

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1087

(Ano XIV)

(18/05/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



**Julgamento sobre revisão da vida toda, foi favorável aos aposentados, mas manobra jurídica suspende a decisão do placar de 6x5.**

*Edson Sebastião de Almeida, 08.*

### ARTIGOS

**Diferenças do método de recrutamento e seleção policial nas agências de inteligência entre o Brasil e os Estados Unidos da América**

*Adyr Martens de Almeida, 23.*

**O Código do Consumidor e sua atuação na publicidade abusiva e enganosa**

*Tainara Rodrigues de Souza, 41.*

**A caracterização da violência obstétrica pelo viés do cerceamento do direito de acompanhante na hora do parto no estado do Tocantins**

*Rute Mota da Paz Pimenta, 50.*

**Violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes durante a pandemia da covid-19 no Brasil**

*Raysla Calixto Póvoa, 78.*

**Os impactos da reforma trabalhista no teletrabalho e teletrabalho no ensino docente durante a pandemia do Covid-19**

*Joyce da Silva Arcanjo e Vitória Caroline Vieira Moreira, 93.*

**Efetividade da prisão civil por dívida alimentícia**

*Marcio Lacerda Bezerra, 110.*

**Comentários a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**

*Benigno Núñez Novo, 125.*

**A recusa em realizar o teste do bafômetro e o princípio de não produzir prova contra si mesmo**

*Beatriz de Mendonça Batista Euzébio, 156.*

**Os traços jurídicos-sanitários da pandemia da gripe espanhola e covid-19 no Brasil**

*Raylla Maciel da Silva, 166.*

**O sistema processual acusatório e o juiz das garantias**

*Maryana Ferreira Vieira, 184.*

**Ata notarial como meio de prova e sua importância no processo judicial**

*Mayla Carvalho Rodrigues, 191.*

**Homicídio ocorrido no trânsito por embriaguez ao volante: dolo eventual ou culpa consciente?**

*Ana Cristina Lopes Ribeiro, 207.*

**O princípio da verdade material como instrumento de garantia da aplicação da justiça no processo administrativo tributário**

*Rônison Aparecido dos Santos, 216.*

**A efetividade da Lei nº 14.022/20 em consonância com a Lei Maria da Penha ao combate à violência contra a mulher em tempos de pandemia**

*Rafhaela Nogueira de Almeida, 250.*

**O aumento da violência doméstica durante a pandemia covid-19**

*Marcela Barrado Marçal, 269.*

**A responsabilidade civil por abandono .**

*Amanda Ribeiro Rodrigues, 285.*

**As medidas protetivas de urgência regulamentadas na lei maria da penha e sua decretação pelo delegado de polícia e seus agentes: Artigo 12 – C da Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006**

*Jaqueline de Paula e Silva, 300.*

**Prescrição e decadência dos tributos lançados por homologação**

*Ana Beatriz Paiva Lessa Lima, 324.*

**“Em cartaz - a invisibilização da mulher”: o paradoxo da espetacularização midiática do feminicídio no Brasil**

*Flavia Augusta Rodrigues Garcia, 333.*

**Segurança Pública: Atuação do Estado no combate às organizações criminosas no Brasil**

*Danilo de Araujo Sousa, 339.*

**Responsabilização civil por assédio processual decorrente da violação da dignidade da pessoa humana da parte contrária**

*Marsden Constlé Gomes Rodrigues, 360.*

**Atos infracionais cometidos por adolescentes e a ressocialização como método de aumento de criminalidade**

*Marcus Vinicius Lopes Pereira, 379.*

**Para além da mineração artesanal: impactos na saúde dos trabalhadores e no meio ambiente**

*Getulio Nilson Figueira Sarmiento, 396.*

**A titularidade do poder constituinte e o novo constitucionalismo pluralista latino-americano: reflexos no direito ambiental internacional**

*Herberth Vinicius Batista Viana, 412.*

**Os fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro**

*Jacqueline vitória Valério Dantas, 434.*

**O trabalho temporário e aspectos da terceirização**

*Pleslen Carvalho de Meira, 451.*

**Criptomoedas e a exação do imposto de renda da pessoa física (IRPF)**

*Lucas Fernandes de Moraes Vidovix e Fernanda Matos F. De O. Jurubeba, 474.*

**Análise sobre o feminicídio durante a pandemia**

*Jardhia Alves Tavares, 506.*

**Ativismo judicial: legitimidade democrática na atuação ativista do Supremo Tribunal Federal**

*Vitor Braga Maia, 520.*

**A posse exclusiva como requisito para a usucapião entre herdeiros de imóvel objeto de herança**

*Pedro Henrique de Oliveira Martins, 536.*

## **JULGAMENTO SOBRE REVISÃO DA VIDA TODA, FOI FAVORÁVEL AOS APOSENTADOS, MAS MANOBRA JURÍDICA SUSPENDE A DECISÃO DO PLACAR DE 6X5.**

**EDSON SEBASTIAO DE ALMEIDA:**

Bacharel em Direito, Especialista em Direito Tributário; Consultor Tributário; contabilista.<sup>1</sup>

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é mostrar aos leitores o julgamento no Plenário Virtual realizado no Superior Tribunal Federal (STF), no dia 25/2/2022, sobre “revisão da vida toda”, favorável aos aposentados com voto do Ministro Alexandre de Moraes, cujo placar foi 6 (seis) votos a favor e 5 (cinco) contra. Entretanto, somos sabedores que o Ministro Nunes Marques pediu um destaque à análise do julgamento da “revisão da vida toda”, em razão do placar de 6 (seis) votos a favor e 5 (cinco) votos contra, com isso, o julgamento poderá ser reiniciando no plenário físico do STF, numa manobra jurídica amplamente mencionada pela doutrina a qual discorreremos aos leitores. Também no artigo mostraremos aos leitores sobre a tese discutida nos tribunais fundamentada sobre a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/19912, na apuração do salário benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/19993 aos segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da mencionada lei de 1999.

**Palavras-chaves:** Revisão da vida toda, Julgamento, STJ, Repercussão Geral, Tema 1102, STF, Regime Geral da Previdência Social, INSS, escravidão moderna, boi de piranha, Ministros, Plenário Virtual.

