do trabalho. Para tanto, delimitou-se a Lei nº 13.429/2017 e posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da questão e os tipos de responsabilidades que o tomador de mão de obra terceirizada tem em relação aos empregados da empresa contratante. Nessa perspectiva, a abordagem foi realizada dentro da concepção de que o Direito do Trabalho pátrio teve a sensibilidade de regulamentar um fenômeno que foge à regra quando se fala em relações de trabalho, visto que se apresenta com intensidades diferentes em quase todos os países, prenunciando como forma de suplantar a instabilidade jurídica instituída pela omissão da legislação sobre o tema. Espera-se que o trabalho possa contribuir para a pesquisa acadêmica sobre o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terceirização – Regulamentação - Responsabilidades

**ABSTRACT:** This article aims to study the new rule of outsourcing. Therefore, Law No. 13.429 / 2017 and the position of the Higher Labor Court were delimited regarding the issue and the types of responsibilities that the outsourced labor contractor has in relation to the employees of the contracting company. In this perspective, the approach was carried out within the conception that the labor law of the country had the sensitivity to regulate a phenomenon that goes beyond the rule when talking about labor relations, since it presents with different intensities in almost all the countries, foretelling as a way of overcoming the legal instability imposed by the omission of legislation on the subject. It is hoped that the work can contribute to academic research on the subject.

**KEYWORDS:** Outsourcing - Regulation - Responsibilities.

---

## 1 INTRODUÇÃO

Considerando a sua relevância, o Direito do Trabalho visa garantir a defesa do trabalhador, haja vista ser este o elo mais fraco da relação trabalhista e, logo, necessitado de uma proteção maior.

Com o passar do tempo, para melhorar as relações trabalhistas, criaram-se normas com o fulcro de atender aos anseios pertinentes à tal relação. Tais normas, por terem caráter público, não podem ser renunciadas pelas partes envolvidas.

Nos últimos anos uma forte tendência tem crescido nas organizações, baseado na necessidade de redução do quadro de pessoal, e na qualidade de serviços, e na eficiência na prestação de serviços.

Tal contexto tem levado o Estado e a iniciativa privada a adotarem a terceirização de serviços, surgindo um novo modelo e método de gestão.

Com a terceirização, a contratação de serviços dá-se por uma empresa intermediária, ou seja, o contratante transfere a um terceiro a execução de serviços que poderiam ser realizados diretamente (SOUZA, 2009).

O principal objetivo da terceirização é, sem dúvida, a diminuição de gasto com pessoal, enxugando sua estrutura, e buscando qualidade na prestação de serviços, em setores que não fazem parte da finalidade do Estado.

No entanto, em virtude das grandes terceirizações que acontecem no Brasil, a exemplo de outros países, tal proteção poderá ser afetada, uma vez que a responsabilidade é posta em cheque, ao menos em tese, e o cuidado para com o trabalhador pode ser menor, sendo que os seus direitos poderão ser subtraídos.

## 2 A TERCEIRIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, a terceirização é uma prática desenvolvida acompanhando os reflexos do que está acontecendo em muitos outros países, passando a ter significativa influência na política sócio-econômica nas últimas três décadas no mercado laboral e surgindo como figura jurídica múltipla no regulamentário trabalhista brasileiro.

Nesse sentido, segundo Maurício Godinho Delgado (1994, p. 123), do ponto de vista legal, neste último período, um conjunto variado de diplomas passou a firmar posição perante o tema, ultrapassando o âmbito restrito do artigo 455 da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, ilustrativamente, o Decreto-Lei 200/67, a Lei 5.645/70, a Lei 6.019/74, a Lei 7.102/83 e a Lei 8.036/90.

Notadamente, em 3 de janeiro de 1974 surge a Lei nº 6.019, que regulamentava a prática do trabalho temporário.

Conforme dispõe Sérgio Pinto Martins, tal lei buscou regular o trabalho temporário e não fazer concorrência com o trabalho permanente, principalmente porque certos trabalhadores não tinham interesse ou não podiam trabalhar permanentemente, como o estudante, o jovem em idade de prestação de serviço militar, as donas-de-casa (que não tinham tempo integral para dedicarem ao trabalho, mas apenas parte dele, em função de seus encargos domésticos), os aposentados (que não queriam ter emprego permanente) e até mesmo aqueles que não decidiram a qual profissão iriam dedicar-se. (MARTINS, 2014, p. 17).

Na década seguinte, promulgou-se, em 20 de junho de 1983, a Lei nº 7.102, referente ao trabalho de vigilância bancária, ou seja, segurança dos estabelecimentos financeiros e permitindo a exploração de serviço de vigilância e de transporte de valores no setor financeiro.

No entendimento de Gabriela Neves Delgado, a lei veio autorizar, além da hipótese clássica de contratação de serviços de vigilância, a terceirização permanente dos mesmos, estabelecendo normas para a

constituição e funcionamento de empresas particulares terceirizadas de vigilância no segmento bancário da economia. (DELGADO, 2014, p.130).

Em 1986, o Tribunal Superior do Trabalho, na tentativa de sistematizar e projetar as repercussões da prática terceirizante no país, aprovou o Enunciado 256, pela Resolução Administrativa nº 4/86, publicado no Diário da Justiça da União de 30 de setembro e retificado no mesmo veículo em 10 de outubro de 1986 e 4 de novembro do mesmo ano.

O Enunciado 256 do TST dispunha que:

[...] Salvo os casos previstos nas Leis nºs. 6.019, de 3.1.1974 e 7.102 de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. (BRASIL, 1986).

Pelo fato da súmula 256 do TST fixar um leque exaustivo de exceções terceirizadas, o que dificultava a sua aplicação pelos operadores do direito, por causa de sua interpretação exaustiva, o TST promulgou o Enunciado 331:

Contrato de prestação de serviços – Legalidade –  
Revisão do Enunciado nº 256.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3-1-74);

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República);

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei

nº 7.102, de 20-6-83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a personalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por partes do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (MARTINS, 2014, p. 117).

Em 11 de setembro de 2000, a Resolução TST nº 96, alterou o IV do Enunciado 331 do TST, incluindo responsabilidade subsidiária aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, passando a ser redigido da seguinte forma:

[...] IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666/93). (Alterado pela Res. n. 96, de 11.9.2000, DJ 19.9.200).

Nesse sentido, o Enunciado 331 do TST ampliou a possibilidade do leque de terceirizações, sendo na legislação brasileira lícita todas as hipóteses de terceirização prevista neste Enunciado, ou seja, ficou mais claro distinguir quando a terceirização é lícita ou ilícita.

Vale ressaltar também a importância da distinção entre atividade-meio e atividade-fim da empresa, pois através disto será possível a verificação da licitude do processo de terceirização.

### 3 TIPOS DE TERCEIRIZAÇÃO

O processo de terceirização envolve o relacionamento da empresa que contrata serviços e a empresa que fornece os serviços.

Antes de adentrar nos decretos-leis que normatizaram o trabalho terceirizado, deve-se relatar os tipos de serviços que podem ser terceirizados atualmente.

Segundo a legislação brasileira, só se podia terceirizar atividade-meio. Assim, atualmente, os conflitos trabalhistas que decorrem são relacionados à existência ou não da relação de emprego, dando ensejo à definição de uma posição da jurisprudência do TST, consubstanciada inicialmente na Súmula 331, conforme descrito abaixo:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE** (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2017, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2017.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a



responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Outra questão importante é quanto à responsabilidade da empresa contratante desses serviços nos direitos do trabalhador, que é muito questionado nesta justiça especializada bem como até quando a terceirização é lícita.

Como a maioria dos juízes condena as empresas contratantes, fazendo-as satisfazer os créditos trabalhistas do autor da reclamação, deverá a contratante, antes de assinar qualquer contrato com a prestadora de serviço observar os seguintes pontos:

a) deve-se observar o contrato social, definindo bem, as obrigações e direitos de ambos (contratante e contratado) bem como atividades fins, porque devem diferir para que não haja vínculo empregatício.

b) entre as partes deve haver posicionamento equilibrado para que não haja subordinação de uma parte ou outra.

c) não se deve detalhar cláusulas contratuais em vista da autonomia de ambas que tem que ser sempre observado, pois a descrição detalhada das operações no contrato submete as partes (principalmente o prestador) a trabalhar como se fosse um "departamento disfarçado".

d) é sempre bom incluir no contrato uma cláusula prevendo o risco do tomador de vir a ser interpelado judicialmente por uma obrigação trabalhista não cumprida pelo prestador, nesta mesma cláusula o contratante poderá interpelar judicialmente o prestador para que haja ressarcimento dos prejuízos.

f) no contrato, recomenda-se que o contratante não queira levar "vantagem" com este, pois assim quem acaba perdendo é o trabalhador, neste caso o direito do trabalho protege o funcionário garantindo-lhe todos os seus direitos e responsabilizando o contratante e o prestador.

Isso devido ao fato de que na Justiça do Trabalho, as reclamações mais frequentes dos trabalhadores de uma terceirizada são: falta de depósito de Fundo de Garantia (FGTS), o não repasse de desconto previdenciário ao INSS, (geralmente a empresa terceirizada retém para si o desconto e atraso no pagamento), "quebra de contrato" como o não fornecimento de Vale transporte e ticket refeição. Esses últimos são mais raros de acontecer.

Outra problemática que ocorre com as empresas terceirizadas é quanto a sua legalidade, pois muitas vezes não possuem registros junto ao Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) ou na Junta Comercial, ou quando tem, encontra-se estabelecida sempre em lugar incerto. Ou trata-se, em muitos casos, de empresas fantasmas que existem somente para captação de funcionários e na obtenção de empresas para prestarem serviços e quando começa a surgir problemas tanto na Justiça do Trabalho como também na Justiça Comum por parte das contratantes, simplesmente somem do mercado e se estabelecem em outro lugar com outra razão social (CASSAR, 2016).

Dessa forma, a Súmula nº 331 do Colendo TST apresenta nítida distinção entre terceirização lícita e terceirização ilícita, enumera as

hipóteses de admissibilidade dessa relação jurídica de trabalho triangular e indica os efeitos jurídicos decorrentes de cada caso, aparentemente pondo fim a um ciclo de intensos debates jurisprudenciais sobre a temática.

#### 4 A NOVA LEI DA TERCEIRIZAÇÃO E OS EFEITOS JURÍDICOS

Sancionada em 31 de março de 2017, a Nova Lei da Terceirização (Lei nº 13.429/2017) possibilita que as empresas possam fazer uso da terceirização da mão de obra, mesmo em caso da atividade fim.

Tal lei transforma as relações do trabalho, buscando “modernizar” as relações de trabalho, sendo que as principais mudanças trazidas consistem em

a) terceirizar as atividades, sejam elas fins ou meios, das empresas contratantes;

b) a empresa contratante fica responsável subsidiariamente pelos débitos trabalhistas da terceirizada.

Tal lei possui dissenso entre os estudiosos. Alguns dizem que a nova lei traz a vulgarização das relações trabalhistas, precarizando a situação jurídica do empregado. O argumento de tais autores consiste em afirmar que as empresas poderão contratar pessoas jurídicas terceirizadas as quais dispõe de mão de obra cujos salários são menores.

Já os defensores da Lei nº 13.429/2017 afirmam que a alteração trazida poderá gerar empregos, aquecendo a economia em crise.

Antes da citada Lei, vigorava a Súmula 331, I, do TST a qual estatuiu que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo o caso de trabalho temporário.

Assim, caso o terceirizado passasse a ter vínculo direto com a empresa tomadora, eliminado o vínculo original – que é entre a empresa tomadora com a empresa terceirizada – estará a terceirização sendo utilizada de forma ilícita.

Esse também vinha sendo o entendimento da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região:

TERCEIRIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE INTERMEDIÇÃO PARA EXECUÇÃO DE ATIVIDADE-FIM DO TOMADOR - SUBORDINAÇÃO JURÍDICA DIRETA COM O TOMADOR - VÍNCULO DE EMPREGO DIRETO COM O BENEFICIÁRIO DA MÃO-DE-OBRA. A contratação terceirizada, por si só, não representa violação direta à legislação trabalhista, quando permite o repasse de atividades periféricas e/ou extraordinárias, promovendo com isto um incremento na oferta dos postos de trabalho. Entretanto, quando a prova produzida nos autos revela que os serviços terceirizados estão intrinsecamente vinculados à atividade-fim do tomador; que o trabalhador terceirizado executa as mesmas atividades desenvolvidas pelos empregados do banco tomador dos serviços, lado a lado com estes, além de estar subordinado diretamente aos prepostos do respectivo tomador dos serviços, tem-se por desvirtuado o instituto da terceirização, que não pode servir de instrumento para alijar o trabalhador das vantagens concedidas aos empregados do tomador de serviços e das garantias creditórias por ele ofertadas. Portanto, se banco reclamado contrata a execução de serviços essenciais à sua atividade-fim, por interposta empresa, dirigindo e fiscalizando diretamente por seus prepostos as atividades executadas pelo trabalhador terceirizado, na sede do banco tomador dos serviços, tem-se por verificados os requisitos do art. 3º da CLT em relação à instituição financeira tomadora de serviços, o que implica na declaração da irregularidade da terceirização perpetrada pelos reclamados, com a consequente, nulidade do contrato celebrado entre o

reclamante e as prestadoras de serviços, nos termos do art. 9º da CLT e, o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o banco tomador dos serviços. Acrescente-se que a respectiva decisão se fundamenta, precipuamente, na subordinação jurídica clássica, considerando o conjunto probatório que revelou que o trabalhador estava sujeito às ordens dos prepostos da instituição bancária contratante, prestando ele serviços nas dependências da respectiva instituição financeira, lado a lado com os empregados desta e fazendo uso do sistema bancário por ela adotado, conforme o art. 3º da CLT e Súmula n. 331, inciso III, TST. (TRT-3 - RO: 00207201701303005 0000207-68.2017.5.03.0013, Relator: Julio Bernardo do Carmo, Quarta Turma, Data de Publicação: 30/04/2017 27/04/2017. DEJT. Página 76. Boletim: Não.)

Diante do exposto, o Tribunal Regional do Trabalho considerava que a terceirização torna-se ilícita a partir do momento em que há subordinação do empregado com o tomador de serviço, ou seja, quando a relação de trabalho entre o empregado e o tomador de serviços, passa a ter vínculo empregatício.

Por sua vez, a Lei nº 6.019/74 que dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras providências, em seu artigo 12, "a", garante aos trabalhadores temporários remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional" (BRASIL, 1974), ou seja, aplica-se o princípio da isonomia nesses casos.

Conforme Maurício Godinho Delgado (2014) foram estendidas aos trabalhadores temporários terceirizados, todas as parcelas de caráter salarial cabíveis aos empregados originários da entidade tomadora.

A nova Lei, contrariando o entendimento até então firmado pela justiça, sofre diversas críticas, pelo fato de ferir alguns princípios constitucionais, como os artigos 5º caput e 7º, XXXII, da CF/88, que respectivamente prescrevem a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e dos direitos dos trabalhadores, proibindo a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (entre os quais, os terceirizados).

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado (2014, p. 428) discorre que haveria discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país e ainda há preceitos constitucionais e legais que, em síntese, favorecem à aplicação do salário equitativo mesmo em situações de terceirização lícita.

Além de que, diante da dificuldade de se determinar para cada empresa o que exatamente são os trabalhos que se caracterizam por atividade-fim ou atividade-meio, e perante a ausência de uma fiscalização mais incisiva e atuante, muitos empregadores podem aproveitar para realizar de forma ilegal a contratação de profissionais a custos mais baixos, ou seja, utilizam-se dos trabalhadores terceirizados para exercerem suas atividades-fim, com posição e salários inferiores aos trabalhadores contratados que atuam na mesma atividade. O intuito de diminuir custos favorece um desvirtuamento da terceirização, o que ocasiona o confronto direto com diversos princípios do Direito do Trabalho.

Tendo em vista esse raciocínio, o que seria mais lógico e razoável para as demais hipóteses de terceirização é que fosse utilizado como analogia a lei que dispõe sobre o Trabalho Temporário, no que diz respeito ao salário equitativo (REZENDE, 2015).

Ora, a nova Lei da Terceirização, ao permitir que uma empresa contrate outra para que esta proporcione mão de obra mais barata, contraria o disposto não só no princípio da igualdade, mas a jurisprudência existente.



No entendimento da quarta turma do TRT 3ª Região, não deve haver discriminação dos trabalhadores que laboram em condições idênticas, prevalecendo o princípio da isonomia salarial, caso o serviço seja prestado no mesmo local, subordinado à mesma fiscalização e aos prepostos dos tomadores de serviços e executando as mesmas atividades:

**EMENTA: ISONOMIA SALARIAL - TERCEIRIZAÇÃO.** Em face do princípio da isonomia, não se deve tratar com discriminação os que laboram em condições idênticas, prestando serviços no mesmo local, exercendo as mesmas atividades, subordinados à mesma fiscalização e aos prepostos da tomadora de serviços. Se o fenômeno da terceirização é irreversível, inquestionável também que essa prática empresarial justifique o que é injustificável: a redução dos salários da categoria profissional, pois, se até mesmo aos trabalhadores temporários a lei assegura a isonomia com os empregados da empresa cliente, inadmissível conferir tratamento diferenciado àqueles que, de forma permanente, estão a prestar serviços para a empresa, contribuindo com a consecução de seus objetivos sociais. Assim, na intermediação da mão-de-obra, o enquadramento sindical do empregado deve obedecer à atividade preponderante da empresa tomadora de serviços, porquanto a aplicação do princípio da isonomia é fruto da justiça e da necessidade de tratamento igual aos que se encontram na mesma situação fática. Assim, mantém-se a v. sentença de origem, que reconheceu a isonomia de direitos com os empregados da tomadora de serviços, com fulcro nos artigos 5º, I, e 7º, incisos XXX, XXXI, XXII e XXXIV, todos da Constituição da República, artigos 5º e 460 da CLT e aplicação analógica do disposto no art. 12, alínea "a", da Lei 6.019/74 e a recente OJ 383 da SDI-1/TST,

publicada em 22/04/2010. (TRT/MG – 3ª Região, Rel. Júlio Bernardo do Carmo, 4ª T.. RO – 0129000-70.2009.5.03.0053, Publicação 24.05.2010, p.105).

O princípio da isonomia ainda é aplicado quando a terceirização for ilícita, ou seja, quando as empresas contratam trabalhadores terceirizados para exercerem as mesmas funções que os funcionários contratos, com salários menores, no intuito de diminuir despesas. Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial é de combater a discriminação dos trabalhadores, reconhecendo o direito à isonomia.

Conforme posicionamento de Maurício Godinho Delgado (2014), para evitar as práticas discriminatórias, deveria estender às demais situações-tipo de terceirização o direito à isonomia remuneratória, até mesmo porque, já foi aplicado de modo expresso, para as terceirizações temporárias. O que seria mais lógico e natural é que prevalecesse também para terceirizações duradoras e permanentes esta extensão, tendo vista a discriminação ser extremamente mais grave, profunda e constante, do que a terceirização temporária, de curto prazo.

#### **A respeito da responsabilidade inserida no item IV, da súmula nº**

#### **331, Barros (2010, p. 448), abre o tema dizendo:**

Na hipótese ventilada no item IV da súmula n. 331 do TST, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, ou seja, do fornecedor da mão de obra, implica responsabilidade subsidiária do tomador quanto àquelas obrigações, inclusive se for órgão da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, desde que este tenha participado de relação processual e conste do título executivo judicial.

Importante também conceituar a responsabilidade subsidiária, conforme Martinez (2010, p. 208):

[...]é caracterizada não pela ocorrência, mas pela sucessão de duas ou mais pessoas na situação de garantes de uma mesma dívida. Se o devedor originário não tiver patrimônio para saldar a dívida, e somente neste caso, é que se atacará o patrimônio do responsável derivado em caráter subsidiário, ou, simplesmente, responsável subsidiário.

Neste contexto, vê-se que havendo o inadimplemento de verbas trabalhistas por parte da empresa que vende a mão de obra, a empresa tomadora dos serviços fica subsidiariamente responsável pelo pagamento dos valores laborais. Há um requisito para que a empresa tomadora seja responsabilizada, qual seja a sua participação na relação processual e que seu nome conste na sentença de condenação trabalhista.

Tal entendimento da justiça do trabalho justifica-se com base na teoria do risco empresarial objetivo, segundo o qual a empresa que se beneficia do serviço prestado, assume, por consequência, os riscos do negócio. De outro lado, o presente entendimento, segundo Barreto (2017, p. 99), tem o objetivo de:

[...]evitar contratações feitas com empresas “laranjas”, ou sejam, sem patrimônio, empresas de fachada e, que antes da edição da súmula eram utilizadas de forma frequente como uma maneira da tomadora beneficiar-se do serviço prestado sem qualquer compromisso social com os trabalhadores.

Dessa forma, a tomadora dos serviços obriga-se a investigar a idoneidade e a capacidade econômica da prestadora dos serviços, sofrendo o risco de ser responsabilizada com base nas teorias da culpa in eligendo – quando o tomador se responsabiliza pela má escolha – e in vigilando – pela falta de uma fiscalização sobre a empresa prestadora dos serviços.

Assim, havendo a irregularidade da terceirização ou terceirização ilícita, a relação de emprego é direcionada diretamente entre trabalhador e

a empresa tomadora de seus serviços, passando esta ser a real empregadora e, por consequência, a responsável pelo pagamento de obrigações trabalhistas.

Originariamente a responsabilidade do tomador de serviços pelos valores trabalhistas oriundos da prática terceirizante foi apresentada pela Lei do Trabalho Temporário em seu artigo 16, transcrito in verbis:

No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas em nesta Lei. (BRASIL, 1974)

Com isso, era necessário a falência da empresa de trabalho temporário, para que a empresa tomadora fosse responsabilizada, sendo que esta responsabilidade apesar de ser solidária, era restrita, ou seja, não abrangia todas as verbas do contrato envolvido, mas apenas, sobre às contribuições previdenciárias, verbas remuneratórias e indenização pela ruptura do contrato. (DELGADO, 2014).

A súmula 331, IV, do TST, dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666/93).

Na edição deste Enunciado 331, IV, do TST, houve um grande avanço referente à responsabilidade decorrente da terceirização lícita, ficando mais claro e amplo o tema em questão, e passou a abranger todos

os tipos de terceirização, com o intuito de superar as limitações contidas no artigo 16 da Lei nº 6.019/74.

De acordo com Maurício Godinho Delgado (2014, p. 441) a Súmula 331 foi aperfeiçoada deixando explícita a extensão da responsabilização trabalhista em casos de terceirização para todas as entidades públicas”.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado argumenta que o entendimento jurisprudencial sumulado claramente percebe a existência de responsabilidade do tomador de serviços por todas as obrigações laborais decorrentes da terceirização, apreendendo também a nova súmula a incidência da responsabilidade, desde que verificado o inadimplemento trabalhista por parte do contratante formal do obreiro terceirizado, cuja responsabilidade de que se fala na terceirização é do tipo subsidiário (DELGADO, 2014, p. 440).

Alice Monteiro de Barros também salienta que a reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese da terceirização. O tomador dos serviços responderá, na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços (BARROS, 2010, p. 455).

Em seus ensinamentos, Gabriela Neves Delgado (2014, p. 182), ressalta que a responsabilidade meramente subsidiária é criação interpretativa da ordem jurídica por parte da jurisprudência, vez que não há texto legal que mencione esse tipo de responsabilidade.

Sendo, portanto, as decisões do TRT, nesse sentido, conforme jurisprudência do TRT 3ª Região:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO -  
RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA  
TOMADORA DE SERVIÇOS. A responsabilização  
subsidiária em casos que envolvem serviços  
terceirizados é questão contemporânea apresentada  
ao Poder Judiciário e para a qual o legislador ainda  
não atentou. Por isso, vem a jurisprudência, fonte do

Direito do Trabalho (art. 8o./CLT), normatizar os fatos sociais, considerando que se tem observado grande incidência de fraudes nos casos concretos, em que a empregadora "desaparece" sem honrar seus compromissos trabalhistas, como ocorre no processo em tela. Essa conduta causa grandes prejuízos aos trabalhadores, que ficam a mercê do infortúnio, enquanto quem efetivamente se beneficiou de seus serviços, irreversíveis, permanecia indiferente. Dessa forma, a Súmula 331, inciso IV, do Col. TST, ao estabelecer a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, tem o mérito de garantir que o ilícito trabalhista, perpetrado pelo contratante da mão-de-obra, não favoreça, duplamente, o beneficiário do trabalho despendido. Realiza-se assim, de forma implícita, o preceito isonômico, consubstanciado no artigo 5o., caput, e inciso I, do Texto Maior e protege-se a dignidade da pessoa humana, erigida à qualidade de princípio fundamental da República Federativa do Brasil, artigo 1o., inciso III, resguardando-se a contraprestação pecuniária pelo trabalho prestado, de caráter eminentemente alimentar. (TRT/MG – 3ª Região, Rel. Convocado Paulo Maurício Ribeiro Pires, Turma Recursal de Juiz de Fora. RO – 00102-2008-036-03-00-4, Publicação 01.07.2008, p. 19).

Nessa mesma linha de raciocínio, segue entendimento da 8ª turma do TRT da 2ª Região:

TOMADOR DE SERVIÇOS -  
INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES  
TRABALHISTAS PELO EMPREGADOR -  
RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Tratando-se de  
terceirização de serviços, o inadimplemento dos  
encargos trabalhistas pelo empregador implica a  
responsabilidade subsidiária da empresa tomadora,



desde que tenha participado da relação processual e conste do título executivo. O encargo supletivo advém da utilização da mão de obra do trabalhador para obter vantagem. Inteligência da Súmula nº 331, IV, do TST. 2) RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ABRANGÊNCIA - TOTALIDADE DAS VERBAS DEFERIDAS NA SENTENÇA. A imposição da responsabilidade subsidiária à tomadora de serviços implica o pagamento de todas as verbas deferidas ao trabalhador, porquanto o escopo do entendimento sumulado é assegurar amplo e integral ressarcimento ao empregado vítima de descumprimento da legislação trabalhista, estendendo à tomadora, culpada pela má escolha do ente prestador, o pagamento da condenação. (TRT-2 - RO: 00016887520145020373 SP 00016887520145020373 A28, Relator: ROVIRSO BOLDO, Data de Julgamento: 03/12/2014, 8ª TURMA, Data de Publicação: 09/12/2014)

O Tribunal Superior do Trabalho também vem decidindo nesse sentido, ou seja, na aplicação da responsabilidade subsidiária, quando há inadimplemento das obrigações trabalhistas, conforme decisão abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSENSO JURISPRUDENCIAL CONTRARIEDADE AO ENUNCIADO 331, IV, DO TST. Caracterizado o dissenso jurisprudencial, o conhecimento do recurso, no tópico, é medida que se impõe. Agravo de instrumento conhecido e provido. 2. RECURSO DE REVISTA. 2.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O Regional, entendendo que o Reclamante não comprovou a presença dos requisitos de que trata o Enunciado 331, inciso IV, desta Corte, reformou a r. sentença, no que tange à responsabilidade subsidiária, sustentando que o Reclamante era empregado da primeira Reclamada e desenvolvia

atividade diversa daquela contratada na prestação de serviços. Sem razão o Regional. A matéria é bem conhecida deste Eg. Tribunal e pode ser resumida da seguinte forma: uma empresa contrata outra, prestadora de serviços inidônea, que não paga as verbas devidas a seus empregados. A contratante lava as mãos e aos trabalhadores prejudicados só resta o caminho da Justiça para os recebimentos dos seus direitos. Note-se que a 2ª Reclamada, ao contratar empresas prestadoras de serviços para a terceirização de algumas atividades-meio, tem o dever de se cercar de todas as garantias possíveis, que passam pela investigação da idoneidade econômica e financeira da contratada e, principalmente, a vigilância para que as mesmas honrem seus compromissos trabalhistas e fiscais. No caso dos autos, ficou comprovado o labor em atividade relativa ao contrato de terceirização. O contrato de prestação de serviço, citado acima, destaca a necessidade, para o desempenho da atividade de manutenção de poste (atividade fim do contrato), de utilização de veículos da contratada, sendo esta responsável por sua manutenção. Assim, pode-se concluir que o desempenho da função mecânico de autos se dava nos veículos empregados no deslinde do contrato. Recurso de revista conhecido e provido, para condenar subsidiariamente a segunda Reclamada. (BRASIL, 2004).

Sendo assim, a súmula 331, IV, do TST, garante ao empregado terceirizado a possibilidade de acionar o tomador de serviços, caso a empresa terceirizada – que é a responsável principal dos créditos trabalhista – faltar com suas responsabilidades, deixando de cumprir suas obrigações com o seu empregado, o tomador de serviços responderá subsidiariamente, mesmo não havendo vínculo empregatício com o empregado.

Em contrapartida, Gabriela Neves Delgado, entende que, apesar de consumada referida alteração, o enunciado ainda não trata da matéria da responsabilidade decorrente da terceirização de forma ampla, devido a, nas hipóteses de terceirização ilícita, não determinar nenhum tipo de responsabilidade para a empresa terceirizante. Apenas prevê a desconfiguração do vínculo empregatício do empregado com a empresa fornecedora (“empregador aparente”), estabelecendo-o, ao inverso, com a empresa cliente (“empregador dissimulado”) (DELGADO, 2014, p. 181-182).

No entanto, quando ocorrer fraude no processo de terceirização, ou seja, quando a terceirização for ilícita, a responsabilidade será solidária, entre o tomador de serviços e a empresa terceirizada, tendo em vista, o artigo 9º da CLT, “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Gabriela Neves Delgado considera que a responsabilidade também será solidária nos casos em que a terceirização for irregular, explicando que a única maneira de se eliminar a prática ilícita terceirizante é imputando responsabilidade solidária às duas empresas que praticaram a irregularidade, uma vez que a previsão de responsabilidade meramente subsidiária para a empresa que cometeu a conduta irregular terceirizante consiste em assegurar-lhe tratamento promocional, favorável, idêntico àquele que a ordem jurídica defere à empresa que realizou terceirização lícita. Isso é simplesmente um contra-senso (DELGADO, 2014, p. 182).

Ainda segundo a doutrinadora, se a ordem jurídica geral, quer no velho Código Civil, quer no novo estatuto civilista, enfatiza a responsabilidade solidária entre aqueles que cometeram ilicitudes, não é lógico que o Direito do Trabalho, mais interventivo do que o Direito Civil, mostre-se acovardado diante de uma conduta normativa promocional da própria ilicitude trabalhista. (DELGADO, 2014, p. 182).

O TRT 3ª Região, também considera que é responsabilidade solidária quando ocorre fraude no processo da terceirização, com isso,

vem tendo o seguinte entendimento, conforme decisão da terceira turma, do referido TRT:

SERVIÇOS BANCÁRIOS. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A CLT e a jurisprudência dominante vedam a terceirização dos serviços bancários, sujeitando a tomadora a responder diretamente pelos direitos e obrigações do empregado terceirizado. A terceirização só é possível nas hipóteses de exceção, conferidas pelas Leis nº 6.019, de 1974, e nº 7.102, de 1983, cabendo lembrar que resoluções emitidas pelo Banco Central do Brasil, que alteram e consolidam as normas que dispõem sobre a contratação de correspondentes no País, não têm o condão de afastar a aplicação das leis, em face do princípio da hierarquia normativa. A fraude perpetrada pelos empregadores atrai a aplicação da responsabilidade solidária. (TRT-3 - RO: 00881201702003009 0000881-88.2017.5.03.0020, Relator: Convocado Frederico Leopoldo Pereira, Terceira Turma, Data de Publicação: 25/02/2013 22/02/2013. DEJT. Página 44. Boletim: Não.)

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR. LITISCONSÓRCIO. Nas hipóteses envolvendo a terceirização de serviços, o ajuizamento da ação em face apenas do tomador dos serviços é faculdade do reclamante e não exigência legal. Notadamente, em se tratando de eventual terceirização irregular, reconhece-se o vínculo empregatício diretamente com a tomadora dos serviços, se esta for a pretensão deduzida. O fato de a empresa Reclamada ser a tomadora dos serviços prestados pelo reclamante não é motivo de litisconsórcio necessário entre ela e as demais empresas que intermediaram a mão de obra. A responsabilidade solidária de todos envolvidos

pode ser imposta como medida de direito, desde que haja provocação da parte interessada, ou seja, do Autor(a) da ação. Todavia, a possibilidade de condenação solidária na hipótese de terceirização irregular não pode servir de óbice para limitar e/ou condicionar o exercício do direito de ação do trabalhador. Na hipótese de terceirização irregular, é mera faculdade do Autor(a) ajuizar a ação contra todos os envolvidos ou apenas contra a tomadora do serviço, responsável direta pelo desvirtuamento da relação de emprego. (TRT/MG – 3ª Região, Rel. Márcio Flávio Salem Vidigal, 2ª T.. RO – 01272-2007-107-03-00-8, Publicação 14.04.2008, p. 12).

Portanto, é importante essa distinção entre a responsabilidade subsidiária e a responsabilidade solidária, no sentido de verificar quando cabe cada uma delas.

Em síntese a responsabilidade subsidiária para que ocorra, dependerá da comprovação da inadimplência ou insolvência do devedor. Já a responsabilidade solidária incide quando o processo de terceirização apresenta fraude ou irregularidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Trabalho pátrio teve a sensibilidade de regulamentar um fenômeno que foge à regra quando se fala em relações de trabalho, visto que se apresenta com intensidades diferentes em quase todos os países, qual seja a terceirização de mão de obra. A terceirização gera, de uma certa ótica, novos empregos e novas empresas, pois traz a possibilidade de criação de mão de obra especializada na execução de serviços específicos, contribuindo às empresas crescerem e focarem seus recursos para suas atividades fim, deixando atividades secundárias para um terceiro realizar (CALVO, 2016).

Mas, sob outra ótica, este tipo de relação jurídica pode trazer ao empregado sérios prejuízos de ordem trabalhista, haja vista que possa



ocorrer um vínculo direto com a empresa tomadora dos serviços com o trabalhador, situação que desvirtua o conceito de terceirização pela simulação instaurada, pois, como regra, a empresa terceirizante é a que possui uma relação de emprego como o obreiro, não a tomadora, formando-se uma terceirização ilícita. Havendo uma ilicitude na terceirização – pela presença dos requisitos pessoalidade e subordinação jurídica entre obreiro e tomador – a relação de emprego forma-se diretamente com a tomadora dos serviços, tornando-se a única responsável por dívidas trabalhistas/previdenciárias.

De outra sorte, existe também a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, situação encontrada no item IV, súmula 331, TST, estabelecendo que tal empresa será responsável por verbas trabalhistas caso haja inadimplemento destas por parte da empresa terceirizante. Este regramento vem em consonância ao princípio da proteção trabalhista, pois evita que empresas de fachada e sem patrimônio terceirizem mão de obra, beneficiando, assim, empresas tomadoras dos mesmos.

A justiça do trabalho, com base na súmula nº 331, TST, considera possível a terceirização de mão de obra, desde que seja na forma lícita, ou seja, quando é empregada para a realização de atividades-meio das empresas tomadoras de serviços, visto ser uma modalidade contratual que fomenta o crescimento econômico e a geração de empregos e renda às pessoas.

Não há uma distinção concreta e clara entre a terceirização de atividade-meio e atividade-fim na Súmula 331 do TST, cuja dicção é no sentido de que todas as atividades que se enquadrem como acessórias à atividade principal da empresa são passíveis de terceirização, desde que haja a pessoalidade e subordinação direta do empregado terceirizado com a empresa tomadora dos serviços.

Não há uma delimitação certa no que diz respeito à responsabilidade na terceirização, ou seja, quando ocorrerá a responsabilidade solidária e subsidiária entre a empresa terceirizante e o tomador de serviço. Tal deficiência deixa o trabalhador em condição mais vulnerável (LENZA, 2016).



Verifica-se que não há uma determinação quanto a aplicação do salário equitativo aos terceirizados a exemplo do que ocorre na terceirização temporária, em que se exige para o terceirizado a remuneração equivalente ao empregado a ser substituído.

Sendo a isonomia remuneratória a igualdade de salários pagos a profissionais que exercem a mesma atividade, a falta da regulamentação específica relacionada à isonomia salarial, na terceirização, acaba gerando uma discriminação do trabalhador terceirizado, visto que muitas empresas acabam por pagar aos terceirizados salários inferiores aos contratados.

Como a jurisprudência não determina com maior clareza e/ou riqueza de detalhes as regras sobre a situação da isonomia – salário equitativo – em relação ao trabalhador terceirizado, em alguns casos utiliza-se como parâmetro a legislação referente ao trabalho temporário. Essa situação propicia a incidência de maior número de interpretação sobre a condição do trabalhador e amplia a margem para o empregador “burlar” o processo e ofertar condições diferenciadas entre terceirizados e contratados do quadro próprio (SOUZA, 2017).

Tendo em vista as lacunas presentes na legislação sobre a terceirização, a avaliação das relações de trabalho se torna um fator indispensável a ser analisado para se verificar a licitude da contratação de terceiros. A análise de parâmetros como o do vínculo entre o tomador de serviços e o terceirizado, da personalidade, da subordinação entre eles e o da execução de atividade meio ou fim tem se tornado referencial para verificar se a terceirização é lícita ou ilícita. Percebe-se que apesar das deficiências encontradas na legislação, esses fatores tornam-se relevantes para determinação das conclusões sobre a legalidade das contratações diante de inúmeras reclamações trabalhistas.

Como isso, o que seria mais adequado para mudar essa situação é a criação de leis que possibilitem maior proteção ao trabalhador terceirizado e que garantam os direitos já conquistados na CLT.

A partir do momento em que haja leis mais protetoras de direitos dos trabalhadores terceirizados, aumentará as possibilidades de valorização do seu trabalho em face do trabalhador contratado, à medida que eles deixam de ficar em uma posição de desvantagem perante ao

contratado e de sofrerem exploração pela utilização da terceirização de forma ilícita.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**BARRETO**, Gláucia. Curso de Direito do Trabalho. Niterói: Impetus, 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010.

CALVO, Adriana. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo (SP): Saraiva, 2016.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo (SP): Saraiva, 2016.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

SOUZA, Luiz Carlos. **Direito do trabalho e terceirizações**. São Paulo: Canarinho, 2017.

NOTA:

[1] Antônia maria da silva, Mestre em Direito Agrário pela UFG-2013, Especialista em Direito Tributário pela Unisul-2009, Especialista em Direito Notarial e Registral pela Candido Mendes-2017, Auditora Federal de Controle Externo do TCU desde 2004, Professora de Direito Tributário da Faculdade Serra do Carmo e professora da IFTO desde 2014.

## EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA POR MEIO DE DECISÕES JUDICIAIS

**HELMUTH PERLEBERG NETO:**  
Bacharelado em Direito pela Faculdade  
Serra do Carmo.

**LILIANE DE MOURA BORGES<sup>[1]</sup>**  
(Orientadora)

**RESUMO:** Este artigo utilizará como metodologia a pesquisa bibliográfica baseada em: artigos científicos, livros, doutrinas, leis, com indicativos de análise jurisprudencial. O presente trabalho acadêmico aborda o crescente fenômeno da judicialização da saúde pública, que teve início na década de 90, por meio das demandas que visavam garantir aos portadores da *Human Immunodeficiency Virus/HIV*, o acesso a medicamentos que combatiam o avanço do vírus. Outrossim, aborda o direito à saúde pública como direito fundamental de 2º dimensão, norma constitucional de aplicabilidade imediata, direito prestacional, constante do núcleo essencial, intimamente ligado ao direito à vida. Com a intensificação do fenômeno da judicialização, surgiram vários questionamentos acerca da competência do Poder Judiciário em implementar políticas públicas, houve conflitos principiológicos, de um lado os legitimados ativo Ministério Público, Defensoria Pública, e o Mínimo Existencial, do outro os Entes Federados, a Reserva do Possível e a Separação dos Poderes. Sob este enfoque, o objetivo central é analisar se o Poder Judiciário pode e/ou deve intervir com a finalidade de impor ao Poder Executivo o cumprimento dos deveres constitucionais, visando garantir o direito à saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito fundamentais; Direito à saúde; Mínimo Existencial.

**ABSTRACT:** This academic work addresses the growing phenomenon of the judicialization of public health, which began in the 1990s, through the demands aimed at guaranteeing the holders of Human Immunodeficiency Virus / HIV, the access to medicines that were fighting the spread of the virus. It also addresses the right to public health as a fundamental right of the second dimension, constitutional norm of immediate applicability, right to benefits, constant in the essential nucleus, closely linked to the right to life. With the intensification of the phenomenon of judicialization, several questions arose about the Judiciary's power to implement public policies,

there were conflicts of principles, on the one hand, the legitimated active Public Prosecutor's Office, the Public Defender's Office, and the Minimum Existential, on the other the Federated Entities, the Reservation of Possible and Separation of Powers. Under this approach, the central objective is to analyze whether the judiciary can and / or should intervene with the purpose of imposing on the executive branch the fulfillment of constitutional duties, in order to guarantee the right to health.

**KEYWORDS** Fundamental rights; Right to health; Minimum Existential.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Saúde como direito fundamental; 3. Aspectos da judicialização da saúde; 3.1. Mínimo Existencial; 4. Legitimidade Ativa; 4.1. Do Ministério Público; 4.2 Da Defensoria Pública; 5. Legitimidade Passiva; 5.1 Reserva do Possível e Separação dos Poderes; 6. Considerações Finais; 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Escolheu-se como objeto de estudo do presente artigo o tema *aspectos da judicialização da saúde pública* em virtude de sua grande relevância. Trata-se de assunto cada vez mais presente no meio jurídico, em razão do assombroso número de ações ajuizadas, pleiteando diversos insumos de saúde, como a concessão de medicamentos, cirurgias, leitos de UTI, dentre outros equipamentos, de que o Estado, segundo o ordenamento jurídico deveria deixar ao dispor da população.

Com o presente estudo, pretende-se abordar a questão do direito fundamental à saúde como um dever, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil. Proteção que o Estado deve garantir e que está diretamente ligado ao direito à vida, à liberdade, bem ainda, pela interdependência com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que tem por finalidade garantir direitos mínimos de existência a coletividade.

No entanto, observa-se que atualmente os direitos fundamentais, como é o caso da saúde, estão de políticas públicas, sendo assim, se faz necessário que haja ações por parte do estado, para que de fato possa garantir saúde eficiente a todos. Não havendo porém, a prestação estatal adequada, torna-se necessária a interferência do Poder Judiciário. Nesse momento, surge o fenômeno da Judicialização das demandas de saúde, objeto do presente estudo.

Devido à crescente demanda que busca implementar o direito à saúde, surgiram situações de conflito, de um lado, os entes públicos do Poder Executivo defendem o princípio da reserva do possível e da Separação dos Poderes, do outro, representantes do núcleo essencial dos direitos fundamentais, defendem o mínimo existencial,

Assim, a questão norteadora do problema pesquisado é se o Poder Judiciário quando efetiva o direito à saúde, executando funções que, em tese, não seriam de sua competência, estaria usurpando suas funções, em detrimento aos princípios da Separação dos Poderes e Reserva do Possível.

A metodologia aplicada ao presente artigo é principalmente da pesquisa bibliográfica, e análise jurisprudencial. A partir da análise do material, foram obtidos conceitos e comentários sobre aplicação dos princípios nas demandas de saúde, bem como posicionamento dos tribunais superiores.

Postas essas premissas, passamos a estabelecer a pauta mínima a ser enfrentada. Além da Introdução, Considerações finais e Referências, este artigo está organizado da seguinte forma. Num primeiro momento item 2), são tecidas considerações preliminares sobre a conceituação de saúde pública e saúde como Direito Fundamental; a segunda parte (item 3), discorreremos sobre o “Aspectos da Judicialização da Saúde”, para então, com base já em alguns pressupostos doutrinários e jurisprudenciais, discutir alguns dos principais aspectos vinculados ao conceito e possíveis manifestações do assim conhecido “Mínimo Existencial”. Na terceira parte (item 4), será comentada a “Legitimidade Ativa” serão analisadas as instituições essenciais à administração da Justiça, “Do Ministério Público” e “Da Defensoria Pública”; Na última parte (item 5), “Legitimidade Passiva”, serão então analisadas algumas das questões relevantes no campo do direito à saúde e que envolvem a aplicação dos institutos da reserva do possível e Separação dos Poderes, notadamente no que diz respeito à conceituação dos institutos e, sua aplicação nas ações que buscam a efetividade do direito fundamental à saúde.

Por fim, busca-se entrelaçar o direito fundamental à saúde, defendido pelos sujeitos ativos, sustentado pelo Mínimo Existencial, paralelo ao Reserva do Possível e Separação dos Poderes, argumentado pelos Entes Federados, bem ainda a posicionamento dos tribunais superiores, quando



da análise das jurisprudências apresentadas.**2. SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL** A Organização Mundial de Saúde” (OMS), define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades. Pode-se a caracterizar saúde como um completo bem-estar, e não a mera ausência de doenças, incorporando também a concepção de que a situação de saúde é determinada pelas condições de vida e trabalho dos indivíduos; pela conjuntura social, econômica, política e cultural de determinado país (SCLAR, 2005).

Doutrinadores como Loureiro (2006,) defende que a saúde é um bem fortemente marcado pela interdependência com outros bens e direitos fundamentais, como direito à vida, integridade física e psíquica, privacidade, educação, ambiente, moradia, alimentação, trabalho, dentre outras.

O direito à saúde, recebeu da Carta Magna vigente tratamento como nunca antes fora dado, assim a Constituição da República Federativa do Brasil, trouxe ao longo de seu texto diversos dispositivos que tratam expressamente da saúde como direito fundamental do cidadão.

Senão, vejamos, Art. 196 CF:

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, mediante acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 2017)

Depreende-se do ordenamento jurídico Pátrio que o direito à saúde é um direito fundamental de 2ª dimensão, de aplicabilidade imediata, pois está intimamente ligada ao direito à vida, à liberdade, corolário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que por sua vez tem a finalidade de garantir direitos mínimos à coletividade e assegurar uma melhoria das condições de existência para os indivíduos.

Assim se refere Andreas Krell:

Os direitos humanos básicos à vida e integridade física, contudo, também estão intimamente ligados aos direitos sociais à saúde e assistência social. Aqueles são tradicionalmente considerados como

direitos de defesa do indivíduo contra o Estado. Para que este não interfira negativamente na liberdade das pessoas. No entanto, no Estado moderno, os direitos Fundamentais clássicos estão cada vez mais fortemente dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre sérias ameaças de sua liberdade. Os direitos fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegerem, ao mesmo tempo, as condições materiais mínimas necessárias para a possibilidade da sua realização (KRELL, 2002, p.47).

Assim sendo, é necessário que haja uma conjuntura de ações por parte do ente estatal, visto que, de nada adianta garantir direitos à saúde a todos, sem que de fato ofereça o aparato institucional necessário para a consecução desses direitos, dessa maneira, os direitos fundamentais devem efetivar, a dignidade da pessoa humana.

Kant, defendia que o ser humano jamais deveria ser visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre ser considerado um fim em si mesmo. Significa dizer que todas as normas emanadas da vontade do legislador dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. “O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro”. (KANT citado por OHLAND, LUCIANA, 2010, P.1/2).

O direito à saúde caracteriza-se como um direito de crédito, tornando-se relevante a análise da possibilidade do Poder Judiciário ser acionado visando garantir ao indivíduo o acesso ao tratamento médico prescrito, quando não são adequadamente disponibilizados pelo Estado/Gestor.

No âmbito da saúde, caracteriza-se como um direito prestacional, sendo assim, tendo seu caráter constitucional torna-se relevante a análise da possibilidade de interferência do Poder Judiciário, visando garantir ao

indivíduo o acesso aos diversos tipos de tratamento e insumos de saúde, principalmente o fornecimento de medicamentos, exames, diagnósticos, tratamentos médicos e insumos nutricionais.

### **3. ASPECTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

O fenômeno da judicialização das demandas de saúde, ou seja, o processo judicial, individual ou coletivo, contra o Poder Público, teve início na década de 90, por meio das demandas que visavam garantir aos portadores da *Human Immunodeficiency Virus/HIV*, ou Vírus da Imunodeficiência Humana, também conhecido popularmente como AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), o acesso a medicamentos que combatiam o avanço do vírus, tais insumos não faziam parte da lista de fármacos disponibilizadas pelo SUS, somente em 1996 os remédios para tratamento da doença começaram a fazer parte da lista do SUS.

Na definição de Luís Roberto Barroso (2009, texto eletrônico);

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo...Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

A judicialização nada mais é do que um meio das pessoas conseguirem a efetivação de um direito não prestado de forma eficiente pelos entes públicos, ao qual em tese teriam competência para implementá-los. Decorre do modelo constitucional adotado, Constituição abrangente, garantista, estando associado a participação ampla e intensa do Judiciário como guardião da Constituição na concretização dos valores e fins constitucionais.

A notória precariedade do sistema de saúde brasileiro, faz com que os administrados procurem o Poder Judiciário, com o objetivo de verem afastados a inércia da administração pública, ou seja, a ineficácia estatal, seja de ordem política, econômica ou administrativa levaram a população a acionar o Judiciário na busca pela efetivação do direito constitucional à saúde.

Em excelente trabalho de conclusão de mestrado apresentado na Universidade Federal do Tocantins/UFT, FARIAS (2016), aponta que até o momento a demanda judicial mais recorrente no âmbito do direito à saúde, constituídas por ações individuais e/ou coletivas, refere-se a entrega de medicamentos e cirurgias de âmbito geral, sendo assim, a escolha da via judicial para o pedido pode se dar pela tentativa de incorporação do medicamento ou procedimento na lista do SUS ou pela ausência/deficiência da prestação estatal a rede de atendimento.

Nesse sentido, afirma a doutrinadora Lucina Ohland (2010, p.36):

Houve um vertiginoso crescimento de demandas judiciais cujo objetivo é obrigar o Estado ao fornecimento de determinadas prestações, tanto em ações individuais quanto em coletivas, e no qual, o Poder Judiciário vem assumindo papel decisivo na área da saúde pública, por conta da garantia constitucional da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito.

Em relação ao acesso à justiça, é importante ressaltar que o Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de canais sólidos de exercício do direito de ação via Poder Judiciário, caso o cidadão entenda que houve lesão ou ameaça de violação a algum direito, nessa esteira é o entendimento dos defensores da possibilidade de intervenção nas políticas públicas, sempre que houver violação de um direito fundamental, para assim assegurar a proteção do mínimo existencial e para observar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, manifestou a Suprema Corte:

**EMENTA : AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1.**

(...). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642536/AP).

Na visão do Ministro Luís Roberto Barroso, a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes”, concluiu “onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deva o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

Esse posicionamento do judiciário tem resultado em uma ampla discussão sobre a legitimidade e a competência técnica e institucional do poder judiciário, para decidir sobre o conteúdo e o modo que deve se dar a prestação estatal no cumprimento de decisões para o implemento do direito à saúde.

Atualmente existem três posições sobre a eficácia do direito à saúde, que se concentram em analisar as possibilidades de atuação do



Judiciário no cumprimento de prestações a serem implementadas pelo SUS. A primeira entende que a eficácia desse direito deve ser restrita aos serviços e insumos disponíveis do SUS; porquanto a segunda corrente, compreende que o direito à saúde implica garantia do direito à vida e integridade física do indivíduo, devendo o Judiciário considerar a autoridade absoluta do médico que assiste ao autor da ação judicial, obrigando o SUS a fornecer o tratamento indicado; por fim, a terceira posição, sendo a que majoritariamente prevalece defende que a eficácia do direito à saúde necessita ser a mais ampla possível, devendo o judiciário ponderar direitos, bens e interesses em jogo, para fixar o conteúdo da prestação devida pelo Estado.

### **3.1 MÍNIMO EXISTENCIAL**

Para Novelino (2013) o mínimo existencial consiste em um grupo menor e mais preciso de direitos sociais formado pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna. Na visão de Barcellos (2002) o mínimo existencial engloba os direitos à saúde, educação, assistência aos desamparados e acesso à justiça. Segundo a autora, o mínimo existencial deve nortear o estabelecimento das metas prioritárias do orçamento.

Relação entre o mínimo existencial e os diversos direitos fundamentais sociais tem sido marcada por uma doutrina e jurisprudência que em boa medida ampara a tese de que o mínimo existencial representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.

A Reserva do Possível ou Reserva do Financiamento Possível, atualmente alegada pelos entes públicos em suas defesas judiciais, evidencia a alocação de recurso, ou melhor dizendo, a escassez de recursos, assim, os doutrinadores e juristas que defendem essa tese, afirmam que as normas, principalmente as de caráter social, assumem a feição de normas de caráter programáticas, dependentes da formulação de políticas públicas voltadas para determinadas áreas sociais.

Para Gilmar Mendes (2015, p. 642) esse fenômeno justifica-se em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatizando que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos



sociais implicaria escolhas alocativas, assim quando da escolha devem obediência ao critério de justiça social.

Todavia, a tese atualmente predominante nos tribunais brasileiros, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais a saúde e educação, afirmam que tais direitos são indispensáveis para a fruição dos demais direitos, conseqüentemente para a realização da dignidade humana.

Assim manifestou o Ministro Celso de Mello, senão vejamos:

Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.  
(...) A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que

representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Assim, o Mínimo Existencial configura uma complexidade de direitos garantidos constitucionalmente a todos os indivíduos, sendo que não é possível admitir a negligência da administração pública no gerenciamento dos recursos e das políticas públicas que efetivamente materializam esses direitos na vida dos brasileiros.**4 LEGITIMIDADE ATIVA**

Em princípio, como toda pessoa pode ser titular de direitos, tanto fundamentais como sociais, ressalvadas algumas exceções, impostas as vezes em função de específicas condições do titular do direito, ou até mesmo em razões de condições fáticas ou físicas, assim temos que todo e qualquer interessado, agindo em seu nome ou na condição de representante de terceiro, podem ingressar em juízo com ações que visam a implementação do direito à saúde.

Doutrinadores como Sarlet (2014, p.569), afirmam que “nessa relação vige o princípio da universalidade, ainda mais quando se trata de

direitos com forte vínculo com a dignidade da pessoa humana e com o direito à vida, todas as pessoas são, na condição de pessoas humanas, titulares dos direitos sociais”.

Buscando dar provimento ao Princípio da Máxima Efetividade, segundo o qual, os direitos, principalmente os direitos fundamentais, devem cumprir a finalidade para os quais foram criados, o Poder Judiciário vem manifestando a favor do entendimento de que o direito à saúde pode ser exercido de forma individual, inclusive em muitos dos casos, ordenando o bloqueio de valores das contas do Estado em caso de não atendimento à ordem judicial.

Antigamente, as ações envolvendo direito à saúde no Brasil eram, na maioria das vezes, pleiteadas através de Ação Civil Pública, com legitimidade ativa do Ministério Público, na defesa dos direitos de uma coletividade. Este contexto passou a mudar, principalmente após a criação das Defensorias Públicas nos Estados, que passaram a exercer a legitimidade ativa também nas Ações Cíveis Públicas, o que aumentou significativamente o número de ações individuais, não apenas ajuizadas pelos órgãos incumbidos constitucionalmente da proteção dos direitos fundamentais, como também por advogados particulares.

Entende o STF e o CNJ ser legítima a intervenção do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, assim, cabe aos Advogados Privados, e principalmente aos Defensores Públicos e Promotores de Justiça buscar avidamente garantir o direito à saúde aos desfavorecidos que sofrem com a má prestação do serviço público ou mesmo com a negligência.**4.1 DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Segundo o art. 127, da Carta Magna de 1988, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Aduz a capitulação Constitucional acima transcrita que, o Ministério Público possui legitimidade para defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem ainda, dos direitos individuais homogêneos e interesses difusos e coletivos, assim compreendidos dentre eles, o direito à vida e consequentemente o direito à saúde.

Assim tem manifestado o Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. **LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PESSOA DETERMINADA. SAÚDE. DIREITO INDISPONÍVEL.** 1. A iterativa jurisprudência desta Corte é no sentido de que o **Ministério Público** detém **legitimidade** para defesa do direito à saúde, ainda que de pessoa determinada. 2. O direito à saúde, previsto constitucionalmente, é indisponível, em vista do bem comum maior protegido, decorrendo dessa premissa a **legitimidade** do **Ministério Público** para o ajuizamento de ação civil **pública** visando garantir a realização de exame a pessoa que dele necessite. 3. Recurso especial provido. [STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1330352 MG 2012/0130091-7 \(STJ\)](#).

O Ministério Público do Estado do Tocantins possui duas Promotorias de Justiça na Capital com atribuições relativas à saúde Pública; a 19ª Promotoria de Justiça da Capital, com atribuições para tratar sobre “Tutela dos interesses indisponíveis e individuais homogêneos na área da saúde”, bem como a 27ª Promotoria de Justiça da Capital com atribuições relativas à “Promoção da tutela dos interesses difusos e coletivos na área da saúde, além de outras atribuições como, o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços públicos da saúde”.

Segundo dados apresentados pela 27ª Promotoria de Justiça, dentre os meses de janeiro de 2016 a outubro 2017, foram propostas 25 (vinte e cinco) Ações Cíveis Públicas, além de outras 07 (sete) em parceria com o Ministério Público Federal, que versam sobre diversos assuntos, principalmente neurocirurgia, oncologia, cirurgias pediátricas, hemodiálise, parto e nascimento, abastecimento, gestão hospitalar, irregularidade na UTI e Sala vermelha do Hospital Geral de Palmas.

Dentre as várias causas de judicialização das demandas de saúde, foi possível constatar ações do Ministério Público em diversos assuntos, nos quais os principais gargalos apresentados são: não efetividade da rede de atenção à saúde, demora na realização de procedimentos eletivos, por falta de regulamentação, ausência de planejamento adequado para

aquisição de medicamentos, procedimentos e insumos, burocracia trazida pela lei de licitação, quando da aquisição de insumos de saúde, tecnologias não incorporadas ao SUS, *off label*, medicamentos não registrados na ANVISA, medicamentos e procedimentos experimentais, carência de médicos especialistas e ingerência dentro das Unidades de Saúde.

#### **4.2 DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Consoante o que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 134, a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos de forma integral e gratuita.

Na visão de Bonifácio (2003, p. 94) a Defensoria é um órgão público criado pela Constituição Federal, para garantir às pessoas carentes o acesso à justiça. Para MORAES (2000, p. 66), a Defensoria Pública aproxima a sociedade civil do Poder Judiciário, fazendo com que o direito de acesso à justiça seja viabilizado. Conclui, seu papel transformador reduz o domínio que se exerce sobre os desinformados e despreparados que constituem a maior parte da nação brasileira.

A Defensoria Pública do Tocantins, com atuação na Comarca de Palmas, conta atualmente com duas frentes, sendo de competência da 30ª Defensoria Pública da Saúde de Palmas/TO, a realização dos atendimentos das demandas individuais de saúde pública e privada. A referida Defensoria, conta com o auxílio da Central de Atendimento da Saúde/CAS, responsável por fazer uma triagem no que diz respeito aos documentos e provas obtidas, visto que, é exigência do Judiciário, que conta com um Núcleo de Apoio Técnico - NAT, a análise prévia das ações de saúde antes mesmo da apreciação das liminares.

Segundo informações apresentadas pela Central de Atendimento da Saúde/CAS, foram protocoladas de janeiro de 2017 até outubro do corrente ano, 242 (duzentas e quarenta e duas), ações judiciais, sendo 90 (noventa) relativas a cirurgia, 20 (vinte) UTI, 72 (setenta e duas) medicamento, 23 (vinte e três) tratamento fora do domicílio, 20 (vinte) exames, consultas, procedimentos, 10 (dez) internação compulsória e outras 07 (sete) relativas a aparelhos assistenciais, além de outras 1452



(mil quatrocentos e cinquenta e duas) tentativas de resolução extrajudicial, através de requerimentos administrativos e ofícios.

## 5 LEGITIMIDADE PASSIVA

Nos ensinamentos de Bulos (2015,) o constituinte originário pela primeira vez na história brasileira, elevou a saúde à condição de direito fundamental, isso revela a preocupação de se constitucionalizar a saúde, vinculando à seguridade social, pois compreenderam que a vida humana é o bem supremo que merece maior destaque.

A Constituição da República prevê um regime de cooperação entre os entes federados, que devem concorrer para implementar o atendimento à saúde. Observa-se que a Carta Magna criou um sistema único de saúde, integrado por uma rede regionalizada e hierarquizada, sistema que será financiado com recursos da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ementa: ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ. (...) In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). 4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF. 5. Agravo Regimental não provido. **ST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 5911320145030082 (TST)** Data de publicação: 04/05/2015.

Ponderando o exposto, verifica-se que os entes federados, ou seja, União, Estado, Distrito Federal e os Municípios, são responsáveis solidariamente pelas demandas de saúde, ainda que, o diploma constitucional disponha que as ações e serviços de saúde constituem um



sistema único e descentralizado, porém que nos faz concluir que todos os entes são legitimados passivos nas demandas que tenham como objetivo final tutelar a saúde pública.

### **5.1 Reserva do Possível e Separação dos Poderes**

A Reserva do Possível ou Reserva do Financiamento Possível, atualmente alegada pelos entes públicos em suas defesas judiciais, evidencia a alocação de recurso, ou melhor dizendo, a escassez de recursos. Assim, os doutrinadores e juristas que defendem essa tese, afirmam que as normas, principalmente as de caráter social, assumem a feição de normas de caráter programáticas, dependentes da formulação de políticas públicas voltadas para determinadas áreas sociais.

Para Gilmar Mendes (2015, p. 642) esse fenômeno justifica-se em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatizando que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria escolhas alocativas, assim quando da escolha devem obediência ao critério de justiça social.

Defensores da não intervenção do Poder Judiciário, afirmam que no caso concreto, ante a omissão estatal quanto a construção de políticas públicas, a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, principalmente no que se refere a saúde pública, implica violação aos Princípios da Separação dos Poderes e Reserva do Possível. A respeito da ausência de recursos e da incompetência do judiciário para destinar recursos públicos, segue trecho de doutra doutrina para aprofundar a reflexão: Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor – além da já clássica alegação de que o direito à saúde foi positivado como norma de eficácia limitada – os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciais para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas

hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo a prestações materiais, diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável da própria condição do direito à saúde como direito fundamental, ou seja, como trunfo contra a maioria, muito embora com isso não se esteja a sustentar que o direito à saúde possa ser considerado como um direito limitado a qualquer tipo de prestação estatal. (SCHWARTS, Germano, citado por SARLET, Ingo Wolfgang, 2014, p.543).

É cediço que o Estado Brasileiro acabou por adotar a teoria da tripartição de poderes, defendida por Montesquieu, assim, traz a Constituição Federal em seu art. 2º, que o Legislativo, Executivo e Judiciário são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si.

Em virtude do exposto, depreende-se do atual ordenamento jurídico que as atribuições dos poderes vieram pré determinadas quando da elaboração da constituinte, dessa maneira cabe ao Legislativo a função precípua de legislar, ao Executivo a implementação de políticas públicas e ao Judiciário a efetivação, caso o Estado permaneça inerte.

“EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. A jurisdição foi prestada pelo Tribunal de origem mediante decisão suficientemente fundamentada. 2. Inadmissível em recurso extraordinário o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos

constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 4. Agravo regimental não provido.” (AI 750768 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/10/2011, DJe-226 DIVULG 28-11-2011 PUBLIC 29-11-2011 EMENT VOL-02635-02 PP-00212)

Todavia, é certo que, o Estado que tem a função de elaborar e implementar as políticas públicas, não o faz de forma eficiente, não disponibilizando aos cidadãos os recursos necessários para sua fruição, daí, o Judiciário buscando dar efetividade às normas de caráter constitucionais, vislumbrando lesão ou ameaça a direito, interfere a favor do cidadão para que lhe seja garantido a efetivação de fato das políticas públicas.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou ressaltar a importância do Estado Democrático de Direito, a necessidade de preservar a força normativa da Constituição, bem como o diálogo entre os Poderes Constituídos. Certo é que o Poder Judiciário, buscando dar máxima efetividade aos direitos fundamentais, na proteção de possível lesão ou ameaça a direito, não se curve às omissões dos demais Poderes, principalmente do Poder Executivo, que detém a competência de implementação e execução das normas fundamentais.

Assim, cabe ao Poder Judiciário, concretizar por meio de suas decisões, o direito fundamental à saúde, de modo que, garanta aos indivíduos, o núcleo essencial, aproximando-se ao máximo da norma programática que garante o acesso universal e igualitário aos insumos de saúde, conforme previsto constitucionalmente.

Analisando a questão inerente à efetivação do direito fundamental à saúde, manifestou o Ministro Celso de Mello:

Essencialidade do direito à saúde “A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde, em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhes, arbitrariamente, a eficácia

jurídica-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante” (STF, RE 267.612, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23-08-2000). Os dados obtidos através das jurisprudências apresentadas nas páginas 07, 09, 10, 16 e 17, apontam que: (i) os tribunais brasileiros, reconhecem a prevalência do direito à saúde sobre as limitações financeiras do Estado; (ii) os principais fundamentos constantes são : (a) o direito à vida; (b) a responsabilidade solidária dos entes federativos; (c) a legitimidade ativa do Ministério Público e da Defensoria Pública para a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis; (d) a prevalência do mínimo existencial sobre a reserva do possível; (e) inexistência de ofensa à separação dos Poderes com a judicialização da saúde, por fim; (f) a possibilidade de bloqueio das verbas públicas para dar cumprimento às decisões relativas a prestações de bens de saúde.

Consoante o exposto, foi possível concluir que, como guardião dos direitos sociais dos cidadãos, cabe tanto ao Ministério Público quando a Defensoria Pública averiguar se as medidas concernentes a saúde pública estão sendo cumpridas, devendo o Poder Judiciário, após provocação, intervir para garantir a efetivação dos direitos sociais, principalmente os que fazem parte do núcleo essencial, não havendo que se falar em violação dos princípios da Reserva do Possível e Separação dos Poderes, devendo prevalecer sobre estes, o princípio do Mínimo Existencial, ou seja, a preservação da vida e a saúde do indivíduo. **7 REFERÊNCIAS**

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1998. <<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 de nov. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. E atual. de acordo com a Emenda Constitucional 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal – São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-constitucionalizacao-do-direito-sob-a-otica-de-luis-roberto-barroso,31231.html/>>. Acesso em: 22 de nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e

parâmetro para a atuação judicial. Disponível em [//www.conjur.com.br/dl/estudobarroso](http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso), pag 22, acesso em 14/10/2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FARIAS, Dorane Rodrigues. **Judicialização da saúde: aspectos processuais e institucionais na efetivação do direito à saúde pública no estado do Tocantins**. 2016.141f. Dissertação (Mestrado profissional e interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) – Universidade Federal do Tocantins, Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, Palmas, 2016.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LOUREIRO, João. Direito à (proteção da) saúde. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento**. Coimbra: Coimbra Ed. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** – 10. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Silvio Roberto Mello. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 66.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2013, 8Ed. Rev. atual.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho>. Acesso em: 22 de nov. 2017.