---

<sup>1</sup> com expertise em contabilidade tributária e autor de artigos publicados em revistas especializadas, bem como autor do livro: Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas; experiência de 42 anos, tendo exercido funções de Gestão Tributária, bem como de Assessor da Diretoria Financeira em empresas privadas.

<sup>2</sup> BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/6/2021.

<sup>3</sup> BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.876, de 26/11/1999.** Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/6/2021.

**SUMÁRIO:** 1.Introdução. 2. Julgamento do STJ, RE nº 1.276.977, do INSS, votos dos Ministros do STF, Tema 1102, de Repercussão Geral. 3. Considerações finais. 4. Referências Bibliográficas.

## 1.- INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é mostrar aos leitores o julgamento no Plenário Virtual realizado no Superior Tribunal Federal (STF), no dia 25/2/2022, sobre “revisão da vida toda”, favorável aos aposentados com voto do Ministro Alexandre de Moraes, cujo placar foi 6 (seis) votos a favor e 5(cinco) contra.

No artigo mostraremos aos leitores sobre a tese discutida nos tribunais fundamentada sobre a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/19914, na apuração do salário benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/19995 aos segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da mencionada lei de 1999.

Entretanto, somos sabedores que o Ministro Nunes Marques pediu um destaque à análise do julgamento da “revisão da vida toda”, em razão do placar de 6 (seis) votos a favor e 5 (cinco) votos contra, diante disso, poderá o julgamento ser reiniciando no plenário físico do STF, numa manobra jurídica a qual mostraremos aos leitores.

No núcleo do tema procuramos mostrar aos eleitores sobre a tese defendida pela STJ, a qual foi reconhecida por unanimidade em relação ao REsp vitorioso, o INSS inconformado interpôs Recurso Extraordinário, também discorremos algumas alegações do INSS na tentativa de derrubar a tese vitoriosa, mas teve manifestação favorável à revisão da vida pelo do Procurador-Geral da República

Enfim, STF efetuou o julgamento do Tema 1102, em sessões realizadas em 11/6/2021 e a outra em 25/2/2022, nesse sentido, procuramos mostrar aos leitores os votos a favor e os contras, sendo que o Ministro Alexandre de Moraes após o pedido de vista, no julgamento de 25/2/2022, votou favorável aos aposentados, o placar foi 6x5, mas o Ministro Nunes Marques pediu um destaque à análise do julgamento, finalizamos o artigo com nossas considerações finais.

---

4 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/6/2021.

5 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.876, de 26/11/1999**. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/6/2021.

## **2 - JULGAMENTO DO STJ, RE Nº 1.276.977, DO INSS, VOTOS DOS MINISTROS DO STF, TEMA 1102, DE REPERCUSSÃO GERAL**

No que diz respeito à revisão referente ao Plano Real, somos sabedores de que a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu por unanimidade que no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria, para os segurados filiados à previdência social até 28/11/1999, levando em consideração a média dos maiores salários de contribuições, correspondente a 80% (oitenta por cento) de todo período contributivo, anteriores à competência de julho de 1994, com isso, proporcionando ao segurado a maior renda mensal possível, ou seja, mais vantajosa.

Nesse sentido, o Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, do STJ, proferindo em 11/12/2019, no julgamento do REsp nº 1.596.203-PR6, "Recurso Repetitivo", esclareceu que, com base nessas considerações, sugere-se a fixação da seguinte tese:

Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.

Em razão de algumas dúvidas sobre o prazo decadencial é oportuno esclarecer que o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário - RE 630.501-RS7, de 21/12/2013, decidiu que o prazo decadencial de 10 (dez) anos, previsto no art. 103, da Lei nº 8.213/1991, não deverá ser aplicado em relação ao pedido de reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso por equiparar-se à pretensão revisional, pois não se aplica o prazo decadencial para fins de preservação do direito adquirido a nova circunstância de fato.

---

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Recurso Especial nº 1.596.203-PR. Processo nº 2016/0092783-9.** Recorrente: Edemar Mombach. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia. Filho. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 2/5/2020.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 630.501-RS, de 21/2/2013.** Aposentadoria, proventos, cálculos, benefício mais favorável não há prazo decadencial em preservação do direito adquirido frente a nova circunstância de fato não se aplicando no prazo decadencial previsto no art. 3º da Lei nº 8.213/1991, nas revisões que não pode ser afetada por decurso do tempo. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Redator do Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe nº 166, divulgação em 23/8/2013, publicação em 26/8/2013, Ementário nº 2700-1. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

8 PREVIDENCIARISTA. **PREVIDENCIÁRIA. TRF 4. PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. DIREITO ADQUIRIDO AO MELHOR BENEFÍCIO. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL, NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 630.501.** Publicado em 17/4/2015. Disponível em: <https://www.previdenciarista.com.br>. Acesso em: 15/6/2021.



Pois o direito não caduca tampouco prescreve, pelo fato de ele não se relacionar com o direito de pedir ou com a repercussão econômica e sim com a sustentação intelectual de um direito realizado.

De maneira que no julgamento realizado no Plenário Virtual do STF, em 9 de outubro de 2020, por meio da ADI nº 6.096/DF9, também com placar de 6 votos a favor e 5 contra, a Corte Maior julgou inconstitucional o texto do art. 103, incisos I e II, da Lei nº 8.213/1991, com prazo decadencial de 10 (dez) anos, declarando inconstitucional o art. 24 da Lei nº 13.846/2019.

Nesse sentido, podemos observar que as teses vencedoras tanto do STJ, quanto do Relator Ministro Marco Aurélio, bem como do voto vista do Ministro Alexandre de Moraes, do STF, não mencionam prazo decadencial para obtenção do direito conquistado em razão de erro de cálculo previdenciário por parte do INSS; caso constasse, as teses seriam inócuas beneficiando os Cofres Públicos, bem como a ADI nº 6.096/DF de 13/10/2020, em relação à inconstitucionalidade do prazo decadencial, seria letra morta.

Enfim, no que diz respeito à retórica defendida por algumas autoridades públicas sobre a fundamentação jurídica do prazo decadencial, é no sentido de evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário, aliás, além do prazo decadencial não ser aplicado na revisão da vida toda, conforme o Recurso Extraordinário - RE 630.501-RS, de 21/12/2013, tal pretensão é rechaçada pela ADI nº 6.096-DF/2020, conforme mencionamos.