OHLAND, Luciana. **Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos**. v. 36. n. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública**. 2. Ed. São Paulo: Senac São Paulo, 2005.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência Jurídica Integral e Gratuita**, 2003, Ed. Método, p. 94.

Nota:

[1] Professora. Advogada, Mestre em Ciências Ambientais e Saúde, professora universitária.



## COMENTÁRIOS ACERCA DOS ARTIGOS 318 A 329 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

### **PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO:**

Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo tecer comentários em relação aos artigos 318 a 329 do Código de Processo Civil brasileiro (Lei. Nº 13.105/2015). Através do método de pesquisa bibliográfica, apresentamos ao leitor de maneira simples e objetiva o conteúdo de cada artigo citado neste respectivo tema.

**Palavra-Chave:** Código de Processo Civil; artigos 318 a 329; Lei nº 13.105/2015; comentado.

**Abstract:** The purpose of this article is to comment on articles 318 to 329 of the Brazilian Civil Procedure Code (Law No. 13.105 / 2015). Through the method of bibliographic research, we present to the reader in a simple and objective way the content of each article cited in this respective theme.

**Keywords:** Code of Civil Procedure; articles 318 to 329; Law 13.105 / 2015; commented.

---

### **Introdução**

O presente artigo visa, de forma didática, apresentar os artigos 318 a 329 do Código de Processo Civil brasileiro – Lei nº 13.105/2015, com o intuito de auxiliar o leitor na compreensão de cada um dos artigos abordados.



Para tanto, a fim de corroborar e alicerçar, o descrito neste artigo, recorreremos aos comentários de doutrinadores para melhor embasamento e, também, apropriação de conhecimento ao respectivo leitor.

## **1. Breve relato sobre o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015**

A substituição do Código de Processo Civil de 1973, teve como objetivo tornar mais célere o processo civil, atendendo as demandas sociais esperadas.

O Código de Processo Civil foi constitucionalizado, ou seja, seus princípios expressos de imediato na parte geral e inicial vão ao encontro dos princípios dispostos em nossa Lei Maior.

Além disto, como destacamos a celeridade, vale ressaltar o estipulado quanto a ordem cronológica dos processos, proporcionando um tratamento igualitário.

Cristalino, portanto, que o Código de Processo Civil de 2015, visa tornar os ritos processuais mais céleres e igualitários.

## **2. Parte Especial – Livro I; Título I**

Na Parte Especial o Código Civil de 2015, em seu Livro I trata do processo de conhecimento e do cumprimento da sentença. Em seu Título I, dispõe do processo comum, conforme veremos detalhadamente nos capítulos I e II, seção I e II, artigos 318 a 329 com os respectivos comentários pertinentes.

### **2.1. Capítulo I – Disposições Gerais**

No respectivo capítulo nos é apresentado um único artigo, art. 318, o qual transcrevemos:

*Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.*

*Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais processos especiais e ao processo de execução.*

O artigo 318, estabelece o procedimento comum, como exclusiva competência para ação de conhecimento, ou seja, incorporando elementos dos extintos ritos sumários e ordinários existentes no decorrer do processo.

Por certo, vale ressaltar, o constante em seu parágrafo único que, por sua vez, resguardou que na ausência de previsão expressa em procedimentos especiais, o artigo 318 e seguintes deverão ser aplicados.

De acordo com os ensinamentos de Daniela Monteiro Gabbay: “é aplicável aos procedimentos especiais e ao processo de execução naquilo em que não houver regulamentação diversa”.<sup>[1]</sup>

## **2.2. Capítulo II – Da Petição Inicial; Seção I – Dos Requisitos da Petição Inicial**

Na Seção I do respectivo capítulo, são abordados os requisitos da Petição Inicial, dispostos em detalhes nos artigos 319 ao 321.

Disposto no artigo 319:

*Art. 319. A petição inicial indicará:*

*I - o juízo a que é dirigida;*

*II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;*

*III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;*

*IV - o pedido com as suas especificações;*

*V - o valor da causa;*

*VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;*

*VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.*

*§ 1o Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.*

*§ 2o A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.*

*§ 3o A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.*

A petição inicial caracteriza-se pelo exercício da ação, para tanto, deve atender a determinados requisitos dispostos no artigo 319.

Vale destacar, que se a petição inicial é exercida em causa própria pelo advogado, deverá esta respeitar o disposto no art. 106 deste mesmo Código.

Em relação ao inciso I, condiz com as regras de competência vertical, previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como também, das competências horizontais, estas descritas nos artigos 42 e ss.

Desta feita, cumpre ao advogado atentar às regras de Jurisdição e competência, a fim de endereçar de forma correta a petição inicial, evitando redistribuição e com isto causando perda de tempo no processo, tanto da Justiça quanto da parte.

Adiante, em seu inciso II, é tarefa do patrono o cadastramento com a inserção de dados, a redação do Código, neste ponto, foi readequada em comparação ao código anterior e inovou na exigência da inclusão do endereço eletrônico, a fim de possibilitar intimações ou citações através de comunicação eletrônica.

Na doutrina de Humberto Theodoro Júnior (2012, p.35), no que se refere a petição inicial, temos:

*Caracteriza-se o princípio inquisitivo pela liberdade da iniciativa conferida ao juiz, tanto na instauração da relação processual como no seu desenvolvimento. Por todos os meios a seu alcance, o julgador procura descobrir a verdade real, independentemente de iniciativa ou colaboração das partes. Já o princípio dispositivo atribui às partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no seu impulso. As provas só podem, portanto, ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz à função de mero espectador.*

Com intuito de complementar o descrito, cabe-nos apontar os ensinamentos de Mariângela Guerreiro Milhoranza e Luíz Augusto da Rocha Pires, conforme segue: “Qualificar as partes é estritamente necessário, para que não se processe pessoas incertas. Além disso, temos em nosso ordenamento normas que tomam por base essas informações, como, por exemplo, o litisconsórcio necessário de pessoas casadas”.<sup>[2]</sup>

No que tange os incisos III e IV, cabe ao patrono na petição inicial relatar os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, bem como expressá-los. Tal narrativa deve seguir uma sequência lógica e racional, escrita de maneira adequada e objetiva, não necessariamente rebuscada, mas de acordo com a norma culta da língua, facilitando a interpretação do juiz quanto a leitura e entendimento da narrativa exposta.

Requer atenção a questão que uma petição inicial que não segue um raciocínio lógico, e uma exposição concisa e precisa dos fatos de forma clara, dos fundamentos jurídicos condizentes e do pedido, que deve estar de acordo com os fatos e o direito.

Destarte, caso não apresente os parâmetros citados, a petição inicial poderá ser concebida como inepta pelo juiz.

No que se refere a inépcia da ação vale destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*A petição inicial só deve ser indeferida, por inépcia, quando o vício apresenta tal gravidade que impossibilite a defesa do réu, ou a própria prestação jurisdicional. Recurso especial não conhecido. (STJ, T3, REsp nº 193.100/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 15/10/2001, DJ 04/02/2002).*

O inciso V, dispõe sobre o valor da causa, que tem sua exigência e fixação descrita nos artigos 291 a 293 deste Código.

De acordo com Mariângela Guerreiro Milhoranza e Luíz Augusto da Rocha Pires:

*O autor deverá atribuir um valor à causa, ato necessário para estabelecer o juízo competente, bem como para basear o cálculo das custas processuais. Nos casos não previstos na lei, a fixação do valor será voluntária, a luz dos valores envolvidos na causa. Cabe ressaltar ainda que o juiz poderá corrigir o valor da causa de ofício e por arbitramento, assim como o réu pode impugnar o valor atribuído em preliminar de Contestação.*[\[3\]](#)

Posteriormente, em seu inciso VI, o referido artigo expõe sobre a questão dada às provas. O patrono da petição inicial deve, portanto, especificar, na petição inicial às provas que com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos (anexando a inicial – meio eletrônico), ou arrolando testemunhas como veremos adiante.

O autor poderá, na petição inicial, optar pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação, conforme exposto no inciso VII, para tanto o autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, conforme rege o artigo 334, § 5º deste Código. Caso não o faça, presume-se consentimento em relação a audiência de mediação ou conciliação.

Vale ressaltar, contudo, conforme consta no § 1º do referido artigo, que em determinados casos onde ocorra o desconhecimento de algum requisito, é cabível o pedido de diligência ao juiz a fim de sanar a lacuna existente na petição inicial, p.ex., domicílio do réu.

Cristalino o § 2º que nos apresenta que, quando há a possibilidade de citação do réu, mesmo faltando determinadas informações dispostas no inciso II, a petição inicial não será indeferida.

Todavia, no § 3º, a petição não inicial não será indeferida pelo não atendimento do inciso II, contudo poderá ocorrer a impossibilidade de obtenção de tais informações, se estas tornarem-se impossíveis ou excessivamente onerosas ao acesso à justiça.

Por certo, como visto e exposto no art. 320 do Código de Processo Civil, a petição inicial será instruída com os demais documentos indispensáveis para à propositura da ação, ou seja, documentos pessoais do autor, procuração, dentre outras.

A fim de complementar, segue entendimento do Supremo Tribunal de Justiça sobre o respectivo tema:

*indispensáveis à propositura da ação ou fundamentais/essenciais à defesa são os documentos que dizem respeito às condições da ação ou a pressupostos processuais, bem como os que se vinculam diretamente ao próprio objeto da demanda, como é o caso do contrato para as ações que visam discutir exatamente a existência ou extensão da relação jurídica estabelecida entre as partes” (STJ, 4ª T., REsp nº 1262132/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 18/11/2014, DJ de 3/2/2015, recurso provido, v.u.).*

Por fim, o artigo 321 nos aponta que caso haja constatação de defeitos e irregularidades nos requisitos citados anteriormente, sendo assim, dificultando o julgamento do mérito da causa, o juiz, determinará ao autor que este emende ou complemente a petição inicial, no qual indicará o



que deverá ser corrigido ou completado, estipulando como prazo 15 dias para a emenda ou complemento da petição inicial. Caso o autor não cumpra a petição inicial será indeferida pelo juiz, conforme constante no parágrafo único deste artigo.

### **2.3. Seção II – Do Pedido.**

O pedido é a revelação do que se pleiteia na ação, sendo assim, é o objeto da ação e do processo, subdivide-se em imediato e mediato. Imediato refere-se, após demonstração do fato e fundamentação o pedido de sentença ao juiz. Por seu turno o pedido mediato pode ser caracterizado por um bem que considera ameaçado ou violado (tutela específica). A fim de ilustrarmos, exporemos o seguinte exemplo: um acidente de trânsito, o autor da demanda alega ato ilícito do réu, tendo este responsabilidade civil pelo dano causado, solicita que seja proferida sentença a fim de solucionar a lide (pedido imediato) e condene o réu a indenizar os danos causados (pedido mediato).

A respectiva seção abrange os artigos 322 a 329. Abordaremos cada um destes referidos artigos.

Conforme disposto no artigo 322, temos:

Art. 322. O pedido deve ser certo.

§ 1º Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios.

§ 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

O pedido deve ser determinado e certo, salvo exceções dispostas no artigo 324, sendo assim, através da petição inicial o autor deve indicar o conteúdo pretendido, podendo também apresentar pleitos, p.ex., reconvenção.

Em relação aos juros legais, correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive honorários advocatícios, devem constar no pedido

principal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), através da Súmula nº 256, de mesmo entendimento o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em período anterior ao Código de Processo Civil de 2015, aponta: “a condenação em honorários advocatícios, decorrentes da sucumbência, é impositiva (STJ, 1ª T., REsp nº 90395/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 20/3/1997, DJ de 28/4/1997, recurso provido, v.u.)”.

Cristalino, conforme disposto no § 2º, do referido artigo que a interpretação do pedido deve velar pelo princípio da boa-fé.

Por seu turno, o artigo 323 apresenta o seguinte texto:

*Art. 323. Na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las.*

Por certo, a obrigação, com prestações sucessivas, as quais vencerão no decurso do procedimento serão incluídas no pedido. Tal fator, independe de expresse pedido do autor e serão incluídas na condenação, no caso, em que o devedor deixar de quitá-la ou, então, consigná-la. No que tange o valor da causa, deve-se atentar que considerar-se-á o valor da soma das prestações vencidas e vincendas.

*De acordo com o artigo 324, resta exposto:*

*Art. 324. O pedido deve ser determinado.*

*§ 1º É lícito, porém, formular pedido genérico:*

*I - nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados;*

*II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato;*

*III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.*

*§ 2º O disposto neste artigo aplica-se à reconvenção.*

Como vimos o pedido deve ser certo e determinado, porém há exceções, como nos casos de ações universais, petição de herança onde não for possível individualizar os bens demandados e, também, quando há a impossibilidade de determinação da amplitude dos danos relacionados as consequências dos atos ou fatos, p.ex., ações coletivas de interesses individuais homogêneos, cabendo citar ainda, quando há dependência da quantificação do objeto ou valor, como ocorre nos casos de ação de exigir contas.

Adiante no artigo 325, temos explícito:

*Art.325. O pedido será alternativo quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo.*

*Parágrafo único. Quando, pela lei ou pelo contrato, a escolha couber ao devedor, o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo.*

Refere-se no âmbito do direito material à obrigação do devedor. Disposto na lei ou no contrato, a escolha couber ao devedor, o juiz deverá garantir esta escolha, independente da formulação de pedido alternativo por parte do autor.

O artigo 326, nos remete aos pedidos subsidiários, conforme exposto:

*Art. 326. É lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior.*

*Parágrafo único. É lícito formular mais de um pedido, alternativamente, para que o juiz acolha um deles.*

O juiz reconhece o pedido de forma subsidiária, posteriormente quando não acolhe o anterior, p.ex., o pedido de tutela específica para cumprimento de obrigação de não fazer, que, caso não obtida, converter-se-á em perdas e danos.

No que tange o artigo 327, este trata da cumulação de pedidos, conforme segue:

*Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.*

*§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que:*

*I - os pedidos sejam compatíveis entre si;*

*II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;*

*III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.*

*§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.*

*§ 3º O inciso I do § 1º não se aplica às cumulações de pedidos de que trata o art. 326.*

Esclarece que não há necessidade de conexão para cumulação de pedidos, dependendo de três requisitos: compatibilidade dos pedidos; identidade de competência do juízo para os pedidos que serão cumulados; e adequação do procedimento. Conforme explícito no § 2º, caso corresponda tipo diverso de procedimento, a acumulação se dará através de procedimento comum, o que não prejudicará o emprego de técnicas processuais diferenciadas nos procedimentos processuais.

Conforme disposto no artigo 328, temos:

*Art. 328. Na obrigação indivisível com pluralidade de credores, aquele que não participou do processo*

*receberá sua parte, deduzidas as despesas na proporção de seu crédito.*

O credor que não tenha participado do processo, terá o direito de receber a parte que lhe é cabível, deduzidos, obviamente, as despesas proporcionais de seu crédito.

Por fim, o artigo 329 dispõe:

*Art. 329. O autor poderá:*

*I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;*

*II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.*

*Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.*

Antes da citação é possível que o autor altere ou adite os elementos objetivos da demanda, ou seja, o pedido. Tal alteração não causa prejuízo ao réu, visto que, este somente passará a integrar a relação processual após a citação.

Após a citação, com o réu integrando a relação processual, a modificação do pedido ou causa de pedir, dependerá de seu consentimento, sendo-lhe assegurado o contraditório e possibilidade de manifestação com prazo mínimo de 15 dias.

Posterior ao saneamento, não há mais possibilidade de alteração do pedido e causa de pedir. O dispositivo aplica-se também à reconvenção.

### **3. Considerações finais**

Em regra, utiliza-se do procedimento comum, salvo exceções dispostas no artigo 324. A Petição inicial é de fundamental importância para acionar a jurisdição (princípio da inércia), todavia deve atender determinados requisitos.

Os pedidos, requeridos na petição inicial, por sua vez, em regra, devem ser certos e determinados, salvo exceções aqui expostas.

Por certo, de maneira simples e objetiva ilustramos e pertinentemente tecemos comentários que servirão de auxílio e familiarização do leitor quanto aos elementos integrantes da petição inicial.

#### **4. Referências bibliográficas**

BRASIL. Diário Oficial da União (DOU). *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília-DF. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045)>. Acessado em: 23/10/2017.

OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. *Novo código Civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V1. 56ªed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.  
NOTAS:

[1] GABBAY, Daniela Monteiro. *Código de Processo Civil Anotado*. AASP. Paraná: OAB/PR. 2015. p.537.

[2] OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. *Novo código Civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 258.

[3] OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. *Novo código Civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 258.



## CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS E JURÍDICAS DO ABANDONO AFETIVO

**SARUZZE PEREIRA SANTOS:** Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

**ANDRÉIA AYRES GABARDA ROSA**

(Orientadora)<sup>[1]</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo analisar as consequências psicológicas e jurídicas do abandono afetivo. Este artigo está dividido em três capítulos, os quais abordam a temática por intermédio de pesquisa bibliográfica. No estudo, em sua primeira metade, foram abordados os aspectos inerentes ao abandono afetivo e suas causas. Ainda, na sua outra metade, foram verificadas as questões pertinentes ao abandono afetivo e a aplicação da responsabilidade civil. Observou-se que a ausência de afeto poderá trazer transtornos sérios para aqueles que não recebem o carinho e atenção necessária dos pais, podendo ensejar problemas de cunho psicológico, pedagógico, entre outros. Com isso, os Tribunais aceitam a possibilidade de responsabilidade civil por abandono afetivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Abandono Afetivo - Dano Moral - Responsabilidade civil

**ABSTRACT:** The present study aims to analyze the psychological and legal consequences of affective abandonment. This article is divided in three chapters, which approach the theme through bibliographic research. In the study, in its first half, the aspects inherent to affective abandonment and its causes were discussed. Still, in the other half, the issues related to affective abandonment and the application of civil responsibility were verified. It was observed that the absence of affection may cause serious disorders for those who do not receive the affection and necessary attention of the parents, which can lead to psychological, pedagogical problems, among others. With this, the Courts accept the possibility of civil responsibility for affective abandonment.

**Key Words:** Affective Abandonment - Moral Damage - Civil liability

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2. Do Abandono afetivo e consequências psicológicas. 2.1. O abandono afetivo. 2.2. O abandono afetivo como violação ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2.3. O abandono afetivo e o princípio da convivência familiar. 2.4. O abandono afetivo e a importância do afeto. 3. Aplicação da Responsabilidade Civil no abandono afetivo. 3.1. Posicionamentos favoráveis ao dever de indenizar e o quantum indenizatório. 3.2. Posicionamentos contrários ao dever de indenizar. 3.3. Posicionamento do STF e projetos de lei. 4. Conclusão. 5. Referências.

---

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho, busca abordar a seguinte temática: os efeitos psicológicos e jurídicos do abandono afetivo. Assim, serão considerados no presente estudo, os aspectos doutrinários e jurisprudenciais quanto ao tema proposto, levando em consideração os principais julgados quanto à matéria e as causas para a ocorrência do abandono familiar.

A Constituição Federal e, em especial, o Código Civil são claros no que tange às obrigações dos pais em relação aos filhos. Assim, diversas dúvidas podem surgir tais como: em que consiste o abandono afetivo? O que é afeto, nos termos do Direito? São questionamentos que o estudo buscará responder. O poder familiar é exercido pelo pai e pela mãe, os pais deverão exercê-lo em sincronia, com concessões recíprocas, para que não causem desestabilização em seu poder dever. Essa sincronia possui exceções, como as inerentes às convicções religiosas e morais. O poder familiar também traz consequências jurídicas, haja vista os deveres dos pais frente aos seus filhos.

Na modernidade, as famílias são submetidas a deveres para com os seus, devendo cuidar para que os que se encontram no mesmo teto se sintam bem, em prol da felicidade em comum. É esse o maior objetivo e função da família, que é proporcionar a união e a atenção recíprocas. No

entanto a criança poderá se ver abandonada por um dos genitores. E isso pode causar uma série de danos de cunho moral nos infantes.

Uma das causas do abandono afetivo é o distanciamento natural da criança por aquele que não tem a sua guarda. Por outro ângulo, o abandono afetivo poderá surgir de desavenças entre o pai e a mãe, visto que o pai, por exemplo, ao se afastar da mãe, também poderá se afastar dos filhos, ou vice-versa. A falta de contato físico poderá acarretar em distanciamento e abandono, fato que poderá trazer danos e transtornos à criança e ao adolescente. Entretanto, em virtude de diversas situações, tais como separação ou cotidiano cansativo dos pais, as crianças e os adolescentes se veem isolados em razão da omissão do afeto, fato que acarreta danos inestimáveis aos aspectos psicossociais da criança e do adolescente.

Em virtude disso, pode-se dizer que, a despeito da discussão doutrinária acerca da possibilidade de reparar ou não pelo dano causado em virtude da ocorrência do abandono afetivo, diversos tribunais caminham no sentido de aceitar essa possibilidade jurídica. Com isso, a partir de estudos de diversos julgados, notou-se a possibilidade de uma nova modalidade de responsabilidade civil, qual seja: a reparação por abandono afetivo. A base para tais posicionamentos se encontra no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, na violação do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e, dos artigos 3º, 4º, 5º, 7º e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

## 2 DO ABANDONO AFETIVO E CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS

O Abandono Afetivo é uma matéria polêmica, que vem sendo muito discutida nos últimos anos, possuindo vários casos de ações judiciais. O surgimento da expressão é incerto, mas o abandono afetivo originou-se da própria valorização do afeto no âmbito do Direito da Família.

O Abandono Afetivo ocorre quando um ou ambos os genitores passam a não prestar o dever de dar assistência moral e afetiva aos seus filhos, podendo acontecer em famílias em que os pais são separados de

fato ou divorciados, e o genitor que não possui a guarda do menor passa apenas a contribuir com o apoio material eximindo-se das outras obrigações; ou também em casos em que os pais convivem juntos, mas que, por negligência, o genitor não presta seus deveres afetivos devidamente (DIAS, 2015). Nesses fatos residem as causas do abandono afetivo.

## 2.1 ABANDONO AFETIVO

De início, frisa-se que o abandono afetivo parental fere vários princípios previstos na legislação brasileira, entre eles destacam-se o da afetividade e o da dignidade da pessoa humana.

Paulo Lôbo (2014, p. 12) define o abandono afetivo como sendo o inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Walkyria Carvalho Nunes Costa em seu artigo “Abandono Afetivo Parental: A traição do dever de apoio moral” versa sobre o prejuízo do abandono afetivo, afirmando que o abandono afetivo é tão prejudicial quanto o abandono material. A carência material pode ser superada com a dedicação dos genitores ao trabalho; a de afeto não, porquanto corrói princípios morais se estes não estão consolidados na personalidade da criança ou do adolescente, (REVISTA CONSULEX, 2012, Nº276, P.49).

Vale ressaltar o prejuízo causado ao menor pela falta de afeto (o qual consiste em uma das causas do abandono afetivo), visto que ele se encontra em estado de desenvolvimento, não somente físico, mas também psicológico, trazendo, portanto, à criança ou ao adolescente traumas e distúrbios psicológicos.

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. [...] A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação, (DIAS, 2015, p. 416).

O poder familiar deve ser exercido não somente para atender às necessidades materiais do menor, mas deve também suprir suas carências psicológicas e intelectuais. A Carta Magna dispõe e assegura direitos à criança e ao adolescente, que os pais têm o dever de cumprir:

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.

O abandono afetivo dos genitores, por não reconhecer como sendo seu filho, o menor, também poderá acarretar sequelas psicológicas. Isso porque a criança cresce em sua vida de relação com uma pecha de que não tem pai. Na escola entre vizinhos e até no trabalho, é vista com o estigma de quem não foi reconhecido pelo pai. O dano moral fica assim, evidente, sendo perfeitamente indenizável (CARVALHO NETO, 2007, p. 473).

Interessante observar a contextualização de Antônio Jeová dos Santos:

O abandono é a ausência da presença. Como regra, é o homem que deixa de dar atenção ao filho. Seja no casamento frustrado pelo divórcio em que ele deixa o lar conjugal, seja com a existência de filho com a parceira ou convivente e ocorre a ruptura da vida em comum, o homem sai de casa, por vezes cumpre a obrigação de pagar a pensão alimentícia e desaparece. Os filhos nunca mais o veem ou tal ocorre de forma espaçada, demorada, de tal arte que ficam se na proteção e agasalho da referência paterna. Por descuido, desleixo ou raiva porque

ocorreu a separação, o pai se afasta gradativamente até a ausência completa e total, (SANTOS, 2015, p. 220).

O apoio moral dos pais não traz nenhuma garantia que seus filhos não produzirão nenhum desvio psicológico, mas provavelmente ele desenvolverá esse distúrbio caso venha a ser abandonado afetivamente.

## 2.2 O ABANDONO AFETIVO COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Analisa-se primeiramente o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Conforme explica Maria Helena Diniz (2015, p. 37), o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, constitui a base da comunidade familiar, seja ela formada biologicamente ou de forma sócio afetiva, calcando-se sempre na afetividade, a fim de garantir o pleno desenvolvimento e realização de seus membros, em especial, a criança e ao adolescente.

Com efeito, embora tal princípio seja fundamental, não há ramo do Direito privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de família.

Assim, diante da demasiada subjetividade a que remete a dignidade da pessoa humana, torna-se difícil a conceituação deste princípio, restando evidente apenas a supremacia dele sobre os demais, isto é, serve como pilar a todos os demais princípios constitucionais.

Sarmiento (2010, p. 60), conceitua o princípio em questão afirmando que “[...] É o macro princípio do qual se irradiam todos os demais”. Pode-se dizer então que o princípio da dignidade da pessoa humana é plenamente aplicável nas mais diversas situações enfrentadas pelo indivíduo, servindo como um escudo às violações de seus direitos individuais e coletivos. Extrai-se daí que o



princípio da dignidade da pessoa humana é o que permite uma ampla discussão acerca do Direito de família, eliminando posicionamentos arcaicos e possibilitando o surgimento de novos, principalmente no que tange as indenizações de ordem moral.

O princípio da dignidade da pessoa humana consiste em valor constitucional sobre o qual dominam outros direitos, sendo considerado o princípio fundamental que estabelece valor essencial da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, pois é um valor jurídico fundamental da sociedade.

Rolf Madaleno ensina que:

A dignidade humana é o princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, conforme artigo 1º, inciso III. Quando cuida do Direito de Família, a Carta Federal consigna no artigo 226, § 7º, que o planejamento familiar está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Já no artigo 227, prescreve ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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-lo a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, pois que são as garantias e os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa, merecendo especial proteção até pelo fato de o menor estar formando a sua durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental, (MADALENO, 2013, p.43).

Sobre esse princípio, é analisado como característica complementar e irrenunciável da condição humana, obrigação a ser

reconhecida, reverenciada, efetivada e resguardada. Por ser inseparável a toda e qualquer pessoa, não devendo ser mera concessão do Direito, motivo por que constitui em cláusula pétrea.

Maria Berenice Dias (2015) conceitua o princípio em tela:

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos, (DIAS, 2015, p.44-45).

A dignidade da pessoa humana envolve essencialmente respeito e proteção da probidade física e psíquica das pessoas em geral, não podendo ser aceito qualquer ação ou omissão que afronte o homem em sua honra e dignidade.

A afetividade, por ser princípio, deverá ser obedecida no âmbito do Direito da Família. Também deverá nortear os pais no que tange ao trato com os seus filhos. Sua conotação é intimamente ligada ao conceito da própria dignidade da pessoa humana.

Maria Berenice Dias complementa que a aplicação no plano afetivo é extremamente necessário, visto que é o “princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções” (...)“qualidades mais relevantes entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoas e social de cada partícipe”, (DIAS 2015, p. 45).

Dessa forma, esse princípio é o orientador do sistema jurídico brasileiro, refere-se à dignidade da pessoa humana dentro do direito de família, que vem buscando desenvolvimento para sua personalidade e aperfeiçoamento de um intenso e saudável convívio familiar.

O abandono afetivo pode afetar a dignidade da pessoa humana visto que: “o argumento favorável à indenização está amparado na

dignidade humana. Ademais. Sustenta-se que o pai ou mãe tem o dever de gerir a educação do filho, conforme o artigo 229 da Constituição Federal e o artigo 1.634 do Código Civil”, (TARTUCE, 2015, p. 11).

Desse modo, é necessário que o direito de família tenha não somente protegido o núcleo família, mas também, que a família tenha efetivamente a dignidade do dia a dia garantida, buscando assim que se tenha uma igualdade real na construção de uma sociedade mais justa.

### 2.3 O ABANDONO AFETIVO E O PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O princípio da convivência familiar diz respeito ao direito que o menor tem de conviver com todos aqueles que formam o seu grupo, sua identidade, enfim, seus laços afetivos. Indispensável ao desenvolvimento saudável do menor, a convivência familiar permite o estabelecimento de laços afetivos, sendo, portanto, de extrema relevância a busca por tal convivência. Nele, também, é garantido que o dever da família é o de estar ao lado do Estado e da sociedade, como também o de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar. Desse princípio decorre o direito de filiação e o reconhecimento dos filhos.

Neste contexto é importante destacar a relevância da presença do pai para o desenvolvimento geral da criança, seja ele emocional, físico, escolar, no dia a dia, ou até mesmo no desenvolvimento espiritual, pois é como uma referência de segurança para a criança, (DIAS, 2010, p. 43).

Assim, o principal objetivo do Poder Familiar é o de garantir que os genitores tenham iguais deveres de proteger os filhos quanto aos perigos que por ventura possam vir a ocorrer. De igual modo, a convivência deve ser baseada no diálogo, respeito e compreensão de ambas as partes.

Cabe aos genitores, também, a responsabilidade de contribuir para uma boa formação da prole, para que esta possa ter boas condições futuras de vida e sustento pessoal. Também é válido reforçar que os filhos possuem também obrigações em relação aos seus genitores. Assim, devem obedecer ao pai e a mãe, podendo estes impor limites e regras,

com a finalidade de obter uma boa conduta nas crianças, (RIZZARDO, 2016, p. 115).

Com a nova ordem constitucional, e em razão do Estatuto da Criança e do Adolescente, nota-se que a família possui um rol maior de deveres recíprocos, principalmente no que tange ao poder familiar.

Além de garantido pela Constituição Federal de 1988, esse princípio foi consolidado também pela Convenção dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto de nº 99.710 de 21 de novembro de 1990, o qual estabelece em seu artigo 9º que:

1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

2. Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente Artigo, todas as Partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

O rompimento da relação conjugal, portanto, não deve constituir para a criança uma reserva ao seu direito à convivência familiar. Neste contexto, analisa-se que os filhos necessitam dessa relação de proximidade com os pais. Isso porque o divórcio acarreta mudanças nas estruturas e dinâmicas familiar. Porém, ele não acaba com a família, mas traz novas configurações no relacionamento da família devido ao rompimento da vida conjugal, entretanto, a família se mantém, mas com uma nova dinâmica, pois a separação traz novas experiência onde ocorre perdas que geram sofrimento.

A convivência familiar é fundamental para o desenvolvimento saudável do filho menor. Dias expõe que:

A convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida, (DIAS, 2015, p. 407).

E dessa maneira surge uma problemática grave, que é a questão do abandono afetivo - se o genitor que perdeu contato com o filho poderá ser punido por tal ato, ou se, pelo fato de ter o outro genitor causado a deflagração do abandono, o primeiro não poderá sofrer punição.

Paulo Lôbo explica que:

A convivência familiar é 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, (LOBÔ, 2014, p. 74).

O princípio da convivência familiar ou o direito a convivência familiar é necessário para o desenvolvimento saudável do menor, é muito importante que haja o convívio entre os pais e filhos, e é por essa convivência que o afeto, o amor, o carinho nasce.

## 2.4 O ABANDONO AFETIVO E A IMPORTÂNCIA DO AFETO

Juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas *status* um pouco menor, aparece o da princípio da afetividade, que vem a ser também um dos principais fundamentos das relações familiares. Diz-se que seu *status* é um pouco menor, pois a palavra afeto não se encontra transcrita na Constituição Federal.

Dessa forma, Lôbo se manifestou sobre o princípio da afetividade:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional, não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, (LÔBO, 2014, p. 43).

Contudo, fica evidente que o afeto decorre da valorização do princípio basilar das relações de família, que é o da dignidade da pessoa humana. Neste contexto, de acordo com Maria Helena Diniz (2015, p. 38), a evolução da família, tornou-a cada vez menos organizada hierarquicamente, calcando-se na comunhão de vidas através da afeição entre seus entes, mudança esta que atende as exigências da atualidade que em busca da plena felicidade, revela uma constante necessidade de mútua cooperação que somente se torna possível diante da afetividade de seus membros.



O afeto é primordial para o bem-estar da criança e do adolescente. Não basta aos pais proporcionarem apenas condições de subsistências para sua prole, a atenção e o carinho são fundamentais para o desenvolvimento moral, educacional e psíquico dos filhos.

Atualmente, pode-se correlatar uma nova espécie do dano moral, conhecida como dano moral afetivo. O dano moral de forma ampla é aquele em que o dano advém sobre o ânimo psíquico, moral e intelectual de uma pessoa, ocorrendo de forma ofensiva à honra e a intimidade, ou seja, este dano incide sobre as relações afetivas, que são reguladas pelas leis de direito de família, como por exemplo, a adoção, que são relações puramente afetivas.

Pode-se analisar que o afeto é um cuidado fundamental para uma criança, pois, é impossível mensurar o amor, porém é possível verificar o cumprimento e descumprimento da obrigação judicial de cuidar e zelar do menor.

No que tange a importância do afeto no âmbito familiar, discorre Madaleno:

O afeto é mola propulsora dos relacionamentos familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência. 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, 2013, p.98-99).

Não está em discussão o amor. Não se pode obrigar a amar, porém é controvertida a imposição biológica e jurídica de cuidar que é dever intrínseco e personalíssimo dos pais.

Giselda Hironaka ressalta pontos importantes acerca do abandono afetivo, considerando que não se trata de circunstância simplesmente individual, mais de um comportamento social danoso.

Conforme a autora:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada, (HIRONAKA, 2016, p. 34).

Observa-se que o dano causado no âmbito afetivo prejudica seriamente na personalidade da criança. Isso porque a sua personalidade e o seu caráter serão manifestadores por intermédio da convivência, do carinho e do cuidado familiar. O afeto é fundamental para o crescimento e desenvolvimento comportamental e psíquico dos infantes.

Ao fazer um elo entre o princípio da afetividade e a construção da personalidade do indivíduo, encontra-se respaldado no artigo 11 do Código Civil, classificando como um direito inalienável, intransmissível, imprescritível e irrenunciável:

Art. 11 -Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária”. Diante do exposto, o conflito aqui mencionado e o direito à personalidade, sendo estes violados, e acarretando danos imensuráveis e indescritíveis, passou-se a dá a devida importância acerca da responsabilização civil pelo abandono afetivo. O princípio da dignidade da pessoa humana está em nossa essência desde início da existência do homem, sendo este objeto de discussões em diferentes épocas.

O afeto, no âmbito da infância diz respeito a condições mínimas de sobrevivência, haja vista a necessidade do mesmo para que os filhos possam crescer de forma saudável e sejam inseridos na sociedade como pessoas com direitos e obrigações. A ausência de afeto, nessa premissa, na infância é totalmente afrontosa ao princípio em tela.

### 3 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO

#### AFETIVO

As decisões judiciais buscam reparar com indenizações pecuniárias o abandono sofrido pelo filho, na fase da formação de sua personalidade, diante dos pais que se abstêm total ou parcialmente do contato com seus filhos.

Ressalta-se que, a condenação não busca reparar a falta de amor, ou desamor, ou a preferência de um pai por um ou outro filho, mas sim, procura penalizar a violação dos deveres morais, o qual é direito do filho rejeitado, (MADALENO, 2013).

#### 3.1 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS AO DEVER DE INDENIZAR E O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

A conduta, geralmente paterna, em não proporcionar o carinho, a atenção, o cuidado e afeto, tem motivado diversas demandas em juízo, em virtude de alguns juristas entenderem que o abandono afetivo do pai, ou mesmo da mãe, em relação aos seus filhos consiste em uma conduta não lícita.

A título de ilustração, para se entender o dano causado no que tange à ausência, geralmente paterna, necessário se faz traçar uma análise psicológica da importância da figura paterna na vida do infante (OTONI, 2010).

A sensação de desamparo dos genitores e as consequências destes para os aspectos de fórum íntimo dos infantes, naturalmente,

passam a ser motivo de litígios judiciais de amplos descensos, haja vista tratar sobre os sentimentos, onde apenas diante dos fatos inerentes a cada caso, o magistrado poderá verificar se o comportamento do genitor (ou genitora) originou ou não danos de cunhos psíquicos ao filho negligenciado, (DINIZ, 2015). Uma decisão marcante foi a relacionada ao caso julgado pela juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro, a qual condenou um pai a indenizar seu filho, por abandono afetivo. De acordo com a magistrada:

se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei”. E mais: “O poder familiar foi instituído visando à proteção dos filhos menores, por seus pais, na salvaguarda de seus direitos e deveres. Sendo assim, chega-se à conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação, (NOVAES, 2012, p. 3).

Ainda, conforme contextualiza Charles Bicca:

Em 10 de setembro de 2003, na comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, houve a primeira condenação por danos morais decorrentes do abandono afetivo no Brasil. A sentença do juiz Mario Romano Maggioni, da 2ª Vara Cível, condenou um pai a pagar 200 salários mínimos por abandono e danos psicológicos causados a sua filha. Entre outros importantes fundamentos, a decisão consignou que a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, carinho, ir ao parque [...] a referida decisão transitou em julgado sem a interposição de recurso, (BICCA, 2015, p. 77).

Quando se fala de uma pessoa em crescimento físico e psíquico, o que exige cuidado e vigilância dos genitores para se chegar ao pleno desenvolvimento, baseado em sua formação emotiva, de tal maneira a integrá-la inteiramente ao convívio com a sociedade, deve se mensurar que a atitude se configura ato ilícito por tratar determinado filho seu de maneira totalmente distinta seus irmãos, no que tange aos cuidados materiais e, mesmo, afetivos.

Em uma decisão de 2015, o Tribunal de Justiça de Roraima assim decidiu, aceitando como possível a indenização:

Ementa: Apelação cível. Pensão alimentícia. Alimentante. Capacidade financeira. Não demonstração. Majoração indevida. Danos Morais decorrentes de abandono afetivo. Constrangimento (dor e sofrimento). Não demonstração. Indenização indevida. Sentença mantida. A majoração do valor fixado como pensão alimentícia não dispensa a demonstração concreta pela alimentada da capacidade financeira do alimentante. A indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo é juridicamente possível, mas esbarra na necessidade de comprovação da efetiva existência de constrangimento a que se submeteu o filho (a) em razão do referido abandono. TJ-RO - Apelação APL 00117426720138220102 RO 0011742-67.2013.822.0102 (TJ-RO)Data de publicação: 16/07/2015.

A criança e o adolescente deverão ser sempre inseridas no seio do afeto familiar, entre outras qualidades desse tipo de convívio, haja vista que é no âmago da família que se desenvolverá o seu caráter, sua autoestima e seu convívio social.

Assim, conforme Trindade:

Deixando a família de ser concebida estritamente como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de

produção.), e avançando para uma dimensão sócio afetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entreajuda.), surgem naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares [...] A família [...] abandona o seu caráter de instituição jurídica e passa a ser compreendida como um instrumento de realização pessoal do ser humano, de promoção da felicidade das pessoas nela envolvidas, deixando de ser um fim para ser o meio, (TRINDADE, 2011 p. 319).

As experiências afetivas na família produzem marcas que as pessoas levam para a vida toda, determinando comandos no modo de ser com os outros indivíduos, determinando, de certa forma, a sua postura frente a sociedade. Esse ser com os outros, prolonga-se por muitos anos e repetidamente projeta-se nas famílias formadas posteriormente, (SZYMANSKI *apud* PAIVA, 2012).

No entanto, em diversas famílias nota-se que o afeto resta como gravemente prejudicado. As causas são as mais diversas possíveis: cotidiano atarefado dos pais, crianças cada vez mais tempo nas escolas, separação, entre outros.

Quanto à separação Hironaka ensina:

Muitos pais, durante e após a separação, travam uma terrível batalha em que não se conhecem vencedores. Pior que isso, atiram sua prole no meio do fogo cruzado, seja por atitudes vingativas, seja pelo reflexo da própria contenda. Infelizmente, na maioria das vezes, são os filhos os maiores prejudicados pelas inconseqüências dos atos dos genitores. O abandono afetivo configura-se pela omissão dos pais ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua concepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção e desvelo. É inquestionavelmente,



um direito personalíssimo. [...] os pais devem assim, desempenhar as funções de educadores e de autoridades familiares para que a criança possa se formar enquanto pessoa humana, (HIRONAKA, 2016, p. 136).

Nota-se que em virtude da batalha pela separação, os pais incluem seus filhos no fogo cruzado. O abandono afetivo poderá surgir dessa 'guerra' entre o pai e a mãe, visto que o pai, por exemplo, ao se afastar da mãe, também poderá se afastar dos filhos, ou vice-versa. A falta de contato físico poderá acarretar em distanciamento e abandono, fato que poderá trazer danos e transtornos à criança e ao adolescente.

De acordo com Antônio Jeová dos Santos:

O poder-dever do progenitor que não detém a guarda do filho o obriga a supervisionar a forma como seu rebento está sendo educado. Se falha a esse dever, afastando-se e deixando de se comunicar com o filho, evidente o menoscabo espiritual a que dá azo. Daí, não ser mais possível ignorar a realidade de que o abandono afetivo é fator primário e desencadeante de dano moral, (SANTOS, 2015, p. 224).

O dano ocasionado pelo abandono afetivo é decorrente de lesão à personalidade do indivíduo. Gera resultados nefastos na vida social e pessoal do lesado, maculando-o como pessoa. A exteriorização do amor é primordial para que não ocorra esse dano, (HIRONAKA, 2016, p. 141).

Entre as decisões favoráveis recentes, pode-se citar a da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual estatui ser possível esse tipo de reparação civil.

Eis o que estatui o histórico julgado do STJ:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP  
(2009/0193701-9). [...] EMENTA.CIVIL E  
PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO

AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. [...], Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. [...], ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. [...] por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. [...]. Brasília (DF), 24 de abril de 2012(Data do Julgamento), MINISTRA NANCY ANDRIGHI.

A ausência injustificada de um dos pais, mesmo que seja decorrente de separação, evidencia-se por intermédio da dor psíquica e física da criança e do adolescente, podendo ser maior que o próprio abandono material, (HIRONAKA, 2016, p. 141).

As consequências poderão ser irreversíveis, haja vista que a criança, para sua formação pessoal, precisa das diretrizes proporcionadas pela atenção de seus pais.

Em razão desse tipo de abandono, Álvaro Villaça de Azevedo *apud* Melo destaca:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o cumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença, (MELO, 2015, p. 32).

Esse descaso é um comportamento ilícito praticado pelos pais contra seus filhos e não há como ignorar a ocorrência de lesão moral ao filho que sofre o abandono afetivo. E uma condenação pecuniária, ainda que não aconteça uma aproximação com o filho, serve como uma punição aos pais que não cumpriram com seus deveres.

Pereira Eddla, por seu turno:

Embora de fato o judiciário não possa obrigar um pai a amar seu filho, por outro Norte, deve puni-lo por não ter participado de sua formação, pois quando existe o dever de agir, a omissão deve ser repreendida, sobremaneira quando dela resulta dano irreversível,(EDDLA, 2015, p. 5).

Em razão disso, pode-se dizer que existem posicionamentos favoráveis à responsabilidade civil dos pais no caso de abandono afetivo dos filhos. Com isso, os filhos poderão acionar, no poder judiciário, os pais por suas negligências no que tange ao abandono afetivo.

Como no entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, em uma decisão proferida em 2015:

**Ementa:** APELAÇÃO. AÇÃO. INDENIZATÓRIA. A BANDONO AFETIVO. A condenação ao pagamento de indenização, em decorrência do abandono paterno, é possível, desde que cabalmente demonstrados os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, ou seja, a omissão paterna, o dano e o nexo de causalidade. Na hipótese, o réu somente soube ser pai do autor por meio de ação de investigação de paternidade, ajuizada quando o filho já contava com 25 anos de idade. Por outro lado, os laços afetivos são construídos ao longo de muitos anos de convivência, e não com a prolação de um provimento jurisdicional. O autor não logrou demonstrar o aventado dano que sofreu, não se desincumbindo do ônus probatório, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Sentença mantida. Negado provimento ao apelo (TJ-SP - Apelação APL 91077933020098260000 SP 9107793-30.2009.8.26.0000 (TJ-SP) Data de publicação: 01/07/2015.

Com o fato de unificar os argumentos favoráveis quanto à admissibilidade do dano moral por abandono de cunho afetivo dos pais em relação a seus filhos, pode-se encontrar tanto na doutrina, quanto no próprio Poder Judiciário, defensores da tese do ato ilícito do pai/mãe em virtude do inadimplemento do seu dever de coexistência e da violação das obrigações de sustento, guarda e educação dos filhos, tendo como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3.2 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS AO DEVER DE INDENIZAR

Por outro lado, existem, ainda, posicionamentos desfavoráveis à responsabilidade civil por abandono afetivo, como no caso da Apelação 20090110466999, julgada pela 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que teve por relator o Sr. Getúlio de Moraes Oliveira, que negou provimento ao recurso, afirmando quanto à impossibilidade de

indenização por danos morais pelo fato de não restar comprovado qualquer violação aos direitos da personalidade do apelante, *in verbis*:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO. 1. A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL, DECORRENTE DA PRÁTICA ATO ILÍCITO, DEPENDE DA PRESENÇA DE TRÊS PRESSUPOSTOS ELEMENTARES: CONDUTA CULPOSA OU DOLOSA, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE. 2. AUSENTE O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA OMISSIVA DO GENITOR E O ABALO PSÍQUICO CAUSADO AO FILHO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, PORQUE NÃO RESTARAM VIOLADOS QUAISQUER DIREITOS DA PERSONALIDADE. 3. ADEMAIS, NÃO HÁ FALAR EM ABANDONO AFETIVO, POIS QUE IMPOSSÍVEL SE EXIGIR INDENIZAÇÃO DE QUEM NEM SEQUER SABIA QUE ERA PAI. 4. RECURSO IMPROVIDO. (TJ-DF - APC: 20090110466999 DF 008980917.2009.8.07.0001, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA Data de Julgamento: 03/07/2013, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado noDJE : 16/07/2013 . Pág.: 100).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em recente julgado, negou provimento a Apelação nº 00237000820108260114, no qual afirmou quanto à impossibilidade de se impor o dever de amor e afeto, não reconhecendo ainda danos morais e o ato ilícito:

RESPONSABILIDADE CIVIL Abandono afetivo  
Ação de indenização por danos morais proposta por filha contra pai. Sentença de improcedência. Julgamento antecipado. Cerceamento de defesa não caracterizado. Preliminar rejeitada Impossibilidade de

se impor o dever de amor e afeto. Ato ilícito e danos morais não configurados. Indenização inexigível. Precedentes jurisprudenciais. Apelação desprovida. (TJ-SP APL: 00237000820108260114 SP 002370008.2010.8.26.0114, Relator: Carlos Henrique Miguel Trevisan Data de Julgamento: 24/04/2014, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/04/2014).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em entendimento semelhante, não conheceu do recurso de Apelação interposto da Comarca de Blumenau (3ª Vara Cível), no ano de 2010, no qual não identificou os requisitos configurados no art. 186 do Código Civil, negando procedência ao dever de indenizar.

Em justificativa, a Terceira Câmara de Direito Civil, que teve por relator o Sr. Marcus Tulio Sartorato, afirmou que os sentimentos que compreendem o ser humano, sujeitam-se a diversas circunstâncias subjetivas. “Portanto, o filho não pode obrigar o pai a nutrir amor e carinho por ele, e por este mesmo motivo, não há fundamento para reparação pecuniária por abandono afetivo”, (SARTORATO, 2014, p. 43).

Mas, é válido ressaltar que o mesmo é caracterizado como elemento no qual deverá ser observado nas relações familiares, uma vez que configura como pressuposto do dever jurídico de cuidado imaterial.

### 3.3 POSICIONAMENTO DO STF E PROJETOS DE LEI

Mesmo que haja divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu o mérito de casos envolvendo abandono afetivo, até o fechamento do presente estudo baseado na súmula 279 do Supremo Tribunal Federal: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Em 14 de maio de 2009 a ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal (STF), arquivou Recurso Extraordinário (RE 567164) em



que a parte pedia ressarcimento por danos morais em razão de abandono familiar. E foi arquivado por não existir ofensa direta à Constituição: "O apelo extremo é inviável, pois esta Corte fixou o entendimento segundo o qual a análise sobre a indenização por danos morais limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional, inatacável por recurso extraordinário", explicou a ministra.

A relatora afastou a possibilidade de analisar o pedido de reparação pecuniária por abandono moral, pois isto demandaria a análise dos fatos e das provas contidas nos autos, bem como o Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente, o que é inviável por meio de recurso extraordinário. Para a ministra, o caso "não tem lugar nesta via recursal considerados, respectivamente, o óbice da Súmula 279, do STF, e a natureza reflexa ou indireta de eventual ofensa ao texto constitucional".

Ante esse fato, frisa-se que mesmo que exista previsão legal acerca dos deveres familiares e considerando os pressupostos da responsabilidade civil, ainda não existe uma lei que regule a responsabilização decorrente do abandono afetivo. No entanto, atualmente existem três projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional sobre o tema.

O primeiro projeto (nº 700/2007) é de autoria do Senador Marcelo Crivella (PRB/RJ) já aprovado na Comissão de Constituição e Justiça em 2010. Nesse projeto, propõe alterações ao Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil e criminal. De acordo com o Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM):

O Projeto determina que o pai ou a mãe que não tiver a guarda da criança ou do adolescente também ficará obrigado pelo Código Civil não somente a realizar visitas e a tê-los em sua companhia, como também a fiscalizar a manutenção e educação desses menores. O texto define a assistência afetiva devida pelos pais aos filhos menores de 18 anos, como a orientação quanto às escolhas e

oportunidades na área da educação e profissionais, a solidariedade e o apoio nos momentos de intenso sofrimento ou de dificuldades e a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou pelo adolescente, desde que possível de ser atendida. Além de estabelecer os deveres de sustento, guarda e de educação dos filhos menores, a proposta altera o ECA para também atribuir aos pais os deveres de convivência e assistência material e moral. Esse aspecto passará a ser considerado nas decisões judiciais de destituição de tutela e de suspensão ou destituição do poder familiar, (IBDFAM, 2015, p. 2).

Para o senador, a pensão alimentícia reduzir essa tarefa de cuidados devidos como atenção, presença e orientação à assistência financeira que muitos fazem com a pensão alimentícia é “fazer uma leitura muito pobre” da legislação.

Na sua justificativa do projeto de lei o senador ressalta:

Ninguém está em condições de duvidar que o abandono moral por parte dos pais produz sérias e indeléveis consequências sobre a formação psicológica e social dos filhos. Amor e afeto não se impõem por lei! Nossa iniciativa não tem essa pretensão. Queremos, tão-somente, esclarecer, de uma vez por todas, que os pais têm o DEVER de acompanhar a formação dos filhos, orientá-los nos momentos mais importantes, prestar-lhes solidariedade e apoio nas situações de sofrimento e, na medida do possível, fazerem-se presentes quando o menor reclama espontaneamente a sua companhia. [...], A pensão alimentícia não esgota os deveres dos pais em relação a seus filhos. Os cuidados devidos às crianças e adolescentes compreendem atenção, presença e orientação. [...], “se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade de tê-lo

abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não o ter educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei.

No dia 06/10/2015 esse mesmo projeto depois ter sido submetido a revisão da câmara dos deputados, passou a ser apresentado como projeto de lei 3212/2015. A última movimentação do projeto foi em 30/03/2017, que está aguardando o parecer do Relator, Deputado Fausto Pinato (PP-SP) na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Pelo projeto de lei, os §§ 2º e 3º, do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, passarão a ter a seguinte redação:

§ 2º. Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência moral, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permitam o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

3º. Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência moral devida aos filhos menores de dezoito anos:

I – a orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II – a solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III – a presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.

Sobre a reparação pelo abandono afetivo vem expresso o parágrafo único do artigo 5º, nos seguintes termos:

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral.

Já o crime de abandono afetivo será disciplinado pelo artigo 232-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social. Pena – detenção, de um a seis meses.

O segundo projeto (nº4.294/2008) é de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra (PMDB/MT). Esse projeto não trata apenas do abandono afetivo, mas também traz disposições de proteção à pessoa idosa (abandono afetivo inverso), prevendo indenização nos dois casos, nos termos de seus dispositivos.

Pelo projeto de lei os artigos passarão a ter a seguinte redação:

Art. 1º Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Art. 2º O artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil – passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 1632

Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral. (NR)

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:

Art. 3º.

§ 1º

§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral.

Seu último andamento foi na data de 25 de Junho de 2017 na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Por sua vez, o terceiro (nº 470/2013) é de autoria da Senadora Lídice de Mata Souza (PSB/BA), que institui o Estatuto das Famílias. Nesse documento, o abandono afetivo é considerado como a omissão que ofenda direito fundamental da criança ou do adolescente. Prevê também, como dever dos pais, a assistência afetiva, além das outras previstas em lei.

Eis a justificação do citado projeto, em sua exposição de motivos:

A absoluta prioridade ao convívio familiar assegurada a crianças e adolescentes dispõe de respaldo constitucional, consubstanciada no princípio da paternidade responsável (CF, art. 227). Ainda que o amor não tenha preço, é indispensável assegurar o direito a exigir alguma espécie de reparação quando ocorre abandono afetivo. Cabe ser penalizada a negligência parental, cuja indenização pode ter natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Para o Direito, o afeto não se traduz apenas como um sentimento, mas principalmente como dever de cuidado, atenção, educação, entre outros.

Os projetos de lei em questão visam impor aos pais além do dever de sustento, educação e guarda os deveres de convivência e amparo emocional, considerando os princípios da afetividade, da dignidade da pessoa humana e da convivência familiar. Considerando a inserção de novos institutos jurídicos no âmbito familiar nos últimos anos, entre os quais o da guarda compartilhada e o da proteção à alienação parental, verifica-se que em breve poderá haver previsão legal referente ao abandono afetivo, resolvendo de vez a problemática e o dissenso sobre tal questão.

#### 4 CONCLUSÃO

Com a família contemporânea, e o declínio do patriarcalismo, adotou-se o princípio da afetividade nas relações familiares, não tendo como escopo a consanguinidade, pois essa hoje é considerada

secundária. Destarte, a família está carregada de deveres, os quais devem ser cumpridos, conforme a própria Carta Magna consagra sob pena de a criança desenvolver problemas no cerne de seu crescimento, impedindo que se torne um adulto ético, social e equilibrado.

O abandono afetivo, situação na quais muitas crianças e adolescentes são submetidos, é um tema que vem sendo bastante abordado na literatura jurídica. Em razão do exposto, justifica-se em razão de ser uma situação atual, haja vista que muitas crianças e adolescentes, mesmo não sendo submetidas ao abandono material, se veem em situação de abandono afetivo.

Em diversas situações esse abandono afetivo ocorre por parte do genitor que, por diversos motivos tais como separação, se contenta apenas em pagar a pensão alimentícia, esquecendo-se, ou se esquivando, de seus deveres frente ao afeto e atenção aos seus filhos.

De igual modo, diante o estressante dia-a-dia das pessoas, é natural que em algumas famílias os pais não tenham tempo de prestar a devida atenção aos seus filhos. Estes, diante dessa situação, poderão sofrer sérios danos de ordem subjetiva e, até, objetiva. A família não se resume a núcleo econômico, é de fato um sustentáculo de realização pessoal.

O afeto é algo primordial para o ser humano, tendo em vista que é por intermédio do mesmo que o indivíduo desenvolverá suas aptidões para a vida. A ausência de afeto poderá trazer transtornos sérios para àqueles que não recebem o carinho e atenção necessária dos pais. Poderá ensejar problemas de cunho psicológico, pedagógico, entre outros. O dano resta comprovado quando o filho tem algum aspecto de sua vida prejudicado em razão dessa omissão.

No entanto, verificou-se que o assunto não é pacífico. Isso porque vários são os posicionamentos contrários a este dever de indenizar, pois afirmam e acabam por confundir o amar e o cuidar, mas o que se discute é o descumprimento do dever de cuidado e não a imposição do dever de amar e dar afeto a prole.



A despeito dos posicionemos em sentido contrário, a afetividade é um fator constitutivo do Direito das Famílias merecedor de atenção, mas como pode ser observado, não é possível de ser inserido na esfera principiológica, pois a característica do afeto é a espontaneidade, no qual não é passível de ser cobrado pelo Direito.

## 5 REFERÊNCIAS

BICCA, Charles. **Abandono afetivo**. São Paulo: OWL, 2015.

BRASIL. Lei nº0927 **Código Civil**. Disponível em: [www.dji.com.br/codigos/2002](http://www.dji.com.br/codigos/2002)

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito da Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. atual. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, Elementos e Limites ao Dever de Indenizar por Abandono Afetivo**. In PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito da Família**. Belo Horizonte: Casa do editor, 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono Moral – Fundamentos da Responsabilidade Civil**. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, Ano VI, nº. 34, mar./ abr.2015.

NOVAES, Simone Ramalho. **Pai terá que indenizar filho por abandono moral**. Disponível em Acesso em 23 de setembro de 2017.

PAIVA, Caroline. **A contemporaneidade no Direito da Família**. Disponível em Acesso em 23 de setembro de 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito Civil: Direito da Família**. São Paulo: Editora forense, 2016.

SANTOS, Jeová. **Dano moral**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARTORATO, Túlio. **Da reparação por danos morais no caso de abandono afetivo**. Disponível em <  
<https://newtonts.jusbrasil.com.br/artigos/120935099/da-reparacao-por-danos-morais-no-caso-de-abandono-afetivo>> Acesso em 13 de setembro de 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 3 de outubro de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. São Paulo: Método, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Embargos infringentes nº 70000271379**. Rel. Juiz Antônio Carlos Stangler Pereira. Porto Alegre. 11 de agosto de 2000.

TRINDADE, Jorge. **Psicologia Jurídica Para Operadores do Direito**. São Paulo: Editora do advogado, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 567164**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Decisão monocrática negando seguimento. Brasília, 14.05.2009. Notícia disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108739&caixaBusca=N>. Acesso em : 12 de setembro de 2017.

NOTA:

[1] Professora do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE CUNHO ESTÉTICO

**KAMILLE NEVES FILGUEIRAS CABRAL DE SOUZA:** Graduada em direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), advogada especialista em Direito Administrativo.

**Resumo:** O presente estudo abordou a história da responsabilidade médica e como seu conceito

jurídico vem mudando no decorrer da história. Tratou-se acerca da criação da cirurgia plástica e sua divisão entre cirurgia estética e reparadora, bem como da relação jurídica entre o paciente e o médico cirurgião plástico baseada no direito do consumidor. Ademais, analisou-se o conceito de responsabilidade civil, e seus aspectos objetivos e subjetivos, de modo que, hoje, prevalece o enquadramento do médico na responsabilidade civil subjetiva, com a exceção do cirurgião plástico que responde de forma objetiva. O estudo foi baseado no debate jurídico da cirurgia plástica estética, trazendo argumentos das duas correntes que tratam sobre a obrigação do cirurgião plástico e o dever de informação que deve ser cumprido por cada médico, o qual deve fazê-lo em conformidade com a escolha esclarecida e o consentimento informado.

**Palavras-chave:** Cirurgia Plástica; Obrigação de resultado e de meio; Responsabilidade civil.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO; 2. CONCEITO DE CIRURGIA PLÁSTICA; 3. SITUAÇÕES INERENTES À ATIVIDADE MÉDICA; 4. ENTENDIMENTO SOBRE A CIRURGIA PLÁSTICA COMO OBRIGAÇÃO DE RESULTADO; 5. POSICIONAMENTO DE OUTROS PAÍSES ACERCA DA OBRIGAÇÃO RESULTANTE DA CIRURGIA PLÁSTICA; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7. REFERÊNCIAS.

---

### 1. INTRODUÇÃO

A busca pela beleza sempre esteve presente na história da humanidade, razão pela qual as pessoas tentam se adaptar aos estereótipos determinados pela sociedade. Nesta toada,

o avanço da tecnologia e da globalização permitiu uma maior interatividade entre as pessoas, de modo que, aliado à comunicação em massa, houve uma maior propagação da ideia de um status estético que beira a perfeição, com enfoque voltado, sempre, à beleza.

Sem embargo, são poucos os indivíduos dotados de metabolismo acelerado, com capacidade para alcançar o que seria visto por muitos, como um “corpo perfeito”. Sendo assim, nessa busca incessante pela beleza, outro método alternativo que se mostrou bastante convidativo pela sua suposta eficácia e celeridade, foi a cirurgia plástica, de sorte que vem a ser, atualmente, um dos meios mais procurados pelos cidadãos para atingir os respectivos anseios.

Curial ressaltar, que essa intensa procura, abarcada por consumidores ansiosos, e profissionais, muitas vezes, ávidos por luro, foi responsável por causar intervenções médicas desmedidas, gerando, por conseguinte, crescentes lides no mundo jurídico. Assim o é, pois travada uma intensa relação de consumo entre médico cirurgião e paciente, na qual a busca por resultados céleres é tida como fator mais importante do que a manutenção da própria vida, faz com que seja uma consequência natural, a intervenção do Estado, através da sua jurisdição.

Neste sentido, este trabalho teve como escopo abordar temas relacionados à relação jurídica de consumo existente entre o serviço prestado pelo cirurgião plástico e seus pacientes, bem como a diferença entre, erro médico, erro profissional e iatrogenia. Trata, inclusive, da cirurgia plástica, e por qual espécie de obrigação ela se adequa, bem como a responsabilidade médica que hoje é vista como responsabilidade subjetiva, mas que comporta exceções.

Ante o exposto, mostra-se vital, tanto para os consumidores, quanto para os profissionais, uma maior divulgação de informações referentes a este assunto, como meio, inclusive, de se garantir a segurança jurídica em prol da sociedade. Nesta toada, pode-se dizer, inclusive, que é de suma importância a regulação de tais institutos através de normas positivadas, visto que, a partir de tal iniciativa, haverá uma maior publicidade e transparência na divulgação do assunto, bem como

garantias aos cidadãos para terem ciência de seus direitos e de como pleiteá-los.

## 2. CONCEITO DE CIRURGIA PLÁSTICA

A cirurgia plástica tem origem na palavra grega *plástikos*, que significa forma, ou seja, é o tipo de cirurgia que pode mudar os contornos do corpo. Ela é feita através do transplante de tecidos de uma região do corpo para outra. (BOGGIO, 2010)

O homem já sente a necessidade de corrigir imperfeições em seu corpo desde a época mais remota, visto que era comum que os indivíduos terem muitas sequelas corporais em virtude dos duros castigos.

Os primeiros relatos sobre a cirurgia datam de quatro mil a.c., em que os hindus já praticavam a cirurgia reparadora. Em sua cultura eram permitidas as dissecções anatômicas, podendo assim abrir um grande campo para o experimento das cirurgias. (BOGGIO, 2010)

Os primeiros relatos documentados sobre a cirurgia se encontram no papiro de Ebers, aproximadamente em 3.500 a.c, e no decorrer da história foi sendo ampliada, tendo a cultura grega e romana como principais aliadas para o seu desenvolvimento.

Com a II guerra mundial, vários foram os mutilados, que necessitavam de cirurgia plástica para reconstrução das mutilações. Consequência disso foi o avanço da cirurgia plástica, bem como sua difusão em todo o mundo.

### 2.1 DIFERENÇA ENTRE A CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA E

#### ESTÉTICA

A priori é importante distinguir os tipos de cirurgia plásticas existentes, são elas: a reparadora e a estética.

A cirurgia reparadora consiste em procedimentos plástico com o fim de resgatar ou aprimorar funções que foram perdidas devido a algum tipo de patologia congênita ou adquiridas, sendo cabível, também, quando existe um déficit funcional parcial ou total.

Esta técnica é considerada uma obrigação de meio, visto que o seu escopo não é meramente estético, ou seja, aqueles que recorrem a esse tipo de intervenção não o fazem em razão de questões estéticas ou puramente narcisistas, mas sim, com o objetivo de alcançar o reparo de parte de seu corpo que não tem suas funcionalidades perfeitas.

Os procedimentos mais comuns na cirurgia reparadora são: ressecção desinhal, cisto e câncer de pele, ptose palpebral em idosos, atenuação ou reversão de defeitos congênitos, sequelas deixadas em portadores de câncer, sequelas em pacientes queimados, sequelas em acidentados e traumatizados, entre outras.

A necessidade encontrada por este paciente é a reparação de algo no corpo que prejudique a sua saúde, ou defeito de grande distorção. O objetivo da cirurgia reparadora é reparar o que está defeituoso e ajudar a reconstruir o que está ausente, levando-se em conta o aspecto estético. (DANTAS, 2004)

Já a cirurgia plástica estética, por sua vez, adota outro viés. O seu grande objetivo é a melhora da aparência do paciente. Aquele que se submete a esse tipo de procedimento tem o desejo de aprimorar sua aparência estética ou de melhorar algo que não gosta em seu corpo.

Sendo assim, ela trabalha com a perfeição das formas, de sorte que o seu maior objetivo não é a melhora de funções ou tratamento de doenças. Entre as modalidades mais comuns estão a rinoplastia (cirurgia do nariz), lipoaspiração (cirurgia para remoção de gordura localizada), mamoplastia redutora ou de aumento (cirurgia para redução ou suspensão das mamas, e no caso de aumento, geralmente as próteses de silicone), otoplastia (correção de orelhas de abano) e implante capilar (correção de calvície).

Curial ressaltar que apesar das finalidades diversas, ambas usam igual procedimento. Isto é, a técnica cirúrgica é a mesma, a diferença está



vinculada ao fim que se busca com a referida intervenção médica. Porém, para a classe médica não existe distinção, sendo essa feita pelo mundo jurídico.

Afirma Edimilson de Almeida: (BARROS, 2011)

Devido ao equívoco do senso comum, entende-se ser mais justo e o informativo os termos cirurgia plásticas predominantemente estética e cirurgia plástica predominantemente reparadora. Ideal mesmo é não haver distinção alguma, por ser a especialidade reconhecida, pelo órgão de classe nacional, como uma e indivisível.

De acordo com o autor e com o que se reconhece pelo CFM (Conselho Federal de Medicina) a cirurgia plástica é única, tendo o seu procedimento igual tanto na estética como na reparadora. A mesma cirurgia pode ter concepções jurídicas diferentes, enquanto uma é obrigação de meio outra é de resultado.