Além disso, cada ação contém um modo de pedir distinto das demais ações, por exemplo, aqueles pedidos revisionais solicitados na esfera administrativa ao INSS sem nenhuma resposta que ultrapasse o prazo decadencial estão garantidos, considerando que o órgão público não cumpriu uma "obrigação de fazer", o nº do protocolo poderá ser utilizado como meio de prova.

Ainda, sobre o prazo decadencial de 10 (dez) anos, previsto no art. 103, a Lei nº 8.213/1991<sup>10</sup> o STF decidiu favorável ao aposentado, manifestando no sentido de que no pedido revisional não há prazo decadencial por preservação do direito adquirido ante a

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 6096/DF, de 13/10/2020**, p. 1-52. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria-CNTI, Intimado: Presidente da República, Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10/12/2020.

10 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/6/2021.

nova circunstância de fato, o que, com a devida vênia, descarta a pretensão daqueles que defendem o prazo decadencial de 10 (dez) anos.

De fato, em não permitir as revisões por erros materiais do cálculo previdenciário de um direito adquirido é eternizar a má prestação dos serviços e dos atos ilícitos pela Previdência Social de certa forma beneficiando os Cofres Públicos e penalizando os aposentados, inclusive os herdeiros daquele aposentado falecido. Nesse sentido, em junho de 2021, o STJ publicou o Acórdão do Tema 1.057 sobre a possibilidade da revisão de aposentadoria do segurado já falecido.

Não obstante, observamos que a maioria dos artigos da espécie notícias que são divulgados nas redes sociais, vem sustentando que o prazo decadencial é de 10 (dez) anos, a partir da data do primeiro pagamento dos proventos da aposentadoria, admitindo uma perspectiva que não é favorável ao segurado do INSS; data vênia, discordamos deste entendimento, considerando o que expusemos anteriormente sobre o referido prazo.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autor do RE nº 1.276.97711, de 5/8/2020, no julgamento de 27/8/2020, inconformado, interpôs o referido RE contrário ao direito ao Segurado da “revisão do benefício mais favorável”, sob alegação da repercussão econômica ocasionando impacto financeiro decorrente da imediata aplicação da tese, oriundo das aposentadorias por tempo de contribuições, por exemplo, 16,4 bilhões para os últimos dez anos.

O Ministro Marco Aurélio, atualmente aposentado, no julgamento virtual do Tema 110212, da Repercussão Geral, realizado em 11/6/2021, da “revisão da vida toda”, do Recurso Extraordinário - RE nº 1.276.977/RG-DF, foi o Relator, que propôs a seguinte tese vencedora:

Na apuração do salário de benefício dos segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei nº 9.876/1999 e implementaram os requisitos para aposentadoria na vigência do diploma, aplica-se a regra definitiva prevista no artigo 29, incisos I e II, da Lei nº 8.213/1991, quando mais favorável que a norma de transição.

---

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.276.977-DF, de 5/8/2020, julgamento de 27/8/2020**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102 da Repercussão Geral., julgamento no Plenário Virtual em 21/6/2021, referente o RE nº 1.276.977, de 25/8/2020, interposto pelo INSS**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

Ainda, a tese da “revisão da vida toda” tem o parecer favorável do Procurador-Geral da República Augusto Ara13, o qual sustenta que não levar em consideração os recolhimentos das contribuições anteriores a julho de 1994 contraria o direito ao melhor benefício, e concluiu pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto pelo INSS e manutenção da tese fixada pelo STJ; observem que ele foi categórico:

[...]

4. Desconsiderar o efetivo recolhimento das contribuições realizado antes de 1994 vai de encontro ao direito ao melhor benefício e à expectativa do contribuinte, amparada no princípio da segurança jurídica, de ter consideradas na composição do salário-de-benefício as melhores contribuições de todo o seu período contributivo.

5. A partir de uma interpretação teleológica da regra transitória, aplica-se a regra permanente do art. 29, I e II, da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável ao contribuinte.

6. Proposta de tese de repercussão geral: Aplica-se a regra definitiva, prevista no art. 29, I e II, da Lei 8.213 /1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999. Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário e pela manutenção da tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça.

No Plenário Virtual a Corte Maior no julgamento de 21/6/2021 reconheceu a repercussão geral<sup>14</sup> da matéria em acórdão ementado, a saber:

Recurso extraordinário. Previdenciário. Revisão de benefício. Cálculo do salário de benefício. Segurados filiados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) até a data de publicação da Lei nº 9.876/99. Aplicação da regra definitiva do art. 29, inc. I e II, da Lei nº 8.213/91

---

13 BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102 da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.276.977-DF, de 5/8/2020, Voto Vista do Ministro Alexandre de Moraes em 25/2/2022, no Plenário Virtual**. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 26/2/2022.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102 da Repercussão Geral., julgamento no Plenário Virtual em 21/6/2021, referente o RE nº 1.276.977, de 25/8/2020, interposto pelo INSS**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

ou da regra de transição do art. 3º da Lei nº 9.876/99. Presença de repercussão geral.

Assim, no julgamento de 21/6/2021, do Tema 110215 da Repercussão Geral, de “revisão da vida toda”, acompanharam o Relator Ministro Marco Aurélio, os ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, bem como as ministras Carmem Lúcia e Rosa Weber. Entretanto, teve o voto divergente do Ministro Nunes Marques, com isso, acompanharam a divergência os seguintes ministros: Dias Toffoli, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Luiz Fux.

Por essa razão a votação ficou empatada em cinco votos a favor e cinco votos contra, ocasião em que ficou para o Ministro Alexandre de Moraes, o “voto minerva”, mas o mesmo pediu “vista do voto” para adiar a decisão e em seguida solicitou ao Presidente do STF, Ministro Luiz Fux, que o julgamento retornasse de forma presencial, com as sessões plenárias que seriam retomadas em 2/8/2021, aliás, o que acabou não ocorrendo sendo postergada para o Plenário Virtual em 25/2/2022.