A primeira observação a ser feita é que, apesar de se tratar de um mesmo procedimento, o qual se utiliza das mesmas técnicas, tem seu tratamento jurídico é diferenciado. Ou seja, o direito abarca situações iguais, sem embargo atribui contornos diferentes a depender do critério subjetivo que levou o indivíduo a recorrer a este tipo de intervenção.

A obrigação de meio é imposta na área médica pelo motivo de o profissional não ter controle total sobre o corpo humano, estando sujeito a surpresas fisiológicas que o paciente pode ter. Logo, mesmo que o médico use de toda diligência, é possível que o resultado almejado não seja alcançado.

Ao conceituar a cirurgia estética como obrigação de resultado, é imputado ao médico uma responsabilidade a mais, visto que tem como obrigação chegar ao resultado acordado com o paciente. Ressalte-se que o profissional médico estético também está sujeito as surpresas do corpo humano e, se assim ocorrer, ele será prejudicado visto que a sua obrigação é maior do que os demais profissionais da área.

## 2.2 A CIRURGIA PLÁSTICA E A SAÚDE MENTAL

Um dos principais argumentos para se ter a cirurgia plástica estética como obrigação de resultado é que o paciente, ao se submeter à cirurgia, fá-lo por um capricho, por algo que quer ver mudado em seu corpo, e, se não tivesse a certeza de que conseguiria aquele determinado resultado, muito provavelmente, optaria por permanecer com seu status quo.

Logo, o médico tem como sua responsabilidade, garantir que o resultado final será alcançado, pois o que está em questão não é uma doença ou situação que comprometa sua saúde, mas sim, um mero interesse estético. Sem embargo, é importante ressaltar que o conceito de saúde tem sido alterado com o decorrer do tempo, de modo a ser ampliado.

Pode-se dizer, portanto, que, atualmente, a saúde não está relacionada apenas ao bem estar físico, mas também psíquico. Uma pessoa pode ser fisicamente saudável, mas, por ter algum complexo em relação a específica parte de seu corpo que não atende as suas expectativas, torna-se psicologicamente instável, vindo-lhe a ocasionar problemas na saúde.

O desgosto caracterizado pode ter tamanha proporção, sendo capaz de afetar a vida do paciente em várias áreas, como a do convívio social, diminuindo o amor pela vida e restringido a sua capacidade de viver em coletividade. Quando casos como esses acontecem, a cirurgia estética deixa de ser tratada como um capricho para ser algo essencial, de sorte a trazer equilíbrio mental à vida do paciente.

A ideia de uma vida saudável atualmente traz essa concepção, em que uma pessoa sã não é apenas aquela que não tem problemas de saúde, mas que tem uma higidez psíquica, apta a lhe proporcionar uma boa qualidade de vida em meio ao âmbito social.

Nesta toada, é correto afirmar que são alguns institutos capazes de definir uma vida saudável, não havendo restrições apenas ao campo da higidez física, sendo imprescindível a presença

de uma mente sã, o que automaticamente gera uma melhor qualidade de vida e um convívio social saudável.

Assim, nem sempre a cirurgia estética será um simples capricho, uma vez que é preciso observar a real motivação que fez determinada pessoa se submeter a determinado tipo de procedimento, quando, ao menos, aparentemente, isto é, fisicamente, não consta com qualquer tipo de alteração.

### 3. SITUAÇÕES INERENTES À ATIVIDADE MÉDICA

A atividade médica traz consigo o risco do serviço, que, por sua vez, é gerado por um fator conhecido como álea. Isso porque cada paciente reage de uma forma diferente ao mesmo tratamento, bem como a evolução da mesma doença é distinta em cada organismo.

O fator álea é elemento imprescindível para determinar o caráter da obrigação, ou seja, se ela deve ser de meio ou de resultado. Em países como a França, esse fator goza de notável importância no que tange ao âmbito jurídico, tendo especial relevância doutrinária e jurisprudencial.

Nesta toada, quando a obrigação está sujeita a um fator de incerteza, a característica presente é a da não garantia de que o resultado será atingido, havendo, até determinado ponto, certa imprevisibilidade. Logo, restando presente a álea, diz-se que há relevante diferença entre o referido tipo de obrigação e aquela em que o resultado pode ser perfeitamente previsto, não estando sujeito a surpresas e riscos, exemplificando-se com os casos do serviço de transporte. Não se desconhecendo que o tratamento dado à atividade prestada por uma transportadora é completamente diferente ao tratamento dado para a atividade médica.

Ademais, é importante distinguir o fator álea do caso fortuito e da força maior, visto que, no primeiro, o risco é inerente ao serviço, ficando conhecido, por isso, de álea ordinária, o qual englobando os riscos típicos, como aqueles previsíveis e delimitados a partir de um exame dos casos concretos ocorridos no mesmo tipo de procedimento, dando margem para uma previsão dos riscos que podem ocorrer em determinada cirurgia. (DANTAS, 2004)

Existe também o fator álea extraordinária, que envolve os riscos atípicos, consistentes em riscos imprevisíveis, com consequências incalculáveis, indo além do que o médico pode informar. São riscos que não deveriam estar presentes na cirurgia, porém por se tratar de intervenção no corpo humano, não há como prever de forma acertada, ainda que tenha o profissional se valido de todo o zelo necessário.

Outrossim, o caso fortuito e a força maior são situações excepcionais que fogem à normalidade do contrato. Há, portanto, uma imprevisibilidade que desequilibra a relação entre os contratantes, tornando o seu adimplemento ou muito oneroso ou impossível.

Dessa forma, a atividade médica não está sujeita apenas ao caso fortuito ou a força maior, de modo que o seu risco se estende além dos parâmetros previamente fixados. Logo, tendo o fator álea como característica, mostra-se presente o empecilho desse tipo de atividade ser considerada uma obrigação de resultado.

Sobre o tema pode ser citado Octavio Ferraz: (FERRAZ, 2009)

Há serviços sujeitos a uma álea intrínseca em que a mera não obtenção do resultado esperado, ou a ocorrência de um incidente danoso no decorrer da execução do serviço não são capazes de configurar, ipso facto, a existência do feito.

Porém, vale ressaltar, que mesmo que haja essa característica, deve o médico cumprir com a obrigação de informar ao paciente todos os riscos do procedimento médico, no caso aqui tratado, procedimento cirúrgico.

O paciente deve ser informado do risco da atividade e de todos os eventos que ele poderá passar, e não apenas deve ser informado, mas também o médico deve ter a certeza de que o paciente entendeu de forma clara a explicação.

### 3.1. PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE

O paciente é o principal interessado na atividade médica, pois é através dela que terá seu objetivo alcançado, seja ele a cura de uma doença, ou o sucesso da intervenção cirúrgica.

Como já demonstrado, deve o paciente estar informado e esclarecido acerca de todos os riscos que poderão ocorrer durante a cirurgia, por mais simples que sejam. Assim o é, pois se trata de um direito constitucional que lhe assiste.

Conforme o exposto, deve o indivíduo saber detalhadamente todo o procedimento ao qual se sujeitará, podendo perguntar e reperguntar diversas vezes, quais as complicações que poderá sofrer durante o tratamento, como será o período pós-operatório, dentre outros questionamentos do seu interesse. Assim, a partir dessas informações, ele terá o conhecimento adequado e suficiente para decidir se quer ou não fazer a cirurgia, tendo autonomia sobre o seu próprio corpo.

A consequência disso é que ao consentir de forma informada e esclarecida, dois efeitos serão gerados: O primeiro decorre da ausência do fornecimento destas informações, a qual será capaz de caracterizar a ilicitude do procedimento médico, e o segundo é a exoneração do profissional quanto à responsabilidade dos riscos e consequências do qual o paciente pode sofrer, sem que o médico tenha agido com culpa, tendo, por corolário, sua responsabilidade civil afastada.

Porém o paciente não é só dotado de direitos. Como na maioria das relações contratuais, ele também deve cumprir com suas obrigações, sendo sujeito determinante para o sucesso da operação. Ele participa tanto de forma ativa quanto passiva.

A participação passiva está ligada ao organismo do paciente, à características como a idade, sexo e aos fatores que rodeiam seu habitat, como o clima e a qualidade de vida. Nesse caso, existe uma relação direta entre a atuação passiva e a resposta orgânica dada pelo corpo do paciente, havendo uma correlação direta com o fator álea.

O segundo tipo de participação é a ativa. Nesse caso, o paciente deverá tomar atitudes que estarão diretamente ligadas ao sucesso da

cirurgia, como por exemplo, fornecer todas as informações possíveis sobre dados clínicos posteriores, não esconder qualquer informação importante sobre problemas de saúde ou doenças hereditárias, bem como seguir de forma correta e precisa todas as orientações médicas, fazendo o uso correto dos remédios, seguindo as restrições alimentares, e respeitando tempo de retorno determinado à consulta médica. (KFOURI, 2001)

É importante destacar, que principalmente no caso da cirurgia plástica, para que obtenha êxito total, o cuidado não deve ser apenas no momento da intervenção cirúrgica, mas também na fase pós-operatória.

É a fase posterior de fundamental importância para a concretização do objetivo pretendido, pois como o paciente não poderá sempre estar sob a vigilância e o cuidado médico terá ele de seguir todas as informações dadas, devendo cuidar para que a cicatrização seja feita de forma correta, e atender às ordens de repouso e às restrições alimentares, como qualquer outra indicação prestada pelo médico.

### 3.2. RESULTADO DIVERSO DO QUE ERA ESPERADO PELO PACIENTE

Um caso importante a ser analisado é quando o paciente não obteve o resultado esperado na cirurgia plástica. Essa situação pode ser vista sob duas óticas, a primeira, que determina ser a obrigação da cirurgia estética como de resultado; e a segunda, que defende a obrigação como de meio.

Partindo da primeira premissa, a simples insatisfação do paciente quanto ao resultado obtido pelo cirurgião, já é motivo suficiente para responsabilizar o mesmo, ainda que tenha usado de toda sua diligência necessária. Assim, ficando insatisfeito com o resultado obtido, terá o direito de entrar com ação pedindo tanto danos materiais, como morais. Isso ocorre porque a relação contratual traçada entre as partes presumiu uma obrigação de resultado, obrigando o médico a produzir o resultado esperado pelo paciente.



Baseando-se na citação de Maria José de Andrade, pode-se dizer que, ao tratar de obrigação de resultado, o fim se confunde com a prestação devida, motivo pelo qual, dá-se o inadimplemento contratual, ou seja, quando tal meta não é atingida. (ANDRADE, 2001)

Logo, o caso em análise é tratado pela referida corrente como inadimplemento do contrato. Vale ressaltar, todavia, que não se trata de erro médico, e sim da insatisfação por parte do paciente com o resultado obtido.

Porém, a mesma situação pode ser vista por outra ótica, ou seja, pela corrente que defende a cirurgia plástica como obrigação de meio. Saliente-se que esta se subdivide em outro ramo, pois parte da doutrina alega que a não obtenção do resultado só causará responsabilidade médica se o médico tiver prometido ao paciente exatamente aquele respectivo resultado. A segunda hipótese tradicionalmente defendida é no sentido de que não existe nenhuma exceção, isto é, mesmo que o médico tenha prometido o resultado para o paciente e não o tenha obtido, não poderá haver qualquer tipo de responsabilidade.

Analisando a argumentação das vertentes, pode-se depreender que os doutrinadores se posicionam no sentido de que, o médico, ao fazer devidas promessas aos pacientes, quanto ao resultado da cirurgia plástica, deve cumprí-las, sob pena de arcar com a devida responsabilidade. Busca-se, com esta ideia, evitar o charlatanismo ou outras diversas formas de ludibriar pessoas ansiosas por resultados céleres.

Sendo assim, a primeira vertente ao se posicionar neste sentido, demanda que na confecção do contrato, o profissional prometa usar de todos os métodos possíveis para conseguir o resultado esperado, sem causar falsas esperanças ao paciente, ou tentar de forma indireta obter a cirurgia, lesionando o paciente.

Porém a corrente tradicional, a qual define ser a cirurgia plástica obrigação de meio, afirma que, mesmo o médico prometendo a obtenção de determinado resultado para o paciente, isso não desqualificaria o referido tipo de obrigação, ou seja, o caráter dela será o mesmo independentemente da vontade das partes.

Desta forma, se o médico prometeu determinado resultado, fez o procedimento de forma correta, e, ainda assim, não conseguiu cumprir com o pactuado, não poderá ser responsabilizado pelo fato, pois a insatisfação do paciente não irá caracterizar o inadimplemento do contrato. (DANTAS, 2012)

É nossa opinião, que sob nenhum aspecto, a cirurgia plástica pode ou deve ser considerada obrigação de resultado. Essa é uma classificação muito difundida e repetida sem qualquer reflexão pelos menos avisados, que se limitam a fazer coro com o entendimento que se mostra ultrapassado aluz da doutrina atual.

Ressalte-se que a insatisfação do paciente está num plano altamente subjetivo, pois por mais que se tenha avisado sobre a cirurgia, suas técnicas e consequências, não são poucos os casos em que pacientes idealizam uma situação, quase que utópica, e ficam descontentes quando de sua frustração.

Neste caso, mesmo que o médico tenha tomado todos os cuidados e informado acerca dos resultados, o paciente que tem um ideal predefinido pode não aceitar o resultado obtido, querendo algo além do que a cirurgia poderia ter feito.

Por isso, é de fundamental importância que o médico tenha uma maior segurança jurídica quanto a relação contratual estabelecida com o paciente. Visando, portanto, a dificultar que tais questões dotadas de enorme subjetivismo venham a embaraçar a prestação do contrato.

#### 4. ENTEDIMENTO SOBRE A CIRURGIA PLÁSTICA COMO

##### OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Entende-se que, na maioria dos casos, a responsabilidade médica é subjetiva, porém, com relação a alguns ramos da medicina a responsabilidade continua objetiva.

É o caso do referido estudo que trata sobre a cirurgia plástica, que ainda é conceituada para a maioria dos juristas como obrigação de fim, enquadrada também a esse tipo de obrigação, a do anestesista.

A cirurgia estética é entendida como a exteriorização da vontade do ser sobre a mudança de algo que não lhe agrada em seu corpo, algo que o paciente nãoconvive bem com ele mesmo e desejaria mudar.

Por isso, quando submetida a esse tipo de intervenção cirúrgica. O objetivo do paciente não é a cura e sim um resultado preciso, algo ideal que ele tem em sua mente.

É que esse ideal buscado pelo paciente é o considerado belo, a forma perfeita a se alcançar, sendo este um critério subjetivo, pois o belo e o bonito são adjetivos diferentes, bem como o que se é entendido por beleza.

O Belo é aquilo que tem formas perfeitas e proporções harmônicas; bonito é o que é agradável aos sentidos ou ao espírito, sem ser propriamente belo. (PENNA,1998)

Aprofundando sobre esse assunto preceitua Edimilson de Almeida:  
(JUNIOR,  
2011)

Beleza é o conceito relativo que vai depender da época, do lugar e principalmente do aspecto exclusivamente subjetivo do paciente e familiares, no pré-operatório e no pós-operatório, tomando, como belo, aquilo esteticamente perfeito e socialmente aceitável, até mesmo ideal, concebido de acordo com a recepção do sujeito e da sociedade em que se insere.

Analisando esses critérios, pode ser observado como é o subjetiva a área que o cirurgião estético trabalha, pois cada paciente vai ter uma ideia diferente do que é o belo, do seu ideal de beleza e de como ele quer que a sociedade o aceite.

Por isso que o entendimento ainda da doutrina majoritária está baseado no

acordão paradigmático de que o médico cirúrgico assume o compromisso com o paciente de alcançar o fim pretendido, pois se o paciente não buscasse exatamente aquele fim, não iria se submeter a tal procedimento. Esse argumento é dado como suficiente para caracterizar a obrigação de resultado.

Sobre esse entendimento há manifestações do Superior Tribunal de Justiça.

Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume a obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da finalidade, tanto pelo dano material, como pelo dano moral, decorrente de deformidade, salvo prova de força maior ou caso fortuito. (Superior Tribunal de Justiça – RE n 10.536/Riode Janeiro, Rel. Ministro Dias Trindade)

Esse entendimento não é ainda encastelado pelo Supremo Tribunal Federal, mas é o que ganhou força durante vários anos nos julgados, *in verbis*:

**RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO – ERRO MÉDICO- CIRURGIA PLÁSTICA MAL SUCEDIDA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – DANO MATERIAL –REDUÇÃO DO VALOR-**  
Ação de responsabilidade civil. Cirurgia de mero embelezamento cujo resultado ficou muito aquém do esperado. Responsabilidade do apelante, ainda que tenha o perito concluído de forma diferente, eis que na intervenção plástica o resultado positivo é apropriado razão de ser da cirurgia. Contrato de resultado e não de meio. Tendo o apelante reconhecido sua responsabilidade para com o dano material não pode cingi-la para livrar-se da reparação moral, notadamente quando esse prejuízo é patente, fruto não só de um resultado insatisfatório como também das circunstâncias de que terá a autora

ainda que submeter-se a novas cirurgias por conta do ocorrido. Dano moral reduzido para 100 salários mínimos. Provimento parcial do recurso, (GAS) (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – AC 15243/1999- (11022000) -7 C.Cív – Rel. Des. Caetano Fonseca Costa).

Ainda à luz dessa corrente majoritária, está um grande mestre do direito, Caio Mário, aduzindo que o médico é um profissional técnico e por isso está subordinado aos princípios da responsabilidade civil médica, tais como, dever de aconselhar antecipando os riscos do tratamento e da cirurgia, inclusive, os decorrentes das condições pessoais do cliente, dever de assistência pré e pós- operatória, cuidados com a intervenção, etc.

Ademais, expõe o referido jurista:

Com a cirurgia estética, o cliente tem em vista corrigir uma imperfeição ou melhorar a aparência. Ele não é um doente, que procura tratamento, e o médico não se engaja na sua cura. O profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado pretendido, e se não tem condições de conseguir não deve efetuar a intervenção. Em consequências recrudescer o dever de informação bem como a obrigação de vigilância, cumprindo, mesmo ao médico recusar seu serviço se os riscos da cirurgia são desproporcionais às vantagens previsíveis. (PEREIRA, 1995)

Ante o exposto, pode-se aduzir que a posição majoritária no Brasil é dada pela corrente tida como tradicional e seu entendimento é o predominante nos tribunais.

Porém com a evolução da Medicina e do Direito, percebe-se a existência de uma corrente cada vez mais forte, de modo que está tomando força a cada dia, baseando-se no lastro de países com alto avanço médico, como a França, conforme será estudado a seguir.

## 5. POSICIONAMENTO DE OUTROS PAÍSES ACERCA DA OBRIGAÇÃO

### RESULTANTE DA CIRURGIA PLÁSTICA.

A doutrina acima citada, embora majoritária em nosso ordenamento pátrio, não é a mais aceita em vários países no mundo, sendo na Europa e em países desenvolvidos na América, como nos Estados Unidos e Canadá. O entendimento de que a cirurgia plástica é uma obrigação de meio, independente desta ser estética ou reparadora. Sobre esse assunto leciona (Giotri, 2004)

É importante que se coloque que, na França, primeiro lugar no ranking de qualidade de saúde, o questionamento de algumas áreas da medicina, como obrigações de resultado, data aproximadamente 30 anos atrás, e os franceses passaram pelo mesmo período de incerteza, como acontece agora no Brasil. Após grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, concluíram os estudiosos que na seara médica, a obrigação é sempre de meio.

Também sobre a realidade desse assunto, J. Gérard Rheault (2002)

Mostrando a realidade sob o regime legal do Canadá, que segue o sistema do common law, a exceção de Quebec, que herdou as tradições do código civil de Napoleão, destacou que a responsabilidade dos médicos está limitada a uma obrigação de meios, não de resultados, na medida em que os cirurgiões não estão obrigados a obter, sempre bons resultados, mas estão sim obrigados e fornecer competente informação e tratamento aos pacientes.

É cediço que o Brasil ainda não alcançou o nível de saúde conquistado por esses países de primeiro mundo. Porém ao se tratar de cirurgia plástica, o Brasil é um dos que mais praticam este tipo de



procedimento no mundo, estando ao lado de potências como Estados Unidos. Ademais, é importante salientar que um dos cirurgiões mais conceituados no mundo das cirurgias plásticas é o brasileiro, o Dr. Ivo Pitanguí, o que vem a ratificar o ora exposto.

Por esse motivo, em nível de cirurgia plástica, a medicina brasileira está tão avançada quanto a de países de primeiro mundo, sendo parâmetro de técnica e perfeição.

Nesta toada, a corrente que trata a cirúrgica plástica estética como uma obrigação de meio vem ganhando novos adeptos, e diminuindo a força da correntemajoritária tradicional, que defende a obrigação de resultado para a cirurgiaestética.

E, assim, o dever do médico de dar toda informação ao paciente, tomar todo o cuidado e usar as técnicas conhecidas de forma adequada, é uma exigênciaigual tanto no Brasil como nos países citados, o que diverge entre eles é a forma da obrigação tratada.

Esses países não defendem apenas a obrigação de meio para a cirurgia plástica estética, mas sim para qualquer outro procedimento médico. Não sendo permitidas exceções para nenhuma atividade médica.

Assim o é, pois busca-se a proteção do profissional na relação contratual. É importante esse resguardo, visto que, o médico ao lidar com o corpo humano está sujeito à constantes surpresas, ainda que já haja diversos registros constando a ausência de perigos naquele determinado procedimento.

O médico também não pode ficar sujeito às respostas diversas que cada organismo pode ter. Comparar a atividade exercida pelo médico, ao lidar com o corpo humano, não pode ser igual à promessa de entrega de coisa certa e determinada. Para Barros Junior “Não se pode comparar a atividade médica com atividades- fim, como transporte por exemplo”. (JUNIOR, 2011).

### 5.1. CIRURGIA PLÁSTICA COMO OBRIGAÇÃO DE MEIO

Após o estudo rápido sobre a posição de países que são exemplos no avanço médico, busca-se adentrar na seara da cirurgia estética como obrigação de meio.

A forma jurídica que a cirurgia plástica estética deve ser tratada é de fundamental importância, tanto para dar segurança jurídica ao paciente como ao médico. A corrente que defende a obrigação de meio baseia-se em estudos mais aprofundados sobre o tema, na evolução e divulgação da qualidade de procedimentos plásticos que hoje existem.

A cirurgia plástica é um ramo da cirurgia geral e está sujeita aos insucessos e imprevistos, assim como qualquer outro procedimento humano. Dessa forma, pode-se dizer que, esta corrente adota como fundamentação para que não haja a responsabilização do cirurgião esteticista, o fato de que estar-se-á punindo mesmos profissionais de forma diversas, visto que este é um mero sub-ramo da cirurgia geral.

Neste diapasão, alega-se que a discrepância fica ainda mais evidente ao se observar o tratamento dado aos cirurgiões plásticos que tratam de obrigações reparadoras, visto que, apesar de estes usarem do mesmo procedimento e da mesma técnica da cirurgia estética, sua obrigação é tida como de meio e não de resultado.

Assim, para esta corrente, obrigar o médico a responder por uma obrigação de resultado, é lhe conferir uma responsabilidade maior do que deve arcar, uma vez que não se está falando de uma entidade divina, que não comete equívocos, mas de um profissional que está submetido às intempéries do corpo humano, não se sujeitando às surpresas trazidas por este.

Para os órgãos de classe médica, o entendimento da cirurgia plástica como obrigação de meio já é pacificado, jamais podendo o médico assumir e arcar outra responsabilidade, se não esta. O simples fato de haver uma promessa feita pelo médico, não pode dar o caráter de resultado a uma obrigação. É preciso lembrar que a cirurgia estética tem um condão muito subjetivo envolvendo uma seara de critérios que são

mutáveis, como o belo e bonito, em que cada um tem o seu ideal de belezadiferente.

Defendendo a corrente que trata da cirurgia estética como obrigação de meio, pode-se citar o Excelentíssimo Ministro Rui Rosado Aguiar:

O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios, embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submetaria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que ele a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão de ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo risco. É mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura a praticar a cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorre de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco e a não-obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente a responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposos da obrigação de meios. Na cirurgia estética, o dano pode consistir em não alcançar o resultado embelezador pretendido, com frustração da expectativa, ou em agravar os defeitos piorando as condições do paciente. As duas situações devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência

ou a imperícia do médico que prova a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indício sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta.

Co mo foi exposto pelo doutrinador, a cirurgia plástica sendo tratada como obrigação de meio terá o condão de examinar se houve culpa ou não do cirurgião.

Sendo assim, mesmo que as partes queiram mudar seu caráter, não será isto possível, visto que lhes faltam poderes para tanto. Logo, ainda que o médico dê a sua palavra de que determinada situação será alcançada, não poderá esta obrigação se transmutar em responsabilidade de resultado, pelo simples fato de que o paciente assim o deseja. Desta forma, deverá ser feita uma análise do caso concreto, de modo a se averiguar se houve culpa ou dolo do profissional, bem como a ausência no fornecimento de informações por parte do profissional. Do contrário, não será possível a sua responsabilidade. **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante o exposto, mostra-se de curial relevância o estudo do tema, uma vez que, principalmente em nosso país, é a cirurgia plástica recurso utilizado de forma recorrente. Sendo assim, deve haver uma maior publicidade do referido tema, de modo a conscientizar os profissionais do seu dever de informação, e os pacientes, acerca dos seus direitos.

No exterior, o tratamento geral dado ao médico já é visto como uma obrigação de meio permitindo que se responda de forma subjetiva pelos atos praticados. Sem embargo, como visto alhures, no Brasil, pela recorrência desse tipo de intervenção, a responsabilidade do profissional acaba sendo de resultado.

Sem embargo, colocar uma exceção ao cirurgião plástico para que tenha responsabilidade objetiva lhe confere uma enorme insegurança jurídica. Não se desconhece que o consumidor é hipossuficiente e que na relação de consumo ele deve ser protegido. Porém, com a mudança da espécie de obrigação dada a cirurgia plástica, o caráter protecionista dado ao paciente continuará ocorrendo, pois o ônus da prova continuará sendo do médico.

Ademais, em conformidade com o Princípio da Isonomia esculpido no artigo 5º da Constituição Federal, os iguais devem ser tratados de igual forma. Neste diapasão, pode-se observar que o direito trata os mesmo profissionais de forma destoante ao trazer a responsabilidade objetiva pra o profissional da área plástica e a responsabilidade subjetiva para o profissional de cirurgia reparadora.

Desta forma, não pode o mesmo procedimento ser analisado de formas diferentes, tendo como argumento principal o caráter subjetivo da prestação. O tratamento dado ao cirurgião plástico reparador decorre de uma obrigação de meio e de uma responsabilidade subjetiva, visto que ele trabalha com o organismo humano, que age de formas, muitas vezes, inesperadas.

Todavia, não se pode olvidar que o fator álea também está presente na atividade de cirúrgica estética, e que como citado por diversos autores, a atividade que o tenha como característica deve ser tratada como atividade meio. Destaca-se também a posição de países com grande avanço na medicina que já tiveram debates como esses encerrados há décadas, sendo o caso da França.

Usando-se o referido país como exemplo, observa-se que não existe exceção para a obrigação médica, sendo todas tratadas como obrigação de meio. Colocar uma reponsabilidade objetiva para o cirurgião plástico estético é querer tratá-lo como um profissional que lida com algo certo, que não sofre com as surpresas trazidas pela álea. É colocar a este profissional uma responsabilidade maior do que a de todos os outros profissionais de sua área. As argumentações adotadas para a defesa da cirurgia plástica do tipo estética como obrigação de resultado estão ficando defasadas, pois umas das fundamentações para tanto é a de que, o paciente, ao se sujeitar a este tipo de procedimento está plenamente saudável, de modo que o objetivo principal é puramente estético.

Sem embargo, conforme fora esposado alhures, já é sabido que a saúde vai além do bem estar físico, envolvendo também a higidez psíquica. Logo, apenas com o equilíbrio de todas essas vertentes é que se pode dizer, de fato, que alguém é dotado de saúde plena.



Sendo assim, pode-se dizer que atribuir ao profissional de saúde uma obrigação de resultado, no que tange à cirurgia estética, conferindo-lhe uma responsabilidade objetiva, de modo a fundamentar tal premissa na mera harmonia corporal, não mais se amolda com os parâmetros jurídicos da atualidade. Assim, se todas as intervenções médicas são tidas como obrigações de meio, devendo-se analisar a culpa ou o dolo do profissional, não há razões para que o mesmo não ocorra com os cirurgiões esteticistas.

## 7.REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei 8078 de 1990, Código do Consumidor, art. 12., art. 17, art. 18.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Decide por tratar a cirurgia estética como obrigação de resultado, RE N° 10.536. Relator Ministro Dias Trindade. Rio de Janeiro

BRASIL, Tribunal de justiça do Rio de Janeiro, Decide por tratar a cirurgia como obrigação de resultado, AC15243/1999- (11022000) -7° C. Cível – Rel. Des. Caetano Fonseca Costa- J.

AGUIAR, Rui Rosado. Responsabilidade civil dos médicos. São Paulo. RT. 2009, P.39-40.

AGUIAR DIAS, José de. Responsabilidade civil . 11° ed, ver, atual e ampl. Por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro. Renovar, 2006, p.335.

Andrade, Maria José Rodrigues. Erro médico: Aspectos processuais da ação de responsabilidade. Revista Meio Jurídico, ano IV, julho de 2010

BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. Código de Ética Médica 2010.São Paulo. 2011. Ed. Atlas, p 145.

BENJAMIN, Antonio Herman. Manual de Direito do Consumidor, 2° Ed. São Paulo, 2010, Revistas dos Tribunais, p 75.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2010, p 117.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2010, p, 480.



## UMA ANÁLISE DA PSICOPATIA E SEU ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL

**ANDREA CERQUEIRA RUSSO:**

**RESUMO:** A psicopatia é tema que desafia há tempos as ciências criminais, a psiquiatria e a própria Justiça. Nestes termos, o presente trabalho busca discorrer acerca da controvérsia sobre o que seria a psicopatia, se doença mental, doença moral ou transtorno de personalidade. Ademais, a discussão se estende ao enquadramento jurídico-penal do psicopata, isto é, se o mesmo se enquadra como imputável, semi-imputável ou inimputável, bem como qual seria, por consequência, a sanção penal adequada a esses indivíduos diante da prática de infrações penais.

**Palavras-chave:** Psicopatia. Doença Mental. Legislação penal brasileira.

**ABSTRACT:** Psychopathy is a subject that defies time for criminal sciences, psychiatry and Self-righteousness. First at the controversy over what is psychopathy, ie, mental illness, moral illness or personality disorder. Moreover, the discussion extends to defining the psychopath should be considered as being attributable, semi-attributable or untouchable, and which would therefore appropriate penalty to these individuals when they practice criminal offenses.

**Keywords:** Psychopath. Mental diseases. Brazilian penal law.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 PSICOPATIA. 1.1 O CONCEITO DE PSICOPATA. 1.2 CARACTERÍSTICAS DOS PSICOPATAS. 1.3 TIPOS DE PSICOPATIA. 1.4 OS ASSASSINOS EM SÉRIE. 2 OS PSICOPATAS NA PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

---

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca elucidar o conceito, as características, os tipos e os possíveis tratamentos aos indivíduos portadores do transtorno

antissocial também conhecido como psicopatia ou sociopatia, bem como analisar o comportamento dos famosos *serial killers*.

A partir da compreensão desses conceitos, em um segundo momento, inicia-se um aprofundamento no estudo acerca das medidas punitivas e preventivas infligidas ao psicopata que, por sua vez, é um indivíduo complexo e instável, tanto aos olhos da Psicologia Forense, quanto do Direito Penal, e, mais precisamente, da Criminologia.

Pontua-se que a psicopatia já se inicia na terna infância ou na adolescência, e continua na idade adulta. Os psicopatas são pessoas com desvio de conduta e de personalidade, apresentando padrões invasivos de desrespeito, sendo capazes de violarem normas e expectativas sociais sem a menor culpa ou arrependimento. Nesse sentido, não existe tratamento comprovadamente eficaz para essa patologia, havendo uma enorme possibilidade de reincidência para esses indivíduos.

Nessa toada, comprovou-se, através de estudos, que a psicopatia, a despeito da opinião de muitos, não é uma doença mental, ou seja, quando indivíduos acometidos deste distúrbio cometem crimes, eles têm total consciência da ilicitude, bem como das eventuais consequências dos seus atos.

A partir dessa informação, o presente estudo passa a abordar, em um terceiro momento, o tratamento jurídico-penal despendido aos chamados psicopatas e sociopatas no sistema penal brasileiro.

Para melhor explanação do tema em análise, o método utilizado nesta pesquisa foi a técnica documental proveniente de fonte primária, como legislação; e fontes secundárias, como livros, revistas e acesso a bancos de dados, como a internet.

## **1 PSICOPATA**

### **1.1 O CONCEITO DE PSICOPATA**

A palavra psicopata se formou do Grego *psykhé* que significa “mente, mais *phatos* que significa doença, ou seja, uma pessoa que sofre de doença mental”[\[1\]](#).

O psicopata é incapaz de reconhecer sua própria essência ou do próximo. Assim sendo, qualquer manifestação sua de amor, piedade ou arrependimento, não passa de pura simulação, elaborada metodicamente por sua sagaz inteligência. Estudiosos da área asseguram que qualquer forma de carinho por parte de um indivíduo psicopata sempre terá uma finalidade, ou seja, ele dará carinho a fim de receber algo em troca.

Segundo Ana Beatriz Silva:

São indivíduos que podem ser encontrados em qualquer raça, cultura, sociedade, credo, sexualidade ou nível financeiro. Estão infiltrados em todos os meios sociais e profissionais, camuflados de executivos bem sucedidos, líderes religiosos, trabalhadores, pais e mães de família, políticos[\[2\]](#).