Nas redes sociais, demandas e nas doutrinas temos nos posicionado no sentido de que o aposentado neste País é um “boi de piranha” das anomalias decorrentes do institucionalismo, em que prevalece o marketing institucional em detrimento da realidade dos fatos, a exemplo do que ocorre com os baixos proventos dos aposentados no Brasil após sujeitar-se a uma escravidão moderna<sup>16</sup> das sociedades empresariais privadas durante décadas consolidada pelo INSS quando da aposentadoria.

De fato, é do nosso conhecimento que o serviço público possibilita aos seus servidores que estão na inativa, ou seja, o aposentado, um benefício no valor com a paridade do salário da ativa, bem como previdência complementar.

Entretanto, aqueles executivos gestores ou técnicos, entre outros trabalhadores das empresas privadas que recebem ou receberam altos salários-mínimos em função da sua

---

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102, de 11/6/2021, da Repercussão Geral**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

O Tema refere-se a Repercussão Geral do RE nº 1.276.977-DF, o qual tratou no julgamento do plenário o seguinte:

Possibilidade de revisão de benefício previdenciário mediante a aplicação da regra definitiva do art. 29, dos incisos I e II, da Lei nº 8.213/1991, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei nº 9.876/1999, aos segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social antes da publicação da referida Lei nº 9.876/1999, ocorrida em 26/11/1999. Relator: Ministro Marco Aurélio. Ata de Julgamento nº 19, de 14/6/2021, DJE nº 119, divulgado em 21/6/2021, com vistas ao Ministro Alexandre de Moraes.

16 ALMEIDA, Edson Sebastião de. Aposentados: **Escravidão Moderna Imposta pelo INSS x Aposentadoria Revisão da Vida Toda, Julgamento do Tema 1102 no STF, Quem Vencerá?** São Paulo: Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, nº 389, novembro/2021, p. 89-103.

escolaridade, especialidades técnicas, ficarão sujeitos no fim da vida a ter uma queda substancial no seu padrão de vida, caso não recebam pelo menos o teto máximo para fins de aposentadoria do INSS, por exemplo, no exercício de 2022, o valor é de R\$7.087,22 (sete mil e oitenta e sete reais e vinte e dois centavos).

Tal situação vem ocorrendo com muitos brasileiros principalmente aqueles que trabalharam nas sociedades empresariais privadas, pois o aposentado antes do seu desligamento do último vínculo, por exemplo, em relação às classes sociais por faixas de salário-mínimo, com base no último salário anterior ao recebimento do primeiro benefício, hipoteticamente suponhamos que ele se encontrava na classe "A", que são os trabalhadores que possuem rendimentos acima de 20 salários-mínimos.

Nesse sentido, segundo o DIEESE, a classe "A" está conceituada de "média alta", localizada no ápice da pirâmide; salientamos que o referido *status* geralmente é em função do cargo que o trabalhador ocupava na governança corporativa privada, por exemplo, aqueles cargos técnicos, gestão e direção.

Diante disso, mencionamos o referido exemplo, tomando por base um aposentado que na ativa encontrava-se numa faixa salarial de "classe A", agora imaginem o padrão de vida em classes inferiores, não tenham dúvidas, é de miserabilidade.

Por outro lado, aqueles trabalhadores pertencentes à classe "média baixa (D)" constituem os de baixa qualificação, pobres, entre outros, e, pasmem, após a aposentadoria ao receber o benefício aquele trabalhador da classe "A" quando do desligamento do vínculo empregatício indiscutivelmente encontrar-se-á na classe "média baixa (D)".

Enfim, é de se questionar: Esse é o prêmio a um trabalhador aposentado que contribuiu com o teto máximo ao INSS, em função do cargo que ocupava por sua qualificação profissional e em razão de erro material de cálculo pelo INSS, passou a receber proventos bem inferiores ao teto máximo? Ora, o referido exemplo também é válido para aqueles trabalhadores que não contribuíram com teto máximo, pois, os proventos da aposentadoria serão bem menores.

Nesse contexto, o executivo não tem nenhum interesse em aumentar despesas com gastos previdenciários a fim de não contrariar a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), quando da elaboração do Orçamento Anual. De fato, no RE nº 1.276.977/RG-DF, do INSS na sua argumentação contrária à decisão do STJ, favorável aos aposentados o referido órgão não deixou nenhuma dúvida sobre os possíveis gastos previdenciários.

Além do mais, pergunta-se: os elevados gastos públicos sem controle que ocasionaram os aumentos da carga tributária para cobrir Orçamento Anual são menores que qualquer reajuste dos proventos da aposentadoria? Acreditamos que não, pois as

revisões são específicas e o rombo em relação aos reajustes que constam nas peças do RE nº 1.276.977/DF não traduzem uma realidade, aliás, no voto do Ministro Alexandre de Moraes ele discorda dos argumentos do INSS.

Além disso, a União menciona que os recentes impactos fiscais, regulamentação da Renda Básica Universal por sugestão do Fundo de Erradicação da Pobreza resultarão num gasto de R\$93,7 bilhões; por esse motivo, pretende-se evitar um colapso financeiro e da máquina pública diante do exaurimento dos recursos discricionários das despesas de condenações judiciais.

Enfim, é notório que no orçamento público as despesas são orçadas por meio de receitas que poderão cobrir os gastos, havendo um equilíbrio ou não; com isso, quando mal administrado, gera um déficit, o que não ocorre com a gestão das empresas privadas, pois as receitas condicionam os desembolsos para pagamento de despesas, enquanto na gestão pública são as despesas, isto é, os gastos que determinarão o valor da receita.

Em outras palavras, em relação aos rombos da previdência, o aposentado é um verdadeiro “boi de piranha”, em que as governanças públicas do País, com objetivo de sensibilizarem a opinião pública, utilizam argumentos de que os aumentos nos benefícios da aposentadoria trariam impactos financeiros à União, conforme podemos constatar no RE nº 1.276.977/17, de 5/8/2020, do INSS no julgamento de 27/8/2020.

Nesse contexto, concluímos que os gastos públicos os quais não foram controlados ocasionaram um rombo no orçamento da União, que equivocadamente são imputados aos aposentados, tão somente pela falta de controle das Governanças Corporativas Públicas.

O presente artigo possui um compacto de nossos artigos publicados na doutrina em relação aos aposentados com objetivo de dar melhores esclarecimentos ao leitor.

Portanto, se faz mister mostrar aos leitores alguns pontos que julgamos importantes no voto vista do Excelentíssimo Ministro Alexandre de Moraes, que passamos a esclarecer mediante uma síntese.

No voto vista, do Ministro Alexandre de Moraes, podemos observar sua sustentação sobre o direito 18 dos aposentados defendido pelo STJ, o Procurador-Geral da República e do Relator Ministro Marco Aurélio, em diversos momentos, vejamos:

---

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.276.977-DF, de 5/8/2020, julgamento de 27/8/2020.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

18 BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102 da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.276.977-DF, de 5/8/2020, Voto Vista do Ministro Alexandre de Moraes em 25/2/2022, no Plenário Virtual.** Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 26/2/2022.

O segurado que implementou as condições para o benefício previdenciário após a vigência da Lei nº 9.876, de 26/11/1999, e antes da vigência das novas regras constitucionais, introduzidas pela EC 103/2019, que tornou a regra transitória definitiva, temo direito de optar pela regra definitiva, a caso esta lhe seja mais favorável.

[...]

Possibilidade de revisão de benefício previdenciário mediante a aplicação da regra definitiva do art. 29, incisos I e I, da Lei nº 8.213/1991, quando mais favorável do que a regra de transição contida no artigo 3º da Lei nº 9.876/1999, aos segurados que ingressaram no Regime de Previdência Social antes da publicação da Lei nº 9.876/1999, ocorrida em 26/11/1999.

No que diz respeito ao argumento do INSS, que os gastos impactariam os Cofres da União<sup>19</sup> contra a tese da "revisão do benefício mais favorável", vale mencionar que o voto do Ministro Alexandre de Moraes não deixa nenhuma dúvida, pois a referida argumentação não se sustenta; ele entende que:

O INSS argumenta que o impacto financeiro decorrente da aplicação da tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça às aposentadorias por tempo de contribuição seria de R\$ 3,6 bilhões para o ano de 2020; R\$ 16,4 bilhões para os últimos cinco anos; R\$ 26,4 bilhões para o período de 2021 a 2029, sem considerar os impactos fiscais relacionados a outros benefícios previdenciários, tais como pensão por morte, aposentadoria por idade e por invalidez.

Segundo afirma, existem 3.045.065 aposentadorias por tempo de contribuição ativas desde 2009 e, se metade delas requerer a revisão, o custo operacional estimado, é de R\$ 1,6 bilhão.

Com efeito, as cifras acima impressionam. Todavia, deve se atentar que a tese do STJ somente irá beneficiar aqueles segurados que foram prejudicados no cálculo da renda mensal inicial do benefício, pela aplicação da regra transitória do art. 3º da Lei 9.876/1999, na hipótese de terem recolhido mais e maiores contribuições no período anterior a julho de 1994.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102 da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.276.977-DF, de 5/8/2020, Voto Vista do Ministro Alexandre de Moraes em 25/2/2022, no Plenário Virtual**. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 26/2/2022.

Ou seja, a regra definitiva é benéfica para aqueles que ingressaram no sistema antes de 1994, e que recebiam salários mais altos em momentos mais distantes em comparação com os salários percebidos nos anos que antecederam a aposentadoria, pois naquele primeiro período vertiam contribuições maiores para o INSS. Assim, as contribuições mais longínquas, quando computados no cálculo da aposentadoria, resultam em um benefício melhor.

Para o segmento da população com mais escolaridade, a lógica se inverte, pois estes começam recebendo salários menores que vão aumentando ao longo da vida. Portanto, para esses, a revisão da aposentadoria não se apresenta como uma escolha favorável.

Como se vê, negar a opção pela regra definitiva, tornando a norma transitória obrigatória aos que se filiaram ao RGPS antes de 1999, além de desconsiderar todo o histórico contributivo do segurado em detrimento deste, causa-lhe prejuízo em frontal colisão com o sentido da norma transitória, que é justamente a preservação do valor dos benefícios previdenciários.

Com esse entendimento não se está criando benefício ou vantagens previdenciárias, haja vista que o pedido inicial é para serem consideradas as contribuições previdenciárias efetivamente recolhidas em momento anterior a julho de 1994.

Assim, a luz da jurisprudência desta CORTE que determina que (i) aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para inatividade para o cálculo da renda mensal inicial; e que (ii) deve-se observar o quadro mais favorável ao beneficiário; conclui-se que:

o segurado que implementou as condições para o benefício previdenciário após a vigência da Lei 9.876, de 26/11/1999, e antes da vigência das novas regras constitucionais, introduzidas pela EC em 103 /2019, que tornou a regra transitória definitiva, tem o direito de optar pela regra definitiva, acaso esta lhe seja mais favorável.

No que diz respeito ao critério sobre o cálculo<sup>20</sup> do benefício no exame de mérito, esclarece:

---

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102 da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.276.977-DF, de 5/8/2020, Voto Vista do Ministro Alexandre de Moraes em 25/2/2022, no Plenário Virtual**. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 26/2/2022.



O objeto principal da controvérsia, portanto, está em definir se o segurado do INSS que ingressou no sistema previdenciário até o dia anterior da publicação da lei nova (26/11/1999) pode optar, para o cálculo de seu salário de benefício, pela regra definitiva prevista no art. 29, I e II, da Lei 8.213/1991, quando esta lhe for mais favorável do que a regra transitória do art. 3º da Lei 9.876/1999, por lhe assegurar um benefício mais elevado.

O segurado, ora recorrido, é beneficiário de aposentadoria por tempo de contribuição e ingressou no RGPS em 1976, ou seja, antes de 26/11/1999 - data da publicação da Lei 9.876/1999, que no seu art. 3º estabeleceu regra de transição para aqueles filiados à Previdência antes da novel legislação.

O início de seu benefício de aposentadoria foi em 2003, ou seja, na vigência do art. 29 da Lei 8.213/1991, alterado pela Lei 9.876/1999.

Como relatado, a ação foi ajuizada com o objetivo de obter a revisão de sua aposentadoria segundo a regra definitiva (nova redação do art. 29, I e II, Plenário Virtual - minuta de voto - 25/02/2022 14 da Lei 8.213/1991), que considera para o cálculo do benefício os salários de contribuição referentes a todo o período contributivo, e não só aqueles vertidos após 1994 como determina a aludida regra transitória.