Importante esclarecer que, apesar de a palavra psicopata significar doença da mente, os grandes estudiosos dessa área vêm cada vez mais defendendo a tese de que tais pessoas não possuem uma doença mental, pois esses indivíduos não apresentam quadro de alucinações de psicose ou neurose, como são os casos da esquizofrenia ou transtorno bipolar, muito pelo contrário, psicopatas têm plena capacidade mental, sabem exatamente o que estão fazendo e suas consequências, porém, não estão nem um pouco preocupados, ligam apenas para si mesmo[\[3\]](#).

A Associação Americana de Psiquiatria, em seu Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, utiliza a expressão Transtorno de Personalidade Antissocial, sob o código 301.7, para definir um padrão global de desrespeito e violação dos direitos alheios que inclui a psicopatia e a sociopatia[\[4\]](#).

O transtorno da personalidade antissocial é conhecido como psicopatia ou sociopatia, porém, importante esclarecer que tais

nomenclaturas não são sinônimas. Os psicopatas já nascem com um desvio de personalidade, ao passo que os sociopatas estão mais ligados a pessoas comuns que sofreram algum tipo de trauma ou abuso que acabou desencadeando um comportamento com características de um psicopata[5].

De acordo com Hare, tem-se que:

[...] O transtorno da personalidade antissocial refere-se, principalmente, a um conjunto de comportamentos criminosos e antissociais. A maioria dos criminosos atende com facilidade aos critérios desse diagnóstico. A 'psicopatia', por sua vez, é definida como um conjunto de traços de personalidade e também de comportamentos sociais desviantes. A maioria dos criminosos não é psicopata, e muitos dos indivíduos que conseguem agir no lado obscuro da lei e permanecem fora da prisão são psicopatas[6].

Em entrevista dada à rádio Jovem Pan, na cidade de Recife, no dia 09 de outubro de 2015 às 10h37min, a criminologista e escritora Ilana Casoy afirma que: “psicopata é a definição de um comportamento criminoso e não de um estado mental, [...] psicopata não tem doença mental, mas sim um transtorno mental”[7]. Quando questionada sobre a defesa, via de regra, alegada em juízo pelos psicopatas, qual seja, a inimputabilidade diante da falta de discernimento, ela explicou que esse argumento não deve ser acolhido pelos Tribunais, pois eles se lembram de tudo, até detalhes da roupa de suas vítimas, como e por que cometeram.

A psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva fala sobre o que é consciência e sua importância no ser humano. Consciência é um termo ambíguo, sugerindo dois significados diferentes. No primeiro sentido, temos as explicações científicas sobre o desenvolvimento do cérebro. A segunda, chamada de consciência genuína é o lado subjetivo, seria o senso individual do que é certo ou errado[8].

Todas as pessoas dotadas de consciência podem em algum momento da vida cometer injustiças, magoar, ou até mesmo matar alguém e não serem psicopatas, afinal, somos seres humanos e nem sempre estamos com nossa consciência funcionando cem por cento. Podemos citar o exemplo de um caso em que uma pessoa, tomada pela emoção, foi capaz de cometer um homicídio e, nem por isso, poderá ser considerada psicopata:

Dona Maria do Carmo, em fevereiro de 2006 matou o adolescente Robson Xavier Andrade, de 15 anos, com uma facada no pescoço, por este ter violentado seu filho de apenas três anos. Maria do Carmo foi inocentada pelo júri popular, pois eles entenderam que ela estava sob forte abalo psicológico, em função da violência praticada contra o seu filho[9].

O psicopata, por sua vez, tem consciência de tudo o que está fazendo e não se arrependem do mal que fez ao próximo. Por esse motivo, estudos vem mostrando que a psicopatia não deve ser considerada uma doença mental, pois indivíduos que possuem alguma doença mental sofrem de alucinações, psicoses ou neuroses, como, por exemplo, pessoas esquizofrênicas que, na crise, não sabem o que é real e o que é alucinação, o que é bem diferente nos psicopatas, pois eles sabem muito bem o que estão fazendo[10].

Psicopatas são pessoas que possuem incapacidade de se adaptar às normas sociais, caracterizados pelo desvio de caráter, narcisismo, egocentrismo, falta de empatia, jogos de manipulação e falta de remorso ou culpa. Engana-se quem pensa que psicopata é só aquela pessoa que mata, na verdade, esses são minoria, eles podem ser qualquer pessoa, independente de raça, cor, religião, sexo, condição financeira ou estado civil[11].

Por formalidades médicas, até os dezoito anos, o indivíduo não pode receber o diagnóstico de psicopata, porém, a Associação Americana de Psiquiatria denomina essas pessoas como portadoras do transtorno de conduta.

Para a psicanalista Júlia Bárány, a psicopatia surge desde que o bebê nasce. No geral, explica a especialista em sua entrevista dada ao site R7 notícias, no dia 01 de junho de 2015, que os primeiros sinais se manifestam junto com o desenvolvimento da interação com as outras pessoas, no que, geralmente, os primeiros alvos são a família e os animais de estimação. A psicanalista afirma que “claro que nem todas as crianças levadas, seja no ambiente escolar ou em casa, é necessariamente uma criança psicopata, mas o inverso é certo: adultos psicopáticos foram, com toda certeza, garotos ou garotas complicados”[\[12\]](#).

Cerca de quatro por cento da população é portadora desse distúrbio, onde a prevalência é de três por cento entre homens e um por cento entre mulheres[\[13\]](#).

Indivíduos com esse transtorno de personalidade recusam auxílio psiquiátrico, pois negam que tenham algum tipo de problema. Pacientes psicopatas são capazes de enganar até mesmo os mais experientes médicos em uma entrevista, pois se demonstram confiáveis e bem compostos, porém, em seu íntimo, existe muita hostilidade, raiva e irritabilidade. Por esse motivo, pode ser necessária que a consulta, médico-paciente, tenha que ser evitada de estresse, para que os pacientes sejam confrontados. Além dessa consulta, é necessário um exame neurológico completo, visto que, esses pacientes exibem resultados anormais nos exames de eletroencefalograma[\[14\]](#).

A medicina ainda não descobriu a cura e nem uma forma de controlar esse transtorno, mas vem usando medicamentos neurolépticos, antidepressivos, lítio, benzodiazepínicos, anticonvulsivantes e psicoestimulantes, todavia, já foi revelado que seus efeitos são ineficazes no tratamento[\[15\]](#).

Os critérios do Manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais para diagnosticar o transtorno da personalidade antissocial são:

- Um padrão global de desrespeito e violação dos direitos alheios que ocorre desde os quinze anos de idade, indicado por no mínimo, três



dos seguintes critérios: incapacidade de adequar-se às normas sociais com relação a comportamentos lícitos, indicada pela execução repetida de atos que constituem motivo de detenção; propensão para enganar, indicada por mentir repetidamente, usar nomes falsos ou ludibriar os outros para obter vantagens próprias; impulsividade ou fracasso em fazer planos para o futuro; irritabilidade e agressividade, indicadas por repetidas lutas corporais ou agressões físicas; desrespeito irresponsável pela segurança própria ou alheia; irresponsabilidade consistente, indicada por um repetido fracasso em manter seu comportamento laboral consistente ou de honrar obrigações financeiras; ausência de remorso, indicada por indiferença ou racionalização por ter ferido, maltratado ou roubado alguém;

- O indivíduo tem no mínimo dezoito anos de idade;

- Existem evidências de transtorno de conduta com início antes dos quinze anos de idade;

- A ocorrência do comportamento antissocial não se dá exclusivamente durante o curso de esquizofrenia ou episódio maníaco[16].

O primeiro estudo sobre psicopatas foi publicado em 1941 com o livro *The Mask of Sanity* (A Máscara da Sanidade) de autoria do psiquiatra americano Hervey Cleckley, onde ele cita diversos casos de pacientes que apresentavam um charme acima da média, uma capacidade de convencimento muito alta e ausência de remorso ou arrependimento em relação a todas as suas atitudes[17].

Neste livro, Cleckley esclarece que os psicopatas não são, necessariamente, criminosos, mas sim, indivíduos que possuem determinadas características, podendo ser homens de negócios, cientistas, físicos, advogados e até mesmo psiquiatras[18].

Com base nos seus estudos, o psicólogo Robert Hare, canadense, professor da *University of British Columbia* (Universidade da Columbia Britânica), começou a se interessar por psicopatas quando recém-formado; trabalhando com detentos de uma prisão de segurança máxima nas proximidades de Vancouver se questionava por qual motivo as penas, em

algumas pessoas não surtiam nenhum efeito. Estudando essas pessoas e suas características mais comuns conseguiu, em 1991, elaborar um questionário denominado escala *Hare* que também recebe o nome de *Psychopathy checklist* ou PCL, em que examina, de forma detalhada, diversos aspectos da personalidade psicopática, desde os ligados aos sentimentos e relacionamentos interpessoais até o estilo de vida e seus comportamentos. Até hoje em dia esse método é o mais utilizado para identificação das pessoas que possuem esse transtorno e só pode ser feito por profissionais capacitados[19].

Na década de 60, vários estudiosos, inclusive Hare, começaram a pesquisar as reações de um grupo de psicopatas a situações que, em pessoas que não são portadoras desse transtorno, produziram efeitos sobre o sistema nervoso autônomo. Quando se está na perspectiva da ocorrência de algo desagradável, a preocupação do indivíduo transparece por meio de tremores, transpiração e aceleração cardíaca. Os psicopatas estudados, mesmo quando confrontados com situações de tensão, não exibiram nenhum desses sintomas. Isso reforçou a ideia de que existem diferenças cerebrais entre psicopatas e não psicopatas. Para estudiosos, os psicopatas amam alguém da mesma forma como pessoas normais amam seus carros. O sentimento dessas pessoas não é amor nem compaixão, mas sim, sentimento de posse, sendo esse o sentimento que eles sentem por seus familiares[20].

Em uma versão resumida da escala *Hare*, os Psiquiatras dão de 0 a 2 a cada um dos tópicos, a partir de uma avaliação clínica e do histórico pessoal do paciente: Boa lábia; Ego inflado; Lorota desenfreada; Sede por adrenalina; Reação estourada; Impulsividade; Comportamento antissocial; Falta de culpa; Sentimentos superficiais; Falta de empatia; Irresponsabilidade; Má conduta na infância[21].

Hare Explica que:

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. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente[22].

O ser humano tem o chamado sistema límbico, que é a estrutura cerebral responsável pelas emoções. No ano de 2000, dois brasileiros, o neurologista Ricardo Oliveira e o neurorradiologista Jorge Moll, fizeram testes, por meio da chamada ressonância magnética funcional, que mostra como o cérebro funciona de acordo com diferentes atividades. Nesse estudo, mostraram cenas boas e outras chocantes. Nas pessoas ditas “normais”, o sistema límbico reagia de forma diversa, já nos psicopatas não havia diferença entre as cenas boas e as más, ou seja, essas pessoas apresentam falta de emoção em geral. Em contrapartida, revelaram aumento nas regiões responsáveis pela cognição, podendo concluir que os psicopatas são seres racionais e poucos emocionais[23].

A medicina moderna vem estudando o cérebro dessas pessoas, para que seja analisado o que realmente acontece no sistema nervoso e quais áreas do cérebro são afetadas, procurando, assim, uma forma de tratamento para controlar, ou até mesmo curar, coisa que atualmente não existe para esses indivíduos.

É importante ressaltar que o ambiente em que a pessoa é criada tem grande peso, mas não mais que a genética. A boa educação e tratamentos podem chegar a ajudar essas pessoas, porém, está longe de ser uma garantia de que o problema não aparecerá mais para frente, visto que o traço dessa personalidade pode até ser atenuado, mas nunca apagado ou curado.

## 1.2 CARACTERÍSTICAS DOS PSICOPATAS

Psicopatas costumam ser espirituosos e muito bem articulados, tornando uma conversa divertida e agradável. Eles tentam demonstrar conhecimento em várias áreas, não demonstram a menor vergonha caso sejam pegos em suas mentiras. Esses tipos são comuns no mercado do trabalho, podendo até fingirem ser profissionais qualificados sem nunca terem

frequentado uma faculdade. Os psicopatas apresentam características básicas, porém, nem todos possuem a totalidade desses atributos, alguns apresentam mais e outros menos. A dificuldade em identificar os psicopatas reside em sua simulação espontânea. Como, em geral, são inteligentes e observadores, conseguem mentir com facilidade. Os que são presos conseguem simular resultados de testes psicológicos sem grande dificuldade[24].

Em sua obra *Without Conscience*, Hare aborda as principais características dessas pessoas portadoras do transtorno, quais sejam[25]:

- Boa lábia: os psicopatas são bem articulados e ótimos promotores pessoais. Como um bom ator em cena, conquistam as pessoas, contando boas histórias e se fazendo de amigos. Costumam usar palavras difíceis para que pensem que são intelectuais, passam-se por sociólogos, médicos, filósofos, artistas, escritores ou advogados. Gostam muito de fazer o jogo da pena, ou seja, se fazem de vítimas, contam histórias traumatizantes da sua infância para que possam conquistar as pessoas por seus sentimentos de solidariedade;

- Egocentrismo e megalomania: acham-se as pessoas mais importantes do mundo. Seguros de si, cheios de opiniões e dominadores. Adoram ter poder sobre as pessoas e acreditam que nenhum palpite vale tanto quanto suas ideias;

- Mentiras e manipulações: mentem tanto que às vezes nem se dão conta que estão mentindo. Eles têm orgulho de sua capacidade de enganar. Para eles o mundo é feito de caças e predadores, e não faria sentido não se aproveitar da boa-fé dos mais fracos para obter vantagens pessoais. Adoram manipular as pessoas para conseguirem o querem;

- Sede por adrenalina: não toleram monotonia. E, dificilmente, ficam em um trabalho repetitivo ou em relacionamento longo. Precisam viver quebrando regras, no fio da navalha. Alguns se aventuram em rachas, usam drogas, e uma minoria entra no crime;

- Reações estouradas: reagem desproporcionalmente a insultos, frustrações e ameaças. Mas os estouros vão tão rápido quanto vêm, e logo voltam a agir como se nada tivesse acontecido, isso porque são tão sem emoção que não conseguem ficar presos a um sentimento por muito tempo;

- Impulsividade: embora racionais, não perdem tempo pensando prós e contras antes de agir. Se estiver com vontade de algo, vai lá e consegue, tirando os obstáculos do caminho. Se passar a vontade, larga tudo. Seus planos é o dia de hoje;

- Comportamento antissocial: regras sociais não fazem sentido para quem é movido somente pelo próprio prazer, indiferente ao próximo. Os que viram criminosos, em geral, não têm preferências: gostam de experimentar todo tipo de crime. Muitas pessoas transgridem as regras sociais, porém, a diferença dessas pessoas para os psicopatas é que estes não possuem nenhum sentimento de culpa ou remorso pelo mal que fizeram, eles apenas lamentam por terem sido descobertos e por terem sofrido punições;

- Falta de culpa: por onde passam deixam bolsos vazios e corações partidos, mas, em seus pensamentos não se sentem mal. Pois, para quê se sentir mal se a dor é do outro e não deles? Para o psicopata, a culpa é apenas um mecanismo para controlar as pessoas;

- Sentimentos superficiais: Emoção só existe em palavras. Se tiver um relacionamento será apenas por prazer e pelo poder sobre o outro, não por amor. Se perder um amigo, não ficará triste, mas frustrado por ter uma fonte de favor a menos;

- Falta de empatia: não conseguem se colocar no lugar do outro. Para os psicopatas as pessoas são apenas objetos para usar em seu próprio prazer. Não amam: se chegar a casar-se e tiveram filhos, vai ter a família como posse, mas não como ente querido;

- Má conduta na infância: Seus problemas aparecem cedo. Começam a mentir, roubar, usar drogas, matar aulas e ter experiências



sexuais antes dos 12 anos de idade. Seu sadismo não poupa nem mesmo os seus colegas, irmãos ou animais. Gostam de maltratar animais;

- Irresponsabilidades: Compromisso não lhe diz nada[26].

### 1.3 TIPOS DE PSICOPATIA

Existem vários tipos de psicopatas. A minoria é do tipo que cometerá crimes bárbaros. Veremos que há psicopatas que, muito provavelmente, nunca serão descobertos, que apesar de serem seres frios, racionais, sem emoções e com ausência de empatia podem ser pessoas de família, bons profissionais e que nunca vão cometer um crime. Apesar dos psicopatas de grau grave ser uma minoria, estes assustam a sociedade e ganham grande repercussão na mídia por tamanha da crueldade e frieza com que praticam os crimes, levando a sociedade ao equivocado pensamento de que psicopatas são apenas essas pessoas.

São tipificados como[27]:

- Psicopatas comunitários ou de grau leve: são a maioria deles, os mais comuns e mais difíceis de serem diagnosticados, pois, geralmente, não atendem a todos os critérios dos Distúrbios Transtornos Mentais, do transtorno de personalidade antissocial. Dificilmente matam e passam despercebidos em ambientes sociais. Possuem inteligência média ou até mesmo maior que a média, mas como todos os psicopatas, são frios, manipuladores, racionais, mentirosos. São conhecidos como dissimulados, pois escondem tais características de forma que poucas pessoas conseguem perceber. Esse tipo raramente comete alguma infração que seja motivo de cadeia, mas, se infringem a lei, são considerados presos exemplares.

- Psicopata antissocial ou de grau moderado: correspondem àqueles que satisfazem quase todos os critérios do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais do transtorno de personalidade antissocial. São menos frequentes. São pessoas frias, calculistas, sádicas que geralmente estão mais infiltrados no meio das drogas, álcool, jogos compulsivos, direção imprudente, vandalismo, promiscuidade, grandes golpes e graves estelionatos.



- Psicopata antissocial ou de grau grave: são a minoria. Frequentemente assassinos sádicos que sentem prazer ao ver o sofrimento de outras pessoas. Nesse grupo temos os famosos assassinos em série e os criminosos mais perversos. Exemplo de psicopatia em grau grave é Suzane Von Richthofen que foi capaz de planejar durante dois meses todos os detalhes do assassinato de seus pais para poder receber sua herança[28].

Já no tocante aos subtipos de psicopatia, pode-se elencar dois: a primária e a secundária.

Trindade, Beheregaray e Cuneo assim os definem:

Os sintomas da psicopatia primária refletem-se num déficit afetivo, que é constitucional, enquanto os sintomas da psicopatia secundária se constituem num distúrbio afetivo, baseado no aprendizado psicossocial precoce. O psicopata primário frequentemente atua de maneira proposital e direta para maximizar seu ganho ou sua excitação, enquanto o psicopata secundário age tipicamente como revanche, como reação a circunstâncias que exacerbam seu conflito, de natureza neurótica, razão pela qual ele é acessível a uma abordagem de natureza psicoterápica. [...] O protótipo do psicopata é o denominado psicopata primário: cruel e sem emoção. Já o psicopata secundário parece emocionalmente lábil, possui sentimento de raiva e apresenta alguma forma de ansiedade. Assim, a psicopatia primária seria produto de uma condição hereditária, enquanto a psicopatia do tipo secundário, o resultado das influências ambientais, particularmente experiências traumáticas da infância[29].

Diante do exposto, percebe-se que a psicopatia primária é mais grave, dotada de características mais “enraizadas” pela hereditariedade e,

por isso, de maior dificuldade de reversão sendo, assim, mais propensos a não responderem a castigos ou reprovações. Não possuem nenhuma projeção na vida e parece que são desprovidos de qualquer emoção.

Já a psicopatia secundária parece advir das experiências do indivíduo com o meio no qual ele está inserido, havendo absorvido tudo de ruim que possa ter lhe acontecido, tal como, maus tratos, traumas, violências sofridas, entre outras. Portanto, os psicopatas secundários seriam um resultado de suas experiências negativas com o meio social[30].

#### 1.4 OS ASSASSINOS EM SÉRIE

A criminologista Ilana Casoy é uma grande estudiosa dos chamados *serial killers*, que em português significa assassino em série. Ela define esses sujeitos como pessoas que cometem vários homicídios durante um período de tempo, com um lapso temporal entre cada um deles, podendo ser dias, meses ou anos. Esses indivíduos cometem crimes com certa frequência, seguindo um modo de operação. Geralmente deixam sua marca na cena do crime, como se fosse uma assinatura[31].

Os assassinos em série matam por prazer, sentem prazer do controle e do poder que exercem sobre suas vítimas. Costumam ser pessoas sádicas por natureza, que praticam a tortura para satisfazer os seus prazeres perversos, ou seja, sentem-se bem em fazer mal ao próximo. O motivo do crime praticado pelo assassino em série não faz sentido nem para ele mesmo. Essa sequência de delitos faz parte de um círculo vicioso, que só termina quando o agente é preso ou morto[32].

A diferença desses assassinos para os assassinos em massa está no lapso temporal existente entre um delito e outro, pois os assassinos em massa matam de uma só vez e não se preocupam com características das vítimas.

A maioria desses agentes, também conhecidos como assassinos do tipo organizado são pessoas respeitáveis e ativas no meio social em que vivem, são inteligentes e induzem suas vítimas com facilidade, pois

são atraentes e com grande capacidade de mentir, levando as vítimas a acreditarem no que dizem, para assim, praticarem seus delitos[33].

Enquanto alguns estudiosos acreditam que para ser considerado um assassino em série é necessária a morte de, pelo menos, duas pessoas, outros defendem que é preciso existir, no mínimo, quatro vítimas.

Diante da personalidade do psicopata, não é de se surpreender que eles sejam grandes impostores. Eles são mestres na arte de adotar perfis falsos, revestidos de credibilidade e poder na sociedade. Neste grupo, encontram-se os psicopatas de colarinho branco ou, como também são conhecidos, os psicopatas corporativos. Tal personagem vem para desmistificar a ideia de que todos os psicopatas são cruéis assassinos em série, pois não o são[34].

É evidente que a quantidade de vítimas não é um ponto relevante para diferenciar um assassino em série de um assassino comum. O que os diferencia é a maneira que cometem os crimes e o motivo para sua configuração[35].

As vítimas, em regra, são escolhidas ao acaso, porém eleitas cuidadosamente; não são conhecidas do agente e nada fazem contra ele para que sejam mortas. Geralmente, esse tipo de assassino opta por vítimas do sexo feminino e de menor porte físico, para a facilitação do crime[36].

De acordo com a doutrina citada, os assassinos em série são divididos em quatro tipos. Sendo eles:

- O visionário: é um indivíduo insano, psicótico, que ouve vozes dentro de sua cabeça e as obedece, podendo sofrer alucinações e visões;

- O missionário: na sociedade não demonstra ser um psicótico mas, no seu íntimo, tem a necessidade de livrar o mundo do que julga imorais ou indignos exemplos: matar judeus, homossexuais e outros;

- O emotivo: mata por pura diversão. Utiliza requintes sádicos e cruéis;

- O libertino: é o assassino sexual. Mata por excitação. Seu prazer é diretamente proporcional ao sofrimento da vítima. Torturar, mutilar a vítima lhe traz prazer sexual. Necrófilos e canibais estão dentro desse grupo[37].

Ainda nessa obra, a escritora cita o Dr. Joel Norris, que considera existir seis fases do ciclo do assassino em série, e, na chegada à sexta fase, o processo é reiniciado; as fases são:

- Fase áurea: O assassino começa a perder a compreensão da realidade;

- Fase da pesca: O assassino procura a vítima que acha ideal;

- Fase galanteadora: Assassino seduz ou engana a vítima;

- Fase da captura: A vítima cai na armadilha;

- Fase do assassinato ou totem: Quando há o homicídio. Nesta fase o assassino está no auge da sua emoção de prazer;

- Fase da depressão: Ocorre após o assassinato[38].

Exemplo de um serial killer brasileiro é o de Francisco de Assis Pereira, que ficou conhecido como o maníaco do parque. O maníaco do parque estuprou e matou, pelo menos, seis mulheres e tentou assassinar outras nove em 1998. Seus crimes ocorreram no Parque do Estado, situado na região sul da capital do estado de São Paulo, Brasil. Nesse local, foram encontrados os corpos de suas vítimas. No interrogatório, Francisco de Assis Pereira falou que: “convencê-las era muito simples. Bastava falar aquilo que elas queriam ouvir”[39].

## **2 OS PSICOPATAS NA PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL**

O enlace entre o estudo da psicopatia e o Direito Penal não pode ser desconsiderado, seja pela preocupação com a prevenção de crimes, seja pela busca de respostas penais compatíveis com a condição do referido

transtorno, devendo o estudo sobre este tema ser levado a sério, tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Judiciário[40].

Nesse sentido, Oliveira e Struchiner, lembram da ausência de dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro que tratem diretamente sobre o transtorno de psicopatia:

Não há nenhuma lei, decreto, portaria, regulamento ou congênere que mencione, mesmo que indiretamente, a psicopatia. Isso apenas reforça e demonstra a incipiência do tema no Brasil, que aparece aos poucos e em casos isolados. A lei de execução penal (lei nº 7.210/1984) menciona, em alguns pontos, a realização de exames criminológicos, por exemplo, a fim de individualização da execução (artigo 8º) e com vista a analisar o internado (artigo 100, 175)[41].

Assim, o papel do perito judicial, na área criminal, acabou por ser limitado apenas à diagnose de doença mental, a fim da aplicação ou não do artigo 26 do Código Penal. Neste diapasão, percebe-se, portanto, que o Judiciário Brasileiro ainda não está preparado para utilizar as técnicas da Psicologia Forense e as experiências neurocientíficas com fins de diagnosticar o criminoso psicopata.

Já no que se refere à análise acerca da culpabilidade do agente psicopata, afirma-se que não há consenso, nem na doutrina e nem nos Tribunais, acerca da existência ou não de total consciência da ilicitude do ato praticado por um indivíduo diagnosticado com o transtorno de psicopatia.

Em algumas situações os juízes declaram os psicopatas como imputáveis, já em outros momentos os consideram como semi-imputáveis, caracterizando uma situação de grave insegurança jurídica.

É bem verdade que, atualmente, com os estudos da criminologia junto com a psiquiatria, os juízes vêm evitando considerá-los semi-imputáveis, pois além de terem suas penas reduzidas, podem acabar

sendo internados em hospitais de custódia, a despeito de não possuírem doença mental, mas sim um transtorno de personalidade, o qual não será curado ou tratado em hospitais de psiquiátricos.

Percebe-se, portanto, que a questão da imputabilidade do agente psicopata permanece em uma “zona cinzenta” normativa, mostrando-se necessário um diálogo direto e íntimo com a Psicologia Forense e a vanguarda da Neurociência, além de um maior investimento para poder fazer uma análise do caráter e da personalidade do agressor, visando conhecê-lo melhor, a fim de aplicar a pena devida, sempre em busca de uma possível ressocialização.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O referido trabalho preocupou-se em tratar do transtorno de psicopatia, trazendo seus aspectos históricos, características, tipos e subtipos, diferenciando-o das doenças mentais, bem como buscou analisar o tratamento jurídico-penal brasileiro despendido a esses indivíduos.

O psicopata não é um doente mental, não sofre nenhum tipo de alucinação ou incapacidade/redução de entendimento de suas ações, e, por isso, não deve ser tratado pelo nosso ordenamento jurídico como se doente mental fosse.

Primou-se também em mostrar de que forma o Estado vem tratando os indivíduos que apresentam esse transtorno; uma vez considerados pelo juiz como semi-imputáveis, será aplicada a medida de segurança, sendo estes internados em Hospital de custódia e e/ou submetidos a tratamentos psiquiátricos. Por outro lado, caso sejam considerados imputáveis, ficarão em penitenciárias comuns junto aos demais condenados.

A partir dessa premissa, procurou-se demonstrar a complicação jurídica da psicopatia na legislação brasileira, ensejando uma indesejável insegurança jurídica e inefetividade na ressocialização dos mesmos, pois, o desconhecimento da penalidade adequada acarreta, em consequência, a aplicação de medidas sem a menor eficiência ressocializadora.



Neste diapasão, conclui-se que resta necessário o estreitamento do diálogo entre a Psicologia Forense, a Neurociência e a Criminologia, aprimorando a interpretação científica, com fins de definir o melhor enquadramento jurídico-penal para os detentores do transtorno de psicopatia.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-IV-TR.** Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. ed. Porto Alegre: Aritmed, 2008. 992p.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal.** Campinas: Red Livros, 2000. v. 1. 789p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. 956p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível na Internet:. Acesso em: 26 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível na Internet: . Acesso em: 15 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 107777/RS. Rel. Ayres Brito, Segunda Turma, julg. 07.02.2012. Disponível na Internet: . Acesso em: 27 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 190705/SP. Rel. Haroldo Rodrigues, Sexta Turma, Julg. 17.03.11. Disponível na Internet: . Acesso em: 30 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 97621/RS, Rel. Cezar Peluso, Segunda Turma. julg. 02.06.2009 Disponível na Internet: . Acesso em: 27 set. 2017.

BUSNELLO, Carolina. Psicopatia: o poder da manipulação. **Revista Jus Navigandi**. Jan. 2015. Disponível na internet: . Acesso em: 02 out. 2017.

COMAR, Suyane Elias. **Teste de Rorschach**. Infoescola, 2012. Disponível na internet: . Acesso em: 08 out. 2015.

CASOY, Ilana. **Entrevista à Rádio Jovem Pan**. Recife, out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Serial Killer: louco ou cruel?** 2. ed. São Paulo: Madras, 2002. 720p.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. São Paulo: Atlas, 2014. 456p.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. 748p.

FRANCO, Marcella. **Crianças também podem ser psicopata: mentiras, agressão e desobediência são sinais da doença**. R7, jun. 2015. Disponível na internet: . Acesso em: 19 set. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 1. 885p.

GUSMÃO, Marcus Vinicius Bernardes. **O uso das medidas cautelares previstas no artigo 319, do código de processo penal: cabimento e substitutividade à prisão**. Conteúdo Jurídico, dez. 2013. Disponível na Internet: . Acesso em: 30 set. 2017.

HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Tradução Denise Regina de Sales, revisão técnica José G. V. Taborda. Porto Alegre: Artmed, 2013. 240p.

\_\_\_\_\_. Entrevista a Laura Diniz. **Psicopatas no divã**. **Revista Veja**. São Paulo, ed. 2106, ano 42, n. 13, 01 abr. 2009.

HENRIQUES, Rogério Paes. De H. Cleckley ao DSM-IV-TR: a evolução do conceito de psicopatia rumo à medicalização da delinquência. **Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental**. São Paulo, v. 12, n. 12, jun. 2009. p. 289. Disponível na internet: . Acesso em: 28 set. 2017.

HERCULES, Hygino de Carvalho. **Medicina legal: texto e atlas**. São Paulo: Atheneu, 2009. 799p.

HORTA, Maurício. Sem pena nem perdão. **Revista Super Interessante**. Jul. 2009. Disponível na internet: . Acesso em: 28 set. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1560p.

MACEDO, Tatiana Bandeira de Camargo. Prisão perpétua e pena de morte: limites ao processo extradicional. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível na Internet: . Acesso em out 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1. 483p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1272p.

OLIVEIRA, Alexandra Carvalho Lopes de; STRUCHINER, Noel. **Análise da figura do psicopata sob o ponto de vista psicológico-moral e jurídico-penal**. PUC Rio, 2011. Disponível na internet: . Acesso em: 26 set. 2017.

OLIVEIRA, Alexandra Carvalho Lopes de; STRUCHINER, Noel. **Análise da figura do psicopata sob o ponto de vista psicológico-moral e jurídico-penal**. PUC Rio, 2011. Disponível na internet: . Acesso em: 26 set. 2017.

PENTEADO, Conceição. **Psicopatologia forense: breve estudo sobre o alienado e a lei**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. 3352p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1646p.

SADOCK, Benjamin James; SADOCK, Virginia Alcott. **Ciência do comportamento e psiquiatria clínica**. 9. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007. 1584p.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida; SALLES, Roberto de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 10. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 168p.

SANTOS, Jeruza Wilezilek Ikuno; BELLOTO, Caio Cezar. Uma visão jurídico-psicológica de ações psicopáticas. **11º Encontro Científico Cultural Interinstitucional**. Out. 2013. Disponível na internet: . Acesso em: 15 set. 2017.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 398p.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. 217p.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa em entrevista a Martha Mendonça. Psicopatas não sentem compaixão. **Revista Época**. Out. 2009. Disponível na internet: [57-15295,00-ANA+BEATRIZ+BARBOSA+SILVA+PSICOPATAS+NAO+SENTEM+COMPAIXAO.html](http://www.epoca.com.br/57-15295,00-ANA+BEATRIZ+BARBOSA+SILVA+PSICOPATAS+NAO+SENTEM+COMPAIXAO.html)>. Acesso em: 01 out. 2017.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia: a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 156p.

#### NOTAS:

[1]PENTEADO, Conceição. **Psicopatologia forense: breve estudo sobre o alienado e a lei**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 45.

[2]SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 37.

[3] Cf. *Ibidem*. p. 37.

[4] Cf. ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-IV-TR**. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 656.

[5] Cf. HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 37.

[6] *Ibidem*. p. 40.

[7] CASOY, Ilana. Entrevista à Rádio Jovem Pan. Recife, out. 2015.

[8] Cf. SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 37.

[9] Cf. SANTOS, Jeruza Wilezilek Ikuno; BELLOTO, Caio Cezar. Uma visão jurídico-psicológica de ações psicopáticas. **11º Encontro Científico Cultural Interinstitucional**. Out. 2013. Disponível na internet: . Acesso em: 15 set. 2017.

[10] *Ibidem*.

[11] Cf. SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 37.