O INSS defende a impossibilidade de se reconhecer ao segurado que ingressou na Previdência antes da publicação da Lei 9.876/1999 o direito de opção entre a regra de transição inserta no art. 3º desse diploma legal e a regra definitiva do art. 29, I e II, da Lei 8.213/91, com nova a redação, porque, entre outros motivos, essa escolha contraria o princípio da isonomia, na medida em que, após a edição da Lei 9.876/1999, é inviável considerar no cálculo do benefício de todo e qualquer segurado as contribuições vertidas ao sistema anteriores a julho de 1994.

Enfim, no seu voto após o exame de mérito, negou provimento ao Recurso Extraordinário - RE nº 1.276.97721, de 5/8/2020, interposto pelo INSS, fixando a seguinte tese:

---

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.276.977-DF, de 5/8/2020, julgamento de 27/8/2020.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

“O segurado que implementou as condições para o benefício previdenciário após a vigência da Lei 9.876, de 26/11/1999, e antes da vigência das novas regras constitucionais, introduzidas pela EC em 103 /2019, que tornou a regra transitória definitiva, tem o direito de optar pela regra definitiva, acaso esta lhe seja mais favorável”.

De maneira que seria uma conquista histórica de nossos tribunais em prol dos aposentados do País, e não podemos deixar de reconhecer e felicitar os Juízes Federais, e Desembargadores Federais do TRF, Ministros do STJ e do STF, Procurador-Geral da República e todos aqueles operadores do direito que de forma geral contribuíram sobre o direito da “revisão da vida toda” aos aposentados prestigiando a dignidade da pessoa humana.

Não obstante, deparamo-nos com Autoridades Públicas contrárias à dignidade da pessoa humana dos aposentados, pois, nos derradeiros 29 (vinte e nove) minutos, para o prazo do julgamento que reconheceu a constitucionalidade da “revisão da vida toda”, conforme somos sabedores o Ministro Nunes Marques pediu um destaque à análise do julgamento da “revisão da vida toda”, reiniciando o julgamento no plenário físico do STF, em razão do placar de 6 (seis) votos a favor e 5 (cinco) votos contra.

Ora, trata-se de uma manobra jurídica com a mesma retórica em relação à repercussão econômica, ocasionando impacto financeiro nas contas públicas, não mais no valor de R\$46,4 bilhões nos próximos 10 (dez) anos, mas agora no valor de R\$360 bilhões em 15 (quinze) anos, o que comprova o que mencionamos neste trabalho que o aposentado é o “boi de piranha” das anomalias decorrentes do institucionalismo, em que prevalece temas do poder e dos interesses no marketing institucional em detrimento da realidade dos fatos relacionados aos gastos públicos.

A mencionada manobra jurídica é no sentido de não considerar o voto do Relator do processo Ministro Marco Aurélio, atualmente aposentado, considerando que ele não faz mais parte da Corte Maior do País, com isso, viabilizando o voto do Ministro André Mendonça, que substituiu o Ministro Marco Aurélio.

Em outras palavras, ambos os ministros foram indicados pelo Presidente da República Jair Bolsonaro (PL), entretanto, esperamos que o Poder Judiciário venha avaliar uma questão de ordem no sentido de que o voto do Ministro Marco Aurélio seja mantido.

#### **4-CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Enfim, o desprestígio à dignidade do homem, esbarra na proteção valorativa e constitutiva, pois o homem digno está na base do direito, não podendo ser usado como instrumento para algo, tendo dignidade e sendo pessoa, pode levantar a pretensão de ser respeitado.

Pois, uma suposta manobra jurídica em prejuízo dos aposentados que já foram submetidos durante décadas num sistema previdenciário institucionalizado numa escravidão moderna imposta pelo INSS e após o aposentado obter uma justa conquista na Corte Maior do País, em outras palavras, tal conquista não poderá ser prejudicada nem por manobra jurídica nem tão pouco política.

Além disso, aquilo que envolve a vida, a consciência, a crença, a honra, a imagem, a intimidade, deve ser respeitado, resumindo: normas jurídicas não são para causar estupor nem sensação de abandono aos aposentados, tampouco à dignidade do homem.

## 5- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Edson Sebastião de. Aposentados: **Escravidão Moderna Imposta pelo INSS x Aposentadoria Revisão da Vida Toda, Julgamento do Tema 1102 no STF, Quem Vencerá?** São Paulo: Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, nº 389, novembro/2021, p. 89-103.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/6/2021.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.876, de 26/11/1999**. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/6/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 630.501-RS, de 21/2/2013**. Aposentadoria, proventos, cálculos, benefício mais favorável não há prazo decadencial em preservação do direito adquirido frente a nova circunstância de fato não se aplicando no prazo decadencial previsto no art. 3º da Lei nº 8.213/1991, nas revisões que não pode ser afetada por decurso do tempo. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Redator do Acórdão: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe nº 166, divulgação em 23/8/2013, publicação em 26/8/2013, Ementário nº 2700-1. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 6096/DF, de 13/10/2020**, p. 1-52. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria-CNTI, Intimado: Presidente da República, Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10/12/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102 da Repercussão Geral julgamento no Plenário Virtual em 21/6/2021, referente o RE nº 1.276.977, de**

**25/8/2020, interposto pelo INSS.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102 da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.276.977-DF, de 5/8/2020, Voto Vista do Ministro Alexandre de Moraes em 25/2/2022, no Plenário Virtual.** Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 26/2/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Tema nº 1102, de 11/6/2021, da Repercussão Geral.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.276.977-DF, de 5/8/2020, julgamento de 27/8/2020.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 1.276.977-DF, de 5/8/2020, julgamento de 27/8/2020.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/6/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Recurso Especial nº 1.596.203-PR. Processo nº 2016/0092783-9.** Recorrente: Edemar Mombach. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia. Filho. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 2/5/2020.

PREVIDENCIARISTA. **PREVIDENCIÁRIA. TRF 4. PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. DIREITO ADQUIRIDO AO MELHOR BENEFÍCIO. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL, NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 630.501.** Publicado em 17/4/2015. Disponível em: <https://www.previdenciaria.com.br>. Acesso em: 15/6/2021.