[12] BÁRÁNY, Júlia *apud* FRANCO, Marcella. **Crianças também podem ser psicopata: mentiras, agressão e desobediência são sinais da doença**. R7, jun. 2015. Disponível na internet: . Acesso em: 19 set. 2017.

[13] Cf. SADOCK, Benjamin James; SADOCK, Virginia Alcott. **Ciência do comportamento e psiquiatria clínica**. 9. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007. p. 860.

[14] Cf. *Ibidem*. p. 860.

[15] *Ibidem*. p. 862.

[16] Cf. TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia: a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41-42.

[17] Cf. HENRIQUES, Rogério Paes. De H. Cleckley ao DSM-IV-TR: a evolução do conceito de psicopatia rumo à medicalização da delinquência. **Revista Latinoamericana de Psicopatologia**

**Fundamental.** São Paulo, v. 12, n. 12, jun. 2009. p. 289. Disponível na internet: . Acesso em: 28 set. 2017.

[18]Cf. *Ibidem*.

[19]Cf. HARE, Robert em entrevista a Laura Diniz. Psicopatas no divã. **Revista Veja**. São Paulo, ed. 2106, ano 42, n. 13, 01 abr. 2009. p. 22.

[20]*Ibidem*. p. 21.

[21]HORTA, Maurício. Sem pena nem perdão. **Revista Super Interessante**. Jul. 2009. Disponível na internet: . Acesso em: 28 set. 2017.

[22]HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. São Paulo: Artmed, 2013. p. 38.

[23]Cf. SILVA, Ana Beatriz Barbosa em entrevista a Martha Mendonça. Psicopatas não sentem compaixão. **Revista Época**. Out. 2009. Disponível na internet: [57-15295,00-ANA+BEATRIZ+BARBOSA+SILVA+PSICOPATAS+NAO+SEM+COMPAIXAO.html](http://www.epoca.com.br/2009/10/29/psicopatas-nao-sentem-compaixao.html)>. Acesso em: 01 out. 2017.

[24]Cf. HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Tradução Denise Regina de Sales. revisão técnica José G. V. Taborda. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 47.

[25]Cf. HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. São Paulo: Artmed, 2013. p. 38.

[26] Cf. HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. São Paulo: Artmed, 2013. p. 38.

[27]Cf. TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia**: a máscara da justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 42-43.

[28] Cf. BUSNELLO, Carolina. Psicopatia: o poder da manipulação. **Revista Jus Navigandi**. Jan. 2015. Disponível na internet: . Acesso em: 02 out. 2017.

[29]TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia**: a máscara da justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69.

[30]*Ibidem*. p. 69.



[31]Cf. CASOY, Ilana. **Serial Killer: louco ou cruel?** 2. ed. São Paulo: Madras, 2002. p. 16.

[32]Cf. CASOY, Ilana. **Serial Killer: louco ou cruel?** 2. ed. São Paulo: Madras, 2002. p. 16.

[33]*Ibidem.* p. 39-41.

[34]Cf. FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica.** São Paulo: Atlas, 2014. p. 110-111.

[35]Cf. CASOY, Ilana. *op. cit.* p. 16.

[36]Cf. CASOY, Ilana. **Serial Killer: louco ou cruel?** 2. ed. São Paulo: Madras, 2002. p. 17.

[37]*Ibidem.* p. 18.

[38]Cf. NORRIS, Joel *apud* CASOY, Ilana. *Ibid.* p. 18.

[39]PEREIRA, Francisco de Assis *apud* DOMINGUES, Alexandre de Sá. O maníaco do parque. Publ. 2000. Disponível na internet: . Acesso em: 03 set. 2017.

[40]Cf. OLIVEIRA, Alexandra Carvalho Lopes de; STRUCHINER, Noel. *op. cit.*

[41]*Ibidem.*

## **A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS EM AÇÕES COLETIVAS: IMPLICAÇÕES NA COISA JULGADA E NO INTERESSE RECURSAL**

**MARIA EDUARDA ANDRADE E SILVA:**  
Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília.

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é focar a importância que possui o fundamento da improcedência dos pedidos veiculados em ações coletivas no campo da coisa julgada e para o interesse recursal. Sob esse último aspecto, há timidez doutrinária em discutir se há viabilidade processual no recurso interposto pelo réu - em ação coletiva cujo pleito tenha sido julgado improcedente – cujo objetivo seja o de alterar o fundamento da rejeição. Isso porque o julgamento de desacolhimento do pedido por falta ou deficiência de provas permitirá a repropositura da ação por legitimado coletivo, não se verificando a coisa julgada. Todavia, apesar da relevância dos temas, constata-se uma postura omissiva, por parte do Judiciário, em identificar, com clareza, o motivo da improcedência, distinguindo os casos em que não há prova, a prova foi escassa ou a prova dos autos demonstrou que não havia como acolher o pedido autoral. A sutileza dessas diferenciações produz um elemento indutivo de insegurança jurídica. Propomos, por esse artigo, expor a necessidade de que o juiz, ao sentenciar, explicitar se a improcedência deu-se ou não por ausência ou deficiência de provas, consoante artigo 103, I e II do CDC. Será utilizada metodologia dedutiva e pesquisa teórica (bibliográfica), qualitativa e prescritiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ação coletiva. Improcedência. Fundamento. Provas. Coisa julgada. Interesse Recursal.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. A motivação da sentença e a coisa julgada nas ações coletivas. 3. Improcedência e análise de provas. 4. Interesse recursal. 5. Conclusões. 6. Referências.

---

### **INTRODUÇÃO**

O processo coletivo impôs uma releitura da coisa julgada. Um dos aspectos de afastamento da concepção tradicional sobre o tema diz respeito à possibilidade de que o fundamento da sentença influencie sua imutabilidade e indiscutibilidade<sup>[1]</sup>. Nesse campo, nas ações em que tutelados direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, a existência ou não de provas passa a ser decisiva enquanto fundamento da improcedência. A depender do caso e a partir da motivação do decreto judicial, pode ser admitida a repositura da ação. Avançando nesse raciocínio, pode-se cogitar também de que seja cabível recurso do réu, apesar da improcedência da demanda, com o objetivo de alterar seu fundamento. Porém, esse cenário requer previamente que haja explicitação, no dispositivo, do motivo da improcedência. Isso é, se o pedido foi rejeitado por ausência ou deficiência de provas ou a partir do convencimento do magistrado sobre os elementos carreados, que foram por ele reputados suficientes.

## **2. A motivação da sentença e a coisa julgada nas ações coletivas**

É sabido que, nas ações coletivas, a coisa julgada é marcada por algumas peculiaridades.

No tocante a direitos coletivos e difusos, a coisa julgada, na hipótese de julgamento de improcedência do pedido, tem uma especialidade que a diferencia da coisa julgada tradicional, prevista pelo Código de Processo Civil<sup>[2]</sup>.

De fato, no processo individual, a sentença torna-se imutável quando ingressa sob a proteção da coisa julgada independente do fundamento do pronunciamento. Inclusive, o CPC é explícito, na mesma linha do seu predecessor, em afirmar que não fazem coisa julgada os motivos que, expostos na sentença, revelaram as razões de decidir do julgador; e, igualmente, a verdade dos fatos, ou seja, a narrativa acolhida pelo juiz como fruto do processo lógico que conduziu ao julgamento (art. 504).

Todavia, nas ações coletivas, há uma importante alteração nessa regra. Isso porque a sentença de improcedência que envolva direitos transindividuais cujo fundamento seja a insuficiência de provas permite que um legitimado coletivo ingresse com nova ação coletiva, desde que embasada em prova nova.

Enquanto isso, no processo individual, não é possível repetir a mesma ação, cuja identificação ocorre a partir dos três elementos da demanda: partes, pedido e causa de pedir. Portanto, uma vez ajuizada nova ação com identidade total entre esses três elementos, e tendo ocorrido coisa julgada na demanda anterior, a segunda ação proposta deverá ser extinta, sem julgamento de mérito, ante a constatação de pressuposto processual negativo – a coisa julgada, art. 485, V, CPC.

A extinção ocorrerá nos exatos limites da repetição de ações. Isso significa que, se na segunda ação tiver sido adicionado um pedido inédito em relação à primeira, a segunda demanda deve prosseguir somente quanto a esse pleito, por exemplo.

Já nas ações coletivas, o regime especial da coisa julgada depende da espécie de direito tutelado.

Tratando-se de direitos difusos, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 103, I). Portanto, em termos de defesa de direito difuso, a sentença somente fará coisa julgada *erga omnes* se julgar o pedido: (i) procedente ou (ii) improcedente com base em um motivo que não seja a ausência ou insuficiência de provas.

Significa, pois, que a improcedência jungida a razões ligadas ao encargo probatório não adentra na sistemática da coisa julgada. Ou seja, quando o juiz se utiliza da distribuição do ônus da prova como regra de julgamento – por exemplo, julgando improcedente o pedido porque o autor

não se desincumbiu do ônus de comprovar o fato constitutivo do direito alegado – não se formará coisa julgada no âmbito coletivo.

Já quanto aos direitos coletivos em sentido estrito, a coisa julgada terá efeitos *ultra partes*, limitadamente ao grupo, categoria ou classe se o pedido for julgado: (i) procedente ou (ii) improcedente com exame de provas, tal como no caso dos direitos difusos.

Trata-se da coisa julgada *secundum eventum probationis*, isso é, aquela que não impede a propositura de ação coletiva com mesmas partes (ajuizada pelo mesmo ou por outro legitimado), pedido e causa de pedir sempre que a sentença anterior de improcedência houver sido fundamentada em ausência ou deficiência de provas.

Decerto, existe corrente doutrinária minoritária segundo a qual haveria coisa julgada nos casos citados. Partilha dessa opinião Daniel Amorim Assumpção Neves, para quem a imutabilidade e a indiscutibilidade é que estariam, “no caso da ausência ou insuficiência de provas, condicionadas à inexistência de prova nova que possa fundamentar a nova demanda”<sup>[3]</sup>. Confira-se:

Parcela significativa da doutrina entende não se operar, nesse caso, a coisa julgada material, por afirmar que, sendo possível a propositura de um novo processo com os mesmos elementos da ação – partes, causa de pedir e pedido -, a imutabilidade e a indiscutibilidade próprias da coisa julgada não se fariam presentes.

[...]

Esse entendimento, entretanto, não é o mais correto, parecendo configurar-se a mesma confusão a respeito da formação ou não da coisa julgada nos processos cujo objeto sejam as relações de trato continuativo, reguladas pelo art. 505, I do Novo CPC. Em razão da possibilidade de que a sentença determinativa seja alterada em virtude de

circunstâncias supervenientes de fato e de direito, parcela da doutrina apressou-se a afirmar que essa “instabilidade” da sentença seria incompatível com o fenômeno da coisa julgada material, que exige a imutabilidade e a indiscutibilidade do julgado[4].

Conforme esse raciocínio, inclusive, o fundamento de extinção do segundo processo ajuizado, quando desacompanhado de nova prova, seria justamente a prévia coisa julgada a pender sobre o caso, formada na primeira ação[5].

De toda sorte, porém, não custa enfatizar que toda a sistemática suso descrita não ganha aplicação aos casos em que se discutam direitos individuais homogêneos, consoante caminha a jurisprudência do STJ e parcela da doutrina, a partir da interpretação literal do art. 103, I do CDC.

Exclui-se da análise os direitos individuais homogêneos porque, nestes, a coisa julgada opera-se *secundum eventum litis*, assim, qualquer fundamento que leve à improcedência não afetará os interesses dos indivíduos titulares do direito[6].

**Após o trânsito em julgado de decisão que julga improcedente ação coletiva proposta em defesa de direitos individuais homogêneos, independentemente do motivo que tenha fundamentado a rejeição do pedido, não é possível a propositura de nova demanda com o mesmo objeto por outro legitimado coletivo, ainda que em outro Estado da federação[7].**

Portanto, a coisa julgada na ação que verse sobre direitos individuais homogêneos não guarda relação com o fundamento da improcedência. Uma vez rejeitado o pedido, haverá coisa julgada para todos os legitimados coletivos. É o que se infere do art. 103, III do CDC, em sua literalidade, ante a ausência de qualquer ressalva à formação da res judicata:



Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

[...]

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Em qualquer caso, porém, as ações individuais poderão ser propostas, já que o transporte da coisa julgada da sentença coletiva para o âmbito individual somente ocorre *in utilibus*<sup>[8]</sup>, isso é, em benefício dos substituídos, como regra geral<sup>[9]</sup>.

### 3. Improcedência e análise de provas

Ultrapassado esse aspecto, é preciso perquirir sobre a diferença entre a sentença que (i) reconhece a ausência de provas do ato ilícito ou danoso, e (ii) aquela que conclui no sentido de que as provas carreadas demonstrariam não ter havido ilicitude ou dano.

Entre as duas sentenças ilustradas parece, *primo ictu oculi*, não haver grande diferença. Todavia, há, na primeira delas, um raciocínio subjacente segundo o qual, se houvessem sido produzidas mais provas – isso é, se o acervo probatório tivesse sido dilargado – a conclusão pela presença pelo ato ilícito ou danoso poderia haver sido diferente. E, se assim o é, haverá campo para a propositura de nova ação coletiva.

Entretanto, na praxe forense, nota-se que as sentenças judiciais trazem inúmeras situações das quais não resta claro se o motivo da procedência foi a insuficiência de provas ou se a análise dessas provas convenceu o juiz num dado sentido. Há sentenças mesmo que ensejam interpretação dúbia a esse respeito.

Veja-se que esse problema não se verifica no caso da ausência dos elementos de convencimento, mas na conclusão sobre sua suficiência.

Ora, a coisa julgada *secundum eventum probationis* não pode depender de um raciocínio que pretenda o esgotamento da produção probatória, pois, se assim fosse, as partes sempre poderiam supor, após a improcedência da ação coletiva, que mais um elemento probatório – como um documento, por exemplo, teria alterado o desfecho da ação. Por certo, caso acatada a ideia de esgotamento probatório – algo que nunca poderia ser alcançado – a sentença de improcedência em ações coletivas jamais faria coisa julgada.

Nesse rumo, parece ser decisivo que o juiz explicita, no dispositivo, por quais circunstâncias julga o pleito improcedente.

Os dispositivos legais que tratam da coisa julgada *secundum eventum probationis* são omissos a respeito da exigência de que, expressa ou implicitamente, conste da sentença ter sido a improcedência gerada pela ausência ou insuficiência de provas, ou se tal circunstância poderá ser estranha à decisão, de modo a ser demonstrada somente na segunda demanda<sup>[10]</sup>.

É preciso ainda pontuar uma importante distinção. É estabelecida a ausência de coisa julgada material na sentença de improcedência por insuficiência de provas, quando, na verdade, a propositura de nova ação fica condicionada à apresentação de nova prova, não sendo suficiente a repetição das provas anteriores. Ademais, devido à possibilidade de que o dano seja nacional ou que o colegitimado a ingressar com a segunda demanda não seja o mesmo que ajuizou a ação primitiva, é possível que a causa tramite em juízo distinto do inicial. Ou seja, a depender da extensão do dano, em razão da alteração da competência territorial, cederá a regra de prevenção. Por isso, repetir a ação acompanhada das mesmas provas significaria, em última análise, uma chance de reexame do tema por juízo diferente. Não nos parece que essa espécie de revisão seja condizente com o objetivo legal. Inclusive, nesse campo, tem aplicação a vedação ao *bis in idem*<sup>[11]</sup>, afastando a mera repetição da demanda originária.

Com efeito, deve o legitimado comprovar que produziu ou produzirá (na fase instrutória), uma nova prova – como uma perícia, por exemplo, para que, somente assim, seja admitida nova ação coletiva, desde que, por certo, não penda coisa julgada sobre a demanda anterior.

Portanto, condicionar a coisa julgada material ao alvedrio da interpretação que as partes façam a respeito da sentença – se decorrente de plena produção probatória ou de sua deficiência – parece atentar contra a segurança jurídica.

Defende-se que haja maior cuidado por parte do julgador ao sentenciar ações coletivas, expondo inequivocamente o motivo da improcedência, preferencialmente no dispositivo, já que sobre ele recai a autoridade da coisa julgada.

#### **4. Interesse recursal**

A elucidação, no dispositivo da sentença, do motivo determinante da improcedência ainda ganha especial relevo sob um segundo ângulo.

À vista dos já expostos efeitos que a plenitude ou a exiguidade do acervo probatório produz sobre a coisa julgada, questiona-se se o réu teria interesse em recorrer da sentença de improcedência que se afirme embasada na ausência de provas. Ou seja, importa refletir se o réu, apesar do decreto de improcedência, teria interesse para recorrer à instância superior visando alterar o fundamento da sentença.

De início, é necessário definir interesse processual como um dos requisitos intrínsecos de admissibilidade de todo e qualquer recurso. Estará presente o interesse recursal quando a parte puder assumir posição processual de vantagem por meio da interposição do inconformismo<sup>[12]</sup>. É imperativo que o recurso seja útil e necessário; será útil se for apto a trazer vantagem prática ao recorrente, e necessário se for a única via hábil à obtenção dessa vantagem, como ensina Bernardo Pimentel Souza.<sup>[13]</sup>

Segundo Cássio Scarpinella Bueno,

O interesse recursal precisa ser analisado a partir de uma visão *retrospectiva* (a sua posição processual *antes* do proferimento da decisão) e *prospectiva* (a posição processual que poderá alcançar com a modificação da decisão que lhe causa algum gravame). É da vantagem processual resultante da comparação destes dois momentos processuais que decorre o interesse recursal.<sup>[14]</sup>(destaques no original)

Em não estando presente esse binômio, o recurso deverá ser inadmitido.

Portanto, o interesse recursal nada mais é que a transposição, para o campo dos recursos, do interesse de agir – ou processual – entendido como condição da ação e que deve estar presente durante toda a marcha do processo.

Conforme explicado, os fundamentos (os motivos) da sentença e a verdade dos fatos nela estabelecida não ingressam sob a coisa julgada material, mas somente seu comando, na medida em que declara a existência ou não do direito ou da relação jurídica material.

Nesse quadro, a rigor, não seria de se cogitar interesse do réu em censurar a sentença somente a partir de seu fundamento, que não se tornaria imutável.

Todavia, é preciso ter em mente que o interesse recursal é a projeção, para o campo dos recursos, do interesse processual, consoante exposto em linhas volvidas. Significa, pois, que o litigante, com o recurso, poderá ser agraciado com vantagem prática a qual não seria, por outro modo, lhe contemplada, não fosse pelo inconformismo.

Sob esse raciocínio, o recurso que visa alterar o fundamento da sentença de improcedência nas ações de tutela transindividual de direitos produz, em hipótese, inegável consequência prática favorável ao réu, eis

que poderá resultar em coisa julgada material, afastando a possibilidade de repositura da demanda.

Nesse caso, porém, em função da proibição da *reformatio in pejus*, o julgamento do recurso não pode resultar na procedência da demanda, mas, no máximo, na alteração do fundamento da improcedência.

## 5. CONCLUSÕES

Ante a problemática exposta, deve ser objeto de maior atenção a necessidade de que o dispositivo das sentenças judiciais, apesar da inexistência de mandamento legal nesse sentido, explicita se o caso permite ou não a repositura de ação coletiva acompanhada de novas provas. De todo modo, malgrado ausente essa informação, quando decorrer da interpretação do fundamento da sentença que a improcedência se deveu à escassez ou inexistência de provas, deve ser reconhecido interesse recursal ao réu, desde que o pedido veiculado no inconformismo pretenda alterar a motivação da improcedência.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ANDRADE, Adriano [et al]. **Interesses Difusos e Coletivos Esquemático**. São Paulo: Método, 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023/2002**. Informação e documentação – Referências – Elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520/2002**. Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em 02 nov. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [Recurso Especial n. 1.302.596-SP](#). **Recorrente: Instituto Brasileiro de Defesa da Qualidade de Vida e do Meio Ambiente para as Futuras Gerações**. Recorrido: Merck Sharp e Dohme Farmacêutica Ltda e outro. **Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Relator para acórdão: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2015**. Brasília, 2017. Acesso: 01 nov.2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**.4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DESTEFENNI, Marcos. **Direitos Transindividuais em Espécie**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DESTEFENNI, Marcos. **Manual de Processo Civil Individual e Coletivo**.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JR. ZANETI, Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Sentenças Coletivas, Coisa Julgada e o Princípio do Non Bis In Idem**.14.03.2014. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/artigos/261-artigos-mar-2014/6424-sentencas-coletivas-coisa-julgada-e-o-principio-do-non-bis-in-idem>>. Acesso em 16 nov. 2017



MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único.3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**.9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NOTAS:

[1] DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi In: ALVIM, Angélica Arruda et al (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 503-504.

[2] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único.3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.355.

[3] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único.3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.358.

[4] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único.3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.357.

[5] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único.3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, pp.357-8.

[6] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único.3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.356.

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [REsp 1.302.596-SP](#). **Recorrente: Instituto Brasileiro de Defesa da Qualidade de Vida e do Meio Ambiente para as Futuras Gerações**. Recorrido: Merck Sharp e Dohme Farmacêutica Ltda e outro. **Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Relator para acórdão: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2015**. Brasília, 2017. Acesso: 01 nov.2017.

[8] JR. ZANETI, Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p.397.

[9] Excepcionam essa regra o art.103 §2º do CDC, que admite que os indivíduos que tenham ingressado como litisconsortes na ação que tutela direitos individuais homogêneos não possam mais propor ações individuais em caso de improcedência do pedido coletivo, bem como o art. 104 do CDC, que estabelece, aos autores de ações individuais que não tenham requerido a suspensão dos seus processos respectivos quando notificados da ação coletiva, a prevalência da coisa julgada formada no processo individual, independentemente do desfecho da demanda coletiva.

[10] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Volume Único.3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.358.

[11] MACEDO, Elaine Harzheim. **Sentenças Coletivas, Coisa Julgada e o Princípio do Non Bis In Idem**.14.03.2014. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/artigos/261-artigos-mar-2014/6424-sentenças-coletivas-coisa-julgada-e-o-princípio-do-non-bis-in-idem>>. Acesso em 16 nov. 2017

[12] BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*.4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5, pp.74-75.

[13] SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**.9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.127.

[14] BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*.4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5, p. 75.

## RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS EM CRIMES AMBIENTAIS

**LOURRANNA MACHADO SALES:**  
ACADÊMICA DE DIREITO DA  
FACULDADE SERRA DO CARMO.

**ANTÔNIA MARIA DA SILVA**  
(Orientadora)<sup>[1]</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo abordar acerca de crimes ambientais, com proeminência na responsabilidade penal das pessoas jurídicas pela prática de tais delitos. Para tanto, parte-se da conceituação do Direito ambiental como o conjunto de normas que disciplina as atividades humanas praticadas contra o meio ambiente, contextualizando a preocupação com o meio ambiente diante dos graves acidentes ambientais provocados por causas naturais e pela exploração desenfreada do ser humano. Trilha também pelo direito do meio ambiente constitucionalizado pela Constituição Federal de 1988, apesar de já existir legislação infraconstitucional, a Lei 6.938/1981- Política Nacional do Meio Ambiente, que se preocupou em estipular e definir a responsabilidade do agente causador dano ambiental, sem, no entanto, imputar responsabilidade à pessoa jurídica pelos danos causados ao meio ambiente, imputação esta elencada no artigo 225 da Lei maior, tendo, posteriormente, a Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) regulamentado as sanções penais e administrativas referentes as condutas lesivas ao meio ambiente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ambiental; Meio ambiente; Crime; Pessoa jurídica.

**ABSTRACT:** This article aims to address environmental crimes, with prominence in the criminal responsibility of legal entities for the practice of such crimes. To do so, we start with the concept of environmental law as the set of rules that govern human activities against the environment, contextualizing the concern for the environment in the face of serious environmental accidents caused by natural causes and the unbridled exploitation of the human being . It also tracks the right of the environment constitutionalised by the Federal Constitution of 1988, although there is already infraconstitutional legislation, Law 6.938 / 1981- National Policy of

the Environment, which was concerned with stipulating and defining the liability of the agent causing environmental damage, however, imputing responsibility to the legal entity for damages caused to the environment, attribution is listed in article 225 of the larger law, and subsequently Law 9605/98 (Law on Environmental Crimes) regulates penal and administrative sanctions relating to harmful conduct to the environment.

**KEYWORDS** environmental law; environment; crime; legal person.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais. 2. Aspectos Jurídicos da Pessoa Jurídica 3. Da Abordagem Constitucional Da Imputação Penal da Pessoa Jurídica nos Crimes Ambientais. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

---

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A natureza e conseqüentemente o meio ambiente sempre fizeram parte na vida do ser humano e de todos os seres vivos que fazem parte desse sistema, no entanto desde os primórdios o planeta vem sofrendo grandes mudanças conhecidas como acidentes ambientais naturais.

Nesse sentido, a preservação do Meio Ambiente vem ganhando espaço cada vez mais, tanto na mídia, como nos debates acadêmicos, políticos, científicos e também na educação de base infantil. É um tema que envolve o mundo.

Como o conteúdo envolve o interesse de todo o globo terrestre, o Brasil, país que abriga a maior biodiversidade do planeta, segundo o Ministério do Meio Ambiente, é nação que tem interesse no assunto, tendo o ordenamento jurídico brasileiro editado normas a respeito do direito à biodiversidade. Contudo foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que o meio ambiente passou a ser um bem constitucionalmente tutelado.

Com a constitucionalização do meio ambiente como bem de uso comum do povo, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, § 3º, trouxe mais uma novidade que até então era questão de divergências

doutrinarias. O referido artigo previu que, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Desta forma, o direito constitucional brasileiro permite que as pessoas jurídicas sejam responsabilizadas penalmente pelas práticas lesivas ao meio ambiente.

Tendo em vista a grande repercussão causada pela novidade trazida pela Constituição Federal, impõe-se analisar o tal fenômeno político, social e judicial que a ele sobreveio, uma vez que a responsabilização penal da pessoa jurídica – objeto deste estudo –, trouxe grandes mudanças e novidades para a aplicação das penas e sanções penais.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves afirma que, a palavra “direito” é usada na acepção comum, para designar o conjunto de regras com que se disciplina a vida em sociedade, regras essas que se caracterizam pelo *caráter genérico*, concernente à indistinta aplicação a todos os indivíduos, e *jurídico*, que as diferencia das demais regras de comportamento social e lhes confere eficácia garantida pelo Estado. (2015, p. 20).

Segundo Wellington Pacheco Barros o direito ambiental tem como objeto o estudo e a proteção do meio ambiente, cuja denominação representa o próprio objeto a proteger, tanto que também é chamado de direito do meio ambiente (2008 p. 121).

Preceitua ainda Wellington Pacheco Barros que a história da humanidade é pontuada de acidentes ambientais significativos, alguns deles tão importantes que mudaram o rumo na vida na terra. No entanto, estes acidentes não aconteceram por intervenção humana. Foram fatos da natureza. (Barros, 2008 p.03).

Portanto, como se pode notar o direito é um conjunto de regras que regulamenta o convívio social no meio ambiente que o ser humano se encontra.

Assim, a preocupação com o meio ambiente surgiu por causa dos acidentes ambientais, acidentes estes que no decorrer dos tempos não tinham como causa apenas o fator natural, mas intervenções humanas que causavam graves acidentes na busca de um desenvolvimento industrial sem limites.

Tais fatos, associado a uma degradação ambiental crescente, consequência do impacto do crescimento econômico, levou o Estado a se preocupar com a necessidade de criar organismos políticos e estruturas jurídicas para proteger este bem pertencentes às atuais e futuras gerações.

Certamente, a partir dessa preocupação surgiu a implementação de normas jurídicas com o claro objetivo de proteger o meio ambiente, como,

Segundo Paulo de Bessa Antunes só se pode saber o que é direito ambiental após se saber o que é direito e o que é direito ambiental, (2015, p. 05)

O artigo 3º, I, da Lei nº 6.938/81- Política Nacional do Meio Ambiente, define o meio ambiente como:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Tal conceito de meio ambiente foi recepcionado na Constituição Federal de 1988, ao assegurar, no art. 225, 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.



Ademais é imperioso mencionar que a Lei maior tutela não só o meio ambiente natural como também o artificial, o cultural e o do trabalho.

Assim a definição de meio ambiente, não é de fato algo certo, é um conceito amplo e indeterminado.

## **2. ASPECTOS JURÍDICOS DA PESSOA JURÍDICA**

Para Carlos Roberto Gonçalves, a pessoa jurídica consiste num conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica própria e constituída na forma da lei, para a consecução de fins comuns (2015, p. 218).

No entanto, é imperioso mencionar que o conjunto de pessoas e de patrimônios não são fatores determinantes para a criação da pessoa jurídica, pois é indispensável que as pessoas envolvidas tenham a verdadeira intenção de se associar, cuja vontade humana materializa-se no ato de constituição, devendo ser escrito, ou seja, a pessoa deve ter a intenção psíquica de se associar e tal intenção deve ser materializado de forma escrita.

Portanto, a pessoa jurídica é um ente coletivo formado por pessoas com vontade de se associar e de patrimônios, com personalidade jurídica própria, onde busca-se alcançar determinada finalidade, tendo autonomia para adquirir direitos e assumir obrigações, observando o ordenamento jurídico atinente à mesma.

Quanto à sua natureza jurídica existem diversas teorias, porém duas teorias se destacam para a doutrina. A primeira é a teoria negativista, que nega a existência da pessoa jurídica como sujeito de direito autônomo. A segunda é a teoria afirmativista, que se subdivide em teoria da ficção e teoria da realidade, que procura explicar o fenômeno pelo qual um grupo de pessoas e patrimônio cria a pessoa jurídica dotada de personalidade própria e autonomia.

A teoria da ficção é um desdobramento da teoria afirmativista, criada por SAVIGNY. Tal teoria parte da premissa que a pessoa jurídica é uma

criação artificial da lei, um ente fictício, pois somente a pessoa física é titular de direitos, não sendo muito aceita pelos estudiosos, uma vez que barrava na existência do próprio Estado como pessoa jurídica.

A teoria da realidade também se encontra dentro da teoria afirmativista. Representa uma tese contra a teoria da ficção.

Para a teoria da realidade as pessoas jurídicas são reais, possuindo existência própria e não abstração como afirma a teoria da ficção, se subdividindo em três teorias: a teoria da realidade objetiva, a teoria da realidade jurídica e a teoria da realidade técnica.

A teoria da realidade objetiva, sustenta Carlos Roberto Gonçalves, que a pessoa jurídica é uma realidade sociológica, ser com vida própria que nasce por imposição das forças sócias (2015, p. 220).

A teoria da realidade jurídica, possui HAURIOU como defensor, parte da premissa de que as pessoas jurídicas são organizações sócias destinadas a serviços e por esse motivo são personificadas, acreditando que a personificação parte da análise social e não da vontade humana.

A teoria da realidade técnica, segundo Francielle Rodrigues de Souza, em seu artigo intitulado “A Responsabilidade Penal Da Pessoa Jurídica Nos Crimes Ambientais”, é uma vertente mais moderna e moderada, se posicionando entre a teoria da ficção e a teoria da realidade objetiva, pois reconhece a existência real da pessoa jurídica, mas reconhece sua personalidade sendo conferida pelo Direito, visto que sua personificação é uma construção técnica jurídica. Admite-se, portanto, que tenham capacidade jurídica própria para atender os anseios sociais. (Souza, 2012 p.13).

Nesse sentido, a teoria da realidade técnica é a que melhor explica o fenômeno da pessoa jurídica, sendo a adotada pelo direito brasileiro, como se depreende do artigo 45 do Código Civil, que demonstra a personificação da pessoa jurídica como construção técnica jurídica, passível de ser sujeito de responsabilização:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

### **3. DA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DA IMPUTAÇÃO PENAL DA PESSOA**

#### **JURÍDICA NOS CRIMES AMBIENTAIS**

Nos últimos anos, movido pela desenfreada agressão e exploração do meio ambiente, o legislativo brasileiro viu-se obrigado a criar diversas normas de proteção e preservação do meio ambiente.

É importante citar que, no Brasil já existiam leis de proteção ambiental antes da promulgação da Constituição federal de 1988, tais como Lei 4.771/65 - Código Florestal, Lei 5.197- Código de Caça, Lei 6.766/1979 - Lei do Parcelamento do Solo Urbano, Lei 6.938/1981 - política e o Sistema Nacional do Meio Ambiente, Lei 7.347/1985 - Lei da Ação Civil Pública, entre outras.

Mas foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que se deu um impulso no direito ambiental, sem deixar margem interpretativa a possibilidade da imputação penal às pessoas jurídicas.

Assim, o artigo 225, §3º, da CF diz que:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Ademais, temos ainda o art. 173 § 5º trazendo o a seguinte previsão:

A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a

responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contraordem econômica e contra a economia popular.

Tendo a constitucionalização expressado autorizado a aplicação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a Lei 9.605/98- Lei dos Crimes Ambientais regulamentou a vontade do constituinte, legislando sobre um assunto, até então, polêmico, como a responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais.

Nesse sentido, prevê o artigo 3º da Lei 9.605/98:

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Nesse contexto, analisando o dispositivo de lei citado acima, pode-se notar que para a caracterização da imputação da pessoa jurídica deve ser necessário a conjugação de dois elementos importantes.

- (i) A infração deve ser cometida por decisão do representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado;
- (ii) A infração deve ser cometida no interesse ou benefício da entidade.

Desse modo, para que a pessoa jurídica seja responsabilizada penalmente pelo crime ambiental deve-se levar em consideração esses dois elementos, ou seja, que a decisão do ato delituoso tenha sido tomada pelo legítimo representante da pessoa Jurídica e de ter sido o ato delituoso praticado em benefício ou interesse da pessoa jurídica.

Não importa se o ato ilícito traga vantagem econômica, o que importa é se de alguma forma a pessoa jurídica tirou algum proveito da situação.

Ademais, a Lei 9.605/98 separou os crimes ambientais segundo os objetos de tutela: crimes contra a fauna (artigos 29 à 37); crimes contra a flora (artigos 38 à 53); poluição e outros crimes (artigos 54 à 61); crimes contra o Ordenamento Urbano e Patrimônio Cultural (artigos 62 à 65) e crimes contra a administração ambiental (artigos 66 à 69).

Assim, as pessoas jurídicas que praticarem ações que firam algum desses artigos da referida lei, serão responsabilizadas penalmente. As penas aplicadas as pessoas jurídicas pela prática de crimes de natureza ambiental encontram reguladas pela mesma lei, que prevê três tipos de pena, conforme dispõe seu art. 21:

Art. 21 – As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º são:

I – Multa;

II – Restritivas de direitos;

III – prestação de serviços à comunidade.

A pena de multa também conhecida como pecuniária, é de mais fácil aplicação. É a pena por excelência para a punição das pessoas jurídicas. Tal pena não foi regulamentado pela Lei nº 9.605/98. Desse modo, o art. 18 da referida lei expôs que a multa será calculada segundo os critérios do Código Penal, sendo que, se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida.

Nesse sentido, o artigo 49 da Lei [nº 2.848/40](#) (código Penal) diz que:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior

salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária

Contudo, a aplicação e eficácia das penalidades pecuniárias são fatos questionáveis pela doutrina, uma vez que pessoas jurídicas de alto poder econômico e financeiro, não têm o condão de intimidar o agente agressor do meio ambiente, causando apenas um descontentamento, ficando o meio ambiente poluído, degradado e prejudicando a sobrevivência daqueles que ali habitam.

Exemplo disso, ocorreu na cidade de Palmas/TO, quando o acidente causado por veículo da empresa Medeiros e Cabral Ltda., na Quadra 207 Sul, cruzamento da Avenida NS 09 com a Avenida LO 03, em 2012, veículo este que transportava 44 mil litros de biodiesel. Com o acidente, houve o derramamento no asfalto da mercadoria transportada, que escoou pelo bueiro, chegando ao lago de Palmas/TO, atingindo a Usina Hidrelétrica Luiz Eduardo Magalhães, provocando a interdição da Praia da Graciosa. A pessoa jurídica causadora do dano ambiental à população foi condenada com multa no valor de 15 salários mínimos, o equivalente a R\$ 11.820 (onze mil oitocentos e vinte reais) na época, que foi revertida em prol do Instituto Natureza do Tocantins – NATURATINS.

Depreende-se do caso concreto, que a aplicação de multa de baixo valor ou valores proporcionais conforme o poder aquisitivo e financeiro da pessoa jurídica, não previne, e sobretudo, não repara o dano causado ao meio ambiente e conseqüentemente aos seres que ali habitam.

Nesse sentido, para que as pessoas jurídicas sejam, de fato responsabilizadas pela prática do crime, através de multa, o valor deve ser significativo para evitar a reincidência em crimes dessa natureza, uma vez que o lucro pela prática criminosa é bem mais vultuoso que a multa paga como pena, devendo, para maior eficácia na pena pecuniária, alterar o valor da condenação de multa, tendo como parâmetro a Lei nº



12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, que, no artigo 6º, inciso I da referida lei prescreve:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

Dessa forma, o valor majorado até 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da pessoa jurídica seria uma pena justa e eficaz para punir a pessoa jurídica, visto que um valor alto evitaria a reincidência ao crime, porquanto várias punições dessa natureza poderão pôr em risco a sobrevivência da pessoa jurídica.

Já as penas restritivas de direito, dispostas no artigo 22 da Lei de Crimes Ambientais, ao contrário da multa, possuem uma maior complexidade.

Dispõe o seu artigo 22:

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

É certo que as penas restritivas de direito são mais drásticas que o simples desembolso de quantia para pagamento de multa.

Nessa perspectiva, as penas restritivas de direito podem prejudicar a sobrevivência da pessoa jurídica, uma vez que com a suspensão de suas atividades deixa de produzir e conseqüentemente de lucrar.

A suspensão parcial ou total de atividades da pessoa jurídica será aplicada quando normas de proteção do meio ambiente forem descumpridas. Importante frisar que a Lei não menciona o limite de tempo da suspensão, ficando a mercê do juiz fixar o tempo conforme a complexidade do caso.

A interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade, é admissível nos casos em que ocorre o funcionamento da pessoa jurídica sem a devida autorização ou nos casos em que haja o funcionamento em desacordo com a autorização obtida, bem como quando houver desobediência de disposição legal.

A pena de interdição temporária, parte da necessidade de findar de mediato a prática de ato ilícito que vem sendo realizado pela pessoa jurídica.

A proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, doações entre outros benefícios, deve ser de no máximo cinco anos no caso de crimes dolosos e de três anos no de crimes culposos, conforme com o artigo 10 da Lei 9.605/98. Ademais, conforme dispõe o §3º do art. 22, a proibição não poderá exceder o prazo de dez anos.

A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter auxílio e doações é algo que deveria ocorrer frequentemente, uma vez que é inaceitável que o Poder Público se envolva com pessoa jurídica que agride o meio ambiente e pratique crimes ambientais tipificados em Lei.

O artigo 23 da Lei 9.605/98 regulamenta a pena de prestação de serviços à comunidade, penas estas que consistem no custeio de programas e de projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas. Pena esta justa e necessária, uma vez que não basta unicamente punir a pessoa jurídica, mas também reparar os danos causados e conseqüentemente educar a pessoa jurídica, mostrando na prática o quanto é trabalhoso e dificultoso restaurar os danos ambientais.

Ademais, é imprescindível comentar sobre a pena da liquidação forçada da pessoa jurídica, disposta no artigo 24 da Lei de Crimes Ambientais que afirma o seguinte:

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Tal dispositivo de lei se refere aquelas pessoas jurídicas criadas unicamente para a finalidade de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crimes de natureza ambiental previstos na Lei 9.605/98.

Assim, com base no dispositivo supracitado, caso a investigação de fato comprove a atuação criminosa da pessoa jurídica, será decretada a

sua liquidação forçada. Nesse sentido, a pena de liquidação forçada é sem dúvida nenhuma a mais grave de todas as penas.

Ademais todo o patrimônio da pessoa jurídica será considerado instrumento do crime, com destinação ao Fundo Penitenciário Nacional, representando tal penalidade, pena de morte, pois sua liquidação forçada se equivale a esta (Reis. 2011).

Nesse sentido, a doutrina defende a ideia de que a pena de liquidação forçada deve ser aplicada somente em último caso diante de seu rigor.

Aas penas aplicáveis às pessoas jurídicas pela pratica de crimes ambientais são justas e necessárias para punir as práticas criminosas de natureza ambiental.

No então é relevante ressaltar que a pena de multa ou prestação pecuniária aplicada por excelência contra as pessoas jurídicas em crimes ambientais deve, para maior eficácia da punibilidade, ter um valor pecuniário mais alto, pelos motivos já expostos.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nos últimos anos a indignação popular, movido pela desenfreada agressão e exploração do meio ambiente, exploração esta causada principalmente por pessoas jurídicas, levou o legislativo a criarem diversas normas de proteção e preservação do meio ambiente, havendo uma constante evolução do Direito Ambiental.

Com a evolução do Direito Ambiental, o meio ambiente se tornou um direito fundamental, devidamente constitucionalizado pela Carta Magna de 1988, deixando bem nítido, em seu artigo 225 §3º, a possível condenação penal da pessoa jurídica, não havendo margem interpretativa a possibilidade da imputação penal.

A Lei 9.605/98 também trouxe as sanções penais aplicadas aos casos em que há o cometimento dos crimes tipificados por ela, quais seja, a pena de multa, penas restritivas de direitos e prestação de serviços à

comunidade, sendo também considerada a liquidação forçada que vem a ser equiparada a pena de morte para o CNPJ.

Portanto, a legislação pátria admite a responsabilidade penal das pessoas jurídicas quanto aos crimes ambientais tipificados, devendo as penas serem aplicadas adequadamente.

No caso da aplicação da sanção penal prevista no art. 21, inciso I da Lei 9.605/98, esta deverá ser aplicada para as pessoas jurídicas de acordo com o que dispõe a Lei 12.846/13, uma vez que, o valor majorado até 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da pessoa jurídica, além de punir, evita a reincidência à prática de crime de natureza ambiental.

## 6. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 17 ed. São Paulo:Atlas,2015

BARROS, Wellington Pacheco. Curso de direito ambiental. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 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: 27 de outubro de 2017.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm) >. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

BRASIL. Código Penal Brasileiro, [decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#). Disponível em : < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,conceitos-e-preceitos-da-conducao-coercitiva-para-inqueritos-policiais,590045.html> >. Acesso em: 21 de novembro de 2017.

BRASIL. Lei de Crimes Ambientais. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm) >. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

BRASIL. Política Nacional do Meio Ambiente. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm) >. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei anticorrupção. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em 21 de novembro de 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso De Direito Ambiental Brasileiro. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva 2015.

QUEIROZ, Cristiano Avelino de. Da Responsabilidade Penal Das Pessoas Jurídicas Nos Crimes Ambientais: Um Estudo Sob o Prisma da Teoria da Imputação Subjetiva. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/25845705/daresponsabilidade-penal-das-pessoas-juridicas--nos-crimes-ambientais---um-estu> >. Acesso em 25 de outubro de 2017.

REIS, Rômulo Rezende. A Responsabilidade Penal Das Pessoas Jurídicas e a Lei Dos Crimes Ambientais. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/21661822/romulo-resende-reis---a-responsabilidade-penal-das-pessoas-juridicas-e-a-lei-dos> . Acesso em 25 de Outubro de 2017.

SOUZA, Francielle Rodrigues de. A Responsabilidade Penal Da Pessoa Jurídica Nos Crimes Ambientais. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/20803244/responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica> . Acesso em 25 de outubro de 2017.



TRF1.Juiz Federal do Estado do Tocantins. Ação Penal - Procedimento Ordinário, 0006003-84.2012.4.01.4300. Ministério Público Federal, Medeiros e Cabral Ltda, Ivanilton Rodrigues Borges. 24/06/2013.

NOTA:

[1] Antônia maria da silva, Mestre em Direito Agrário pela UFG-2013, Especialista em Direito Tributário pela Unisul-2009, Especialista em Direito Notarial e Registral pela Candido Mendes-2017, Auditora Federal de Controle Externo do TCU desde 2004, Professora de Direito Tributário da Faculdade Serra do Carmo e professora da IFTO desde 2014.

## **A ISONOMIA ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS E EMPREGADOS DO SETOR PRIVADO NO QUE SE REFERE AO DIREITO DE GREVE E AO RECEBIMENTO DE SALÁRIO**

**MARIANA BARBOSA DA SILVA UHLEMANN:**  
bacharelanda da faculdade Serra do Carmo de  
Palmas-Tocantins.

**ANTÔNIA MARIA DA SILVA**

**(Orientadora)[1]**

**RESUMO:** O presente artigo aborda a temática da greve de servidor público, tendo como delimitação a isonomia entre servidores públicos e particulares no que se refere ao direito de greve e ao recebimento de salário, que na contemporaneidade foi objeto de mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema. O objetivo é analisar se o desconto do salário dos servidores grevistas, pelos dias paralisados, não configuraria motivo suficiente para impedir o direito de greve em si. O método de pesquisa utilizado para a realização do estudo foi o estudo bibliográfico, sendo pesquisado em doutrinas e na jurisprudência da Corte Constitucional. A hipótese da problemática inicialmente apresentado foi a de que os servidores públicos devem ter o ponto cortado em caso de greve, devido ao fato de que a greve prejudica o interesse da coletividade, e afasta o princípio da supremacia do interesse público. Dessa forma, o servidor público grevista só não terá o dia paralisado descontado, se for provado que o motivo da greve é por culpa do próprio poder público, tornando, com esse comportamento, a greve legítima.

**PALAVRAS-CHAVE:** Greve; Servidor Público; Recebimento de salário na greve; Paralisação.

**ABSTRACT:** This article deals with the issue of the public servant strike, having as a delimitation the isonomy between civil servants and private individuals with regard to the right to strike and the receipt of salary, having been, at the present time, object of change in the understanding of the Supreme Court Federal (STF) on the subject. The objective is to analyze whether the salary discount of the striking servers, for the paralyzed days,

would not constitute sufficient reason to prevent the right to strike itself. The research method used to carry out the study was the bibliographic study, being investigated in doctrines and in the jurisprudence of the Constitutional Court. The hypothesis of the problem initially presented was that public servants should have the cut point in case of strike, due to the fact that the strike damages the interest of the collectivity, and the principle of supremacy of the public interest must prevail. In this way, the striking public servant will not have the day paralyzed discounted, if it is proved that the reason for the strike is due to the public power itself, making, with this behavior, the legitimate strike.

**KEYWORDS:** Public Server Strike; receipt of salary; stalled.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2. Do direito de greve dos servidores públicos. 2.1. Dos serviços e servidores públicos. 2.2. Do princípio da continuidade do serviço público. 3. Da greve e do desconto de dias não trabalhados. 4. considerações finais. 5. Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho aborda-se se podem os servidores públicos, de maneira legítima e dentro dos parâmetros legais, ao exercerem o direito de greve previsto na Constituição da República, não sofrerem, em decorrência dos dias de paralisação, descontos de seus salários, conforme acontece com empregados de empresas privadas.

O artigo foi dividido em 3 seções. A primeira – Introdução - traz a contextualização do direito de greve. A segunda trata do direito de greve dos servidores públicos. O terceiro da greve e dos descontos dos dias não trabalhados, além das considerações finais.

Tal sistemática permitirá a abordagem do tema de forma clara e objetiva do problema anteriormente proposto.

A palavra GREVE, tem origem francesa (*GRÈVE*), que significa cascalho. Em Paris havia o rio Sena: antes de haver a canalização, quando era época de cheias, eram depositados gravetos e cascalhos em uma praça, onde foi denominada de *Place de Grève*. Nesta praça os operários se reuniam, para procurar trabalho. Também os que trabalhavam se encontravam quando estavam descontentes com as condições de trabalho, para discutirem uma hipótese de paralisação, quando chegavam ao ponto de paralisarem, se reuniam nessa mesma praça para tal ato.

As paralisações trabalhistas começaram a ser regulamentadas no final do século XVIII. Em sua história a nível mundial, foi cronologicamente considerada um delito, principalmente no sistema corporativo. Depois passou a liberdade, no Estado Liberal e, posteriormente, a direito, nos regimes democráticos (MARTINS, 2016, p. 1233), tendo sido considerado um delito no direito romano, época na qual não era permitido a reunião dos obreiros, nem sua associação.

Na Inglaterra e na França, a greve era considerada um crime. Somente em 1825, na Inglaterra, e em 1864, na França, a legislação descriminalizou a simples paralisação. Na Itália, a greve foi considerada como um direito no ano de 1947.

No Brasil, a trajetória da greve tem como marco fundamental a afirmação da relação de emprego como vínculo sócio-jurídico importante no sistema econômico-social do Brasil. Esse marco é firmado pela extinção da escravatura em 1888, que tornou a relação empregatícia a modalidade central de vinculação do trabalho ao sistema socioeconômico.

Em torno desse período, surge o primeiro diploma legal que se refere à greve: o antigo Código Penal de 11 de outubro de 1890 (Decreto n. 1.162, de 12-12-1890), que tipificava a greve e seus atos como ilícitos criminais.

No panorama histórico brasileiro, o primeiro grande movimento grevista ocorreu no ano de 1891, em São Paulo, cuja reivindicação consistia em que houvesse uma jornada de trabalho de 8 horas, e que

tivesse a proibição de trabalhos no período noturno para mulheres e menores.

Em 1938, o Decreto-lei 431 tipificou a greve como crime, quanto a incitamento dos funcionários públicos à paralisação coletiva dos serviços; induzimento de empregados à cessação ou suspensão do trabalho e à paralisação coletiva por parte dos funcionários.

Já o Código Penal de 1940, considerava crime, em seus artigos 200 e 201, a paralisação do trabalho, caso houvesse perturbação da ordem pública ou se fosse contrária aos interesses públicos.

Nesse período, mesmo havendo a proibição constitucional, o Decreto-lei 9.070/1946, admitiu a greve nas atividades acessórias, vedando-a nas atividades fundamentais.

Posteriormente, a Carta Magna de 1967 considerou em seu artigo 158, inciso XXI, que não era permitida a greve em serviços públicos, e no artigo 157, § 7º, também proibia a greve para as atividades essenciais. A Emenda Constitucional nº 1/1969, por sua vez, vedava, no artigo 162, a greve nos serviços públicos e atividades essenciais definidas em lei.

Em 1978, foi editado o Decreto-lei nº 1.632, que tratava da proibição da greve em serviços públicos e atividades essenciais. O decreto trazia enumerado quais seriam os serviços essenciais, como por exemplo (água e esgoto, hospitais, ambulatórios, transportes, energia elétrica, entre outros). Caso houvesse greve em algumas das atividades essenciais, incumbia-se ao Ministério do Trabalho declarar a ilegalidade da greve.

A Lei nº 6.620/1978 definiu os crimes contra a segurança nacional, estabelecendo a punição ao incitamento à paralisação de serviços públicos e à cessação coletiva do trabalho pelos funcionários públicos (MARTINS, 2016, p. 1236).

Somente a Constituição Republicana de 1988 principiou a disciplinar a greve como direito do servidor público. O artigo 37, incisos VI e VII, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 19,

assegurou ao servidor público o direito à livre associação sindical e o direito de greve (DI PIETRO, 2014, p. 634).

Assim, a atual Constituição traz em sua redação no artigo 37, VII que o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. Acontece que essa lei nunca foi criada, trazendo prejuízo aos servidores concernente à prática de seu direito Constitucional garantido.

## **2. DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

### **2.1. DOS SERVIÇOS E SERVIDORES PÚBLICOS**

O Serviço Público é direcionado por dois sentidos: um amplo e um estrito. Edmir Netto de Araújo traz as definições dos sentidos amplo e do estrito:

(...) A conceituação **ampla** de serviço público, a mais abrangente e genericamente possível, como “toda atividade exercida pelo Estado, através de seus Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) para a realização direta ou indireta de suas finalidades”, no que somos acompanhados por autores estrangeiros e por boa parte dos autores brasileiros.

No sentido **estrito**, serviço público é todo aquele que o Estado exerce direta ou indiretamente para a realização de suas finalidades, mas somente pela Administração, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional, sob normas e controles estatais, para satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.

A doutrina majoritária de Direito Administrativo tem uma preferência pelo sentido amplo. Contudo, ambos os conceitos estão certos, o que se muda é apenas a atividade a ser considerada como serviço público.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 699) assim define serviço público:

Serviço Público é, portanto, toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material



destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Nesse sentido, serviço público é considerado uma atividade para satisfazer a coletividade e, pelo fato de ser de grande importância, o Estado tem o dever de assumi-las, mesmo não havendo exclusividade. Ademais, não se pode deixar à livre vontade das iniciativas privadas, por serem essenciais para a população, como por exemplo, água, saúde, educação, entre outros.

Quanto a servidores públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 259) traz a seguinte definição:

(...) todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público.

Dessa forma, são considerados servidores públicos aqueles que possuem um vínculo com o Estado em forma de relação de Trabalho, sendo de natureza profissional.

## 2.2. DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

O direito público possui como escopo principal o resguardo aos interesses da sociedade como um todo, a regência das relações entre esta e o Estado e dos liames jurídico-obrigacionais dos órgãos estatais e entidades entre si. Ampara o interesse público, somente atingindo ações individuais de maneira mediata ou automática.

É propriedade acentuada do direito público a distinção nas relações jurídicas por ele amparadas, apresentando à luz a preponderância do interesse público sobre os interesses particulares. O alicerce desse desequilíbrio, deste modo, é a noção de que os anseios da coletividade devem sobressair-se aos interesses privados.

Portanto, quando a Administração Pública atua na conservação do interesse público, faz jus a determinados atributos que a colocam em estado jurídico de superioridade perante o particular, claramente, em compasso com a lei.

Entretanto, como explica Maria Silvia Zanella Di Pietro (p. 103, 2017), se por um lado a Constituição da República confere ao Estado prerrogativas alheias aos particulares (como o Poder de Polícia previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional), a fim de que este possua poderes bastantes para perseguir os interesses coletivos (Princípio da Supremacia do Interesse Público), por outro lado, e em nome desse mesmo objetivo de natureza pública, a Carta Magna limita a atuação da Administração Pública para que não abandone ou se desvie da sua finalidade constitucional (Indisponibilidade do Interesse Público). A junção dos poderes conferidos com as limitações impostas compõe o chamado Regime Jurídico Administrativo.

Como a atuação do Estado se externa pelas condutas dos Agentes Públicos, estes, conseqüentemente, possuem poderes e limitações impostas pela Constituição e a Lei. Uma das limitações é o que se denomina de Princípio da Continuidade do Serviço Público.

Os serviços públicos, dadas a sua natureza e relevância de atividades propriamente administrativas executadas sob regime jurídico de direito público, não devem ser interrompidos, uma vez que buscam atender aos anseios dos indivíduos em determinados setores sociais.

A respeito desse princípio, ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo (2017, p. 264):

Abrange, assim, a prestação de serviços públicos em sentido estrito – prestações que representem, em si mesmas, utilidades materiais fruíveis diretamente pela população em geral, efetuadas diretamente ou por meio de delegatários, o exercício do poder de polícia, as atividades de fomento e a intervenção. Ficam excluídas, por outro lado, a atuação do Estado como agente econômico em sentido estrito ("Estado empresário"), a atividade política de governo (formulação de políticas públicas), a atividade legislativa e a atividade jurisdicional.

Com isso, nota-se que o supracitado princípio está intimamente ligado ao princípio da eficiência, expressamente mencionado no art. 37, *caput*, da Constituição da República, de alteração introduzida pela Emenda Constitucional Nº. 19/1998, relativa à reforma do Estado.

A obrigatoriedade de que os serviços públicos prestados à coletividade sejam adequados está explícita no art. 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal, tendo a Lei 8.987/1995, reguladora da prestação de serviços públicos sob regime de concessão e de permissão, conceituado serviço adequado como aquele que atende os requisitos nela delineados, dentre os quais se observa o da continuidade.

Desse modo, a aplicação do princípio da continuidade do serviço público impõe restrição a alguns direitos dos prestadores de serviços públicos e dos agentes dispostos a sua prestação. Uma característica peculiar do mencionado princípio é que sua observância é dever não só de toda a administração pública, como também dos particulares incumbidos da prestação de serviços públicos sob regime de delegação, como as permissionárias e concessionárias de serviços públicos.

Em razão da abrangência desse princípio, para alcançar os particulares prestadores de serviços públicos, surge a impossibilidade desse particular prestador de serviço público por delegação interromper sua prestação, ainda que o poder concedente descumpra os termos do

contrato celebrado. Essa restrição é denominada inoponibilidade da "exceção do contrato não cumprido" (*exceptio non adimpleti contractus*).

Como assevera José dos Santos Carvalho Filho (p. 44, 2017), verifica-se que quanto a falar da continuidade do serviço público afeita ao Poder Público está-se a falar da indisponibilidade do interesse público. Em contraponto, quando se fala que o particular prestador de serviço público por delegação deve obrigar-se ao princípio da continuidade, está a falar-se da supremacia do interesse público.

Em suma, o princípio da continuidade do serviço público prevê:

- (i) a necessidade de institutos como a suplência, a substituição e a delegação para preencher as funções públicas temporariamente vagas;
- (ii) a impossibilidade, como anteriormente delineado, a quem contrata com a Administração, de invocar a *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos que possuam como objeto a execução de serviço público;
- (iii) a faculdade conferida à Administração de utilizar as instalações e equipamentos da empresa que com ela contrata, a fins de assegurar a continuidade do serviço;
- (iv) a possibilidade de encampação na concessão de serviço público.

No que pese a obrigatoriedade do princípio da indisponibilidade do interesse público e, conseqüentemente, da continuidade do serviço público, o direito de greve está previsto no artigo 37, inciso VII, da CF, que dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também, ao seguinte:

(...)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

O Supremo Tribunal Federal considerava o supracitado inciso VII como norma de eficácia limitada, ou seja, com a eficácia sobrestada até advento de lei infraconstitucional que regulamentasse a matéria. Durante esse período, os servidores públicos não podiam se valer do direito de greve, mesmo com este expressamente previsto na Carta Magna.

Além do mais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 110) reitera a respeito do direito de greve aos servidores públicos e o princípio da continuidade do serviço público:

(...) essa vedação, que antes se entendia absoluta, está consideravelmente abrandada, pois a atual Constituição, no artigo 37, inciso VII, determina que o direito de greve será exercido “nos termos e nos limites definidos em lei específica”; o STF, na ausência de “lei específica”, decidiu pela aplicação da Lei no 7.783/89; também em outros países já se procura conciliar o direito de greve com a necessidade do serviço público. Na França, por exemplo, proíbe-se a greve rotativa que, afetando por escalas os diversos elementos de um serviço, perturba o seu funcionamento; além disso, impõe-se aos sindicatos a obrigatoriedade de uma declaração prévia à autoridade, no mínimo cinco dias antes da data prevista para o seu início.

Contudo, ao apreciar o Mandado de Injunção 708, o STF decidiu:

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIACÃO NO

ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

(STF - MI: 708 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471).

Com esta decisão, o setor público se submeteu, no que couber, à Lei nº 7.731/1989.

Contudo, a ausência de lei específica sobre o tema traz problemas e divergências, cuja problemática deságua no equilíbrio entre os direitos dos servidores e da manutenção dos serviços públicos a população e a possibilidade de desconto dos dias paralisados, tendo José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 753) assim se pronunciado:

O ideal é que o Poder Público diligencie para que seja logo editada a lei regulamentadora da matéria porque toda a confusão sobre o assunto tem emanado



da lamentável e inconstitucional inércia legislativa. Com a lei, evitar-se-iam os abusos cometidos de parte a parte, abusos estes que acabam respingando sobre quem nada tem a ver com a história – a população em geral – que, a despeito de sua necessidade, permanece sem a prestação de serviços públicos essenciais, como previdência social, assistência médica, educação, justiça, entre outros.

### **3. DA GREVE E DO DESCONTO DE DIAS NÃO TRABALHADOS**

A greve não é um direito absoluto, deve-se respeitar os limites presentes na Constituição Federal e na lei.

A greve é considerada como uma espécie de suspensão do contrato de trabalho, e se existe uma suspensão do contrato de trabalho, não há pagamento dos dias paralisados.

Se houvesse o pagamento dos salários pelos dias paralisados, haveria um intuito dos grevistas de não voltarem a trabalhar, pois os mesmos estariam recebendo sem trabalhar, e o ônus da paralisando cairia somente à empresa.

Assim, caso a greve seja considerada abusiva, não há no que se falar em recebimento de salário pelos dias paralisados. Quando ocorre essa ilegalidade, é porque houve o descumprimento de algum dos requisitos formais que vem estabelecidos na Lei 7.783/89, como não cumprir ao aviso-prévio de greve, deflagrar a greve sem fazer assembleia sindical.

Nesse sentido, ensina Sérgio Pinto Martins (2016, p. 1256):

No tocante ao não pagamento dos dias parados, caso a greve seja considerada abusiva, os salários não devem ser pagos, pois a reivindicações não foram atendidas, nem houve trabalho no período. Não há suspensão do contrato de trabalho se a greve é

exercida de maneira abusiva. Por conseguinte, inexistente direito ao pagamento de salário.

Em que pese o salário ser direito essencial do trabalhador, para poder sobreviver, depende da obrigação do obreiro trabalhar para recebê-lo (MARTINS, p. 895), sendo que na Carta Magna não consta previsão em relação ao pagamento do salário aos grevistas em caso de greve abusiva, nem na legislação infraconstitucional.

Por outro lado, se a paralização não for considerada abusiva, os salários deverão ser pagos, pois o empregador não cumpriu sua parte no contrato de trabalho, nem às regras da Lei nº 7.783/89.

É possível, além disso, haver acordo entre as partes, podendo ocorrer por convenção coletiva ou por determinação da Justiça do Trabalho, para o pagamento durante a greve, circunstância em que não ocorrerá suspensão do contrato de trabalho, mas sim interrupção da relação jurídica trabalhista.

O art. 7º da Lei 7.783/89 não traz regramento para o pagamento dos dias paralisados, deixando essa matéria no âmbito negocial entre as partes. Assim, se houver acordo entre as partes pelos dias parados, havendo sido atendidas ou não as reivindicações do movimento paredista, será perfeitamente lícito o pactuado. Se não houver acordo entre as partes, a Justiça do Trabalho decidirá sobre o não pagamento dos dias paralisados.

Quanto aos servidores públicos, em 27 de outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário 693456 (por 6 votos a 4), decidindo que a administração pública deverá fazer o corte do ponto dos grevistas, deixando a possibilidade da compensação pelos dias paralisados, mediante acordo.

A única possibilidade de não haver o desconto pelos dias paralisados é se a greve tiver sido motivada por conduta ilícita do Poder Público.

Ao final do julgamento foi aprovada a seguinte tese de repercussão geral:

"A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público".

Sendo assim, se não for comprovada a culpa do Poder Público, os grevistas terão o seu ponto cortado, devido ao fato da greve de servidor público prejudicar o interesse da coletividade, devendo prevalecer o princípio da supremacia do interesse público, sendo que o sentido a decisão em limitar o direito à greve é para preservar a continuidade do serviço público.

Por certo que a decisão do STF, diante de ausência de norma regulamentadora específica do direito de greve do servidor público, de solucionar a problemática sobre o desconto na remuneração dos servidores públicos em razão dos dias não trabalhados, quando a greve for considerada legal, buscou restringir tal direito quanto envolver serviços públicos.

Isso porque a manutenção da remuneração dos servidores grevistas cria um estado de impotência do Estado diante da negociação com os trabalhadores, tendo em vista que os servidores não têm pressa em cessar o movimento já que nada tem a perder, pois continuam a receber salários normalmente, sem contraprestação.

É certo que para que não caia a legitimidade da greve, os grevistas do setor público deverão organizar plantões, revezando-se para atender as situações de urgência sem acarretar danos muitos graves ou irreparáveis à coletividade, pois o direito de greve não pode ser superior ao direito da coletividade.

Outrossim, a aplicabilidade da lei de greve geral aos servidores públicos tem como consequência aplicação da regra da suspensão do contrato de trabalho, não havendo prestação nem contraprestação.

Além disso, não se coaduna com o interesse público a remuneração pelo Estado por um serviço que além de não prestado pelo servidor, causou prejuízo à sociedade.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As paralisações trabalhistas só começaram a ser regulamentadas no final do século XVIII.

A greve, em sua história a nível mundial, foi cronologicamente considerada um delito, depois passou a liberdade, e, posteriormente, a direito, nos regimes democráticos. No Brasil, a greve teve como marco fundamental a afirmação da relação de emprego como vínculo sócio jurídico importante no sistema econômico-social.

A Constituição Republicana de 1988 expressamente dispõe a greve como direito do servidor público, tendo, especificamente no artigo 37, incisos VI e VII, assegurado ao servidor público o direito à livre associação sindical e o direito de greve.

O direito de greve do servidor público não foi regulamentado, decorrendo da ausência de lei específica sobre o tema problemas e divergências, cuja problemática deságua no equilíbrio entre os direitos dos servidores e da manutenção dos serviços públicos à população e à possibilidade de desconto dos dias paralisados.

O Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do Recurso Extraordinário 693456, decidiu que a Administração Pública deverá fazer o corte do ponto dos grevistas, deixando a possibilidade da compensação pelos dias paralisados, mediante acordo.

Em relação aos empregados do setor privado, quando a greve é considerada abusiva, não ocorre recebimento de salário pelos dias paralisados, geralmente porque tal possibilidade decorre do descumprimento de algum dos requisitos formais que vem estabelecidos na lei 7.783/89, como não cumprir ao aviso-prévio de greve, deflagrar a greve sem fazer assembleia sindical, sendo que, se a paralização não for considerada abusiva, os salários deverão

ser pagos, pois o empregador não cumpriu sua parte no contrato de trabalho.

Na deflagração da greve pelos servidores públicos, a única possibilidade de não haver o desconto pelos dias paralisados é se a greve tiver sido motivada por conduta ilícita do Poder Público.

Caso não seja comprovada a culpa do Poder Público, os grevistas poderão ter o seu ponto cortado, devido ao fato de a greve de servidor público prejudicar o interesse da coletividade, devendo prevalecer o princípio da supremacia do interesse público.

## 5. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 7<sup>o</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa de 1967**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em 02 out 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em . Acesso em 02 out 2017.

BRASIL. Lei de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em . Acesso em 03 out 2017.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em 12 out 2017.

BRASIL. Lei nº 6.20, de 17 de dezembro de 1978. Disponível em . Acesso em 04 out 2017.

BRASIL. Lei nº 7.731, de 14 de fevereiro de 1989. Disponível em . Acesso em 04 out 2017.

BRASIL. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Disponível em . Acesso em 04 out 2017.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em . Acesso em 04 out 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28º edição. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

Nota:

[1]Antônia Maria da Silva[1] Antônia maria da silva, Mestre em Direito Agrário pela UFG-2013, Especialista em Direito Tributário pela Unisul-2009, Especialista em Direito Notarial e Registral pela Candido Mendes-2017, Auditora Federal de Controle Externo do TCU desde 2004, Professora de Direito Tributário da Faculdade Serra do Carmo e professora da IFTO desde 2014.