## **DIFERENÇAS DO MÉTODO DE RECRUTAMENTO E SELEÇÃO POLICIAL NAS AGÊNCIAS DE INTELIGÊNCIA ENTRE O BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**

**ADYR MARTENS DE ALMEIDA:**  
Delegado de Polícia nível I no  
Estado de Pernambuco

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo mostrar as diferenças e/ou semelhanças a respeito do método quanto aos ingressos e recrutamento de policial nas agências de inteligência do Brasil e dos Estados Unidos da América. A partir da pesquisa bibliográfica elaboramos a análise dos fatores responsáveis pela organização da Polícia de Inteligência e os paradigmas dos processos, recrutamentos e seleção dos candidatos à Atividade Polícia de Inteligência do Brasil e dos EUA, a partir dos princípios, leis e teorias. A pesquisa é de cunho qualitativo com o método comparativo, segundo o ponto de vista dos objetivos do estudo a fim de delinear a problemática proposto e estabelecer a conclusão.

**Palavras-Chave:** Polícia, Inteligência, Recrutamento, Seleção, Brasil-EUA.

### **1.INTRODUÇÃO**

Este artigo tem como objetivo geral mostrar as diferenças a respeito do método quanto aos ingressos e recrutamento de policial nas agências de inteligência.

O tema da pesquisa é: Diferenças do Método de Recrutamento e Ingresso Policial nas Agências de Inteligência entre o Brasil e os Estados Unidos da América.

Quanto ao objetivo geral, buscou-se fundamentar em pesquisa bibliográfica, elementos que compõem no campo de atividade de Inteligência Policial, os mecanismos que envolvem este objeto de estudo numa perspectiva de estabelecer um paralelo entre as definições de cada uma das polícias de Inteligência, buscando comparar e estabelecer as diferenças e semelhanças entre as definições e princípios básicos aplicáveis nos modelos dos processos para a inserção do policial nos respectivos países.

Com relação aos objetivos específicos, procuramos identificar com base na pesquisa bibliográfica, elementos relevantes para auxiliar no desenvolvimento dos conceitos e na compreensão das definições das organizações de Inteligência Policial do Brasil e dos EUA referentes ao processo de seleção para o exercício da atividade, entendendo-se que o estudo ora presente possa contribuir com outras futuras pesquisas.

Inicialmente, discorreremos de forma breve sobre o conceito de inteligência, segundo a concepção de Sherman Kent (1965)<sup>22</sup> os conceitos sobre processo de recrutamento e seleção e suas diferenças de acordo com Chiavenato (2005);<sup>23</sup> categorias de inteligência Policial e legislação<sup>24</sup> de acordo com Gonçalves (2008),<sup>25</sup> discorrendo as principais normas constitucionais brasileiras (BRASIL, 1988 ); as normas da Secretaria Nacional de Segurança pública (SENASP)<sup>26</sup> e as normas norte americano sobre recrutamentos, seleção e atividade de Inteligência Policial com foco na identificação e análise de dados do objeto de estudo.

Como suporte para auxiliar o estudo, utilizamos os seguintes questionamentos: quais os pré-requisitos essenciais brasileiros e norte-americanos definidos para recrutamento e seleção necessários para o exercício da atividade policial de inteligência? Existem algumas semelhanças entre o Brasil e os Estados Unidos quanto ao método de recrutamento e ingresso de policiais em agências de inteligência?

O tipo de pesquisa é um estudo bibliográfico pautado por uma abordagem qualitativa comparativa na dimensão analítica dos principais conceitos fatores responsáveis para a inserção Policial no Sistema Brasileiro e Norte Americano na atividade de Inteligência de Segurança Pública, destacando os princípios constitucionais do ingresso do policial na atividade de inteligência do Brasil e dos Estados Unidos da América.

A pesquisa qualitativa se preocupa em aprofundar os conhecimentos de uma problemática e não na quantificação de valores ou representatividade numérica, mas num estudo com a preocupação com o universo de significados, crenças, valores, aspirações e atitudes que represente um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis. Um bom método será sempre aquele, que permitindo uma construção correta dos dados, ajude a refletir sobre a dinâmica da teoria (MINAYO, 1993, p. 239).<sup>27</sup>

---

22 KENT, Sherman. **Strategic Intelligence for American World Policy**. Princeton: Princeton University Press, 1965.

23 CHIAVENATO, I. **Gestão de pessoas: O novo papel dos recursos humanos nas organizações**: Rio de Janeiro: Campus, 2005.

24 GONÇALVES, Joanisval Brito. **Atividade de Inteligência e Legislação Correlata**. Niterói: Impetus, 2008

25 \_\_\_\_\_. **Sed uis Custodiets Ipso Custodes? O Controle da atividade de inteligência entre regimes democráticos: Os casos do Brasil e Canadá, 2008**. Teses de Doutorado. Instituto de relações Internacionais – Universidade de Brasília.

26 SENASP (Secretaria Nacional de Segurança Pública). É um órgão público responsável pela política de pública do Brasil, vinculada ao Ministério da justiça.

27 MINAYO, M. C; SANCHES, O. **Quantitativo-Qualitativo: Oposição ou Complementaridade?** Caderno de Saúde Pública, Rio de janeiro, 9 (3): p, 239-262, julho/setembro, 1993

De acordo com Durkheim (1995), utiliza-se o método comparativo, na busca de definir os “fenômenos em geral” no sentido de reter o essencial, o fundamental (DURKHEIM,1995, p. 45).<sup>28</sup>

Esse método consiste em investigar as diversas áreas das ciências, principalmente, as ciências sociais, pois oferece possibilidade na pesquisa em universos populacionais de diferentes espaços geográficos e de grupos humanos.

Quanto à pesquisa bibliográfica, Severino (2007) afirma que é aquela que se realiza a partir: [...] de registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos, teses, etc. Utilizam-se dados de categorias teóricas já trabalhadas por outros pesquisadores e devidamente registrados. Os textos tornam-se fontes dos temas a serem pesquisados. O pesquisador trabalha a partir de contribuições dos autores dos estudos analíticos constantes dos textos (SEVERINO, 2007, p. 122).<sup>29</sup>

Gil (2010)<sup>30</sup> define pesquisa como “procedimento racional e sistemático que tem como objetivo proporcionar respostas aos problemas que são propostos”. “[...] A pesquisa bibliográfica é elaborada com base em material já publicado, tradicionalmente esta modalidade de pesquisa inclui material impresso como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos” (GIL, 2010, p. 29-31).

Por fim, busca-se responder as questões propostas que norteiam a pesquisa estabelecendo uma visão comparativa.

## 2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

### 2.1 Conceitos de Inteligência

O dicionário Aurélio define inteligência como faculdade de conhecer, de compreender, ou seja, conjunto de todas as faculdades intelectuais (memória, imaginação, concepção, raciocínio, abstração, destreza). Extraído do site disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/inteligencia>> Acesso: dezembro de 2018

Entre as demais categorias de inteligência a atividade cognominada inteligência policial carrega no seu conceito grandes controvérsias, pois existem diferentes conceitos entre diversos pesquisadores do assunto, porém dentro os conceitos de inteligência

---

<sup>28</sup> Durkheim na sua obra: **As regras do Método Sociológico**. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Martin Fonte (2007) mostra a importância que o método comparativo representa para a pesquisa das ciências sociais.

<sup>29</sup> SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. São Paulo: Cortez, 2007.

<sup>30</sup> GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002. 176p. LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina Andrade. **Técnicas de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 1991.

policia nosso fica apenas quanto à visão de Sherman Kent (1965)<sup>31</sup> e de Gonçalves (2009) por serem conceitos mais utilizados sobre inteligência policial.

De acordo com o entendimento de kent (1965) há três significados de inteligência que são:

- 1) Inteligência como produto: segundo essa visão, significa que a inteligência é o resultado do processo de produção do conhecimento;
- 2) Inteligência como organização: por essa ótica significa as organizações ou as estruturas de inteligência que buscam informações e produção de conhecimentos de inteligência;
- 3) Inteligência como atividade ou processo: são os meios ou processos de obtenção, análises e divulgação de conhecimentos. Para isso, utiliza-se de metodologia própria de produção do conhecimento.

Gonçalves (2008)<sup>32</sup> entende inteligência como informação, atividades e organizações, e para ilustrar mais o pensamento nos mostra a distinção conceitual entre "inteligência" e "informações" referente ao Brasil. Vejamos:

"A doutrina anglo-saxônica de inteligência processada e analisada com o objetivo de assessorar o processo decisório, foi incorporada a partir da década de 1990 à doutrina brasileira, após a redemocratização, quando o termo foi "informações", mais adequada a língua portuguesa, foi substituído por "inteligência. As razões dessa mudança foram sobretudo de ordem política, de ordem a se tentar banir termos associados ao regime autoritário. "Fica o esclarecimento de que, na nova doutrina de segurança, "informações" é um termo que passou a ser entendido como "inteligência", que também não é a mesma

---

31 KENT, SHERMAN, conhecido como grande expoente na formação e consolidação da análise de inteligência estratégica nos Estados Unidos. Seus trabalhos tiveram notoriedade, principalmente nas pesquisas de apoio ao planejamento da invasão aliada no norte da África em 1942. Destacaram-se suas habilidades para gerenciamento de equipes, principalmente em fazer com que acadêmicos trabalhassem como um time e cumprindo exíguos prazos para a produção de seus estudos. Tal feito impressionou os consumidores militares destes produtos analíticos pela riqueza de detalhes obtidas através de documentos, incluindo materiais bibliotecários da *Library of Congress*. Texto extraído do site disponível em: <<http://analiseint.blogspot.com/2014/05/sherman-kent-pode-se-dizer-que-o-grande.html>> Acesso dezembro de 2018.

32 GONÇALVES, Joanisval Brito Consultor Legislativo do Senado Federal para a área de Relações Exteriores e Defesa Nacional e Consultor para a Comissão Mista de Controle das Atividades de Inteligência do Congresso Nacional, advogado e professor. Doutor em Relações Internacionais (UnB). Mestre em História das Relações Internacionais (UnB). Especialista em Inteligência de Estado (ESINT/ABIN). <<https://www12.senado.leg.br/institucional/old-documentos/institucional/SF/OAS/CONLEG/perfis/joanisval-brito-goncalves.>> Acesso: Dezembro de 2008



coisa de “informação”, mas relacional com um conjunto de conhecimentos reunidos sobre determinados assuntos” (GONÇALVES, 2008, p. 138).

A legislação brasileira diverge da concepção de Kent ao definir a inteligência como uma atividade de acordo com a Lei nº 9.883/1999:

§ 2º Para efeitos de aplicação desta Lei, entende-se como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o que o processo decisório e a reação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.

Gonçalves (2008) dar uma definição ao significado de inteligência de forma mais abrangente que segundo o seu ponto de vista, inteligência deve ser compreendido da seguinte maneira:

[...] se trata de um conhecimento processado – a partir de matéria bruta, com metodologia própria -, obtido de fontes com alguns aspectos de sigilo e com o objetivo de assessorar o processo decisório. Atende-se para o fato de que se produza um conhecimento de inteligência é necessário, de maneira geral, que haja alguma parcela de dados sigilosos em sua produção. Claro que pode haver produção de conhecimento de inteligência que seja sigiloso não necessariamente pelos dados nele utilizados, mas pela análise realizada.. Além de conhecimento, a atividade de inteligência poderá ser o processo de produção em si ou, ainda, a organização encarregada na concepção original de Kent, que entende inteligência como (produto), atividade (processo) e organização (produtor). GONÇALVES, (2008, p. 141).

A resolução nº 01 de 15 de julho de 2009, da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) regulamenta o SISP33 (Subsistema de Inteligência de Segurança Pública) criado 21 de janeiro de 1994 distinguindo Inteligência Policial e Inteligência de Segurança Pública nos seguintes termos:

Inteligência de Segurança Pública é a atividade permanente e sistemática via ações especializadas que visa identificar,

---

33 O SISP - **Subsistema de Inteligência de Segurança Pública**- foi desenvolvido com o objetivo de auxiliar os órgãos de segurança pública a atenderem as demandas da população quanto à necessidade de assistência e segurança pública, de uma maneira integrada e coordenada. É um sistema computacional de alta disponibilidade, com tolerância zero em relação a falhas de alto nível, ou seja, falhas que façam parar seu funcionamento. Disponível em: <<http://www.prodiam.am.gov.br/portifolio/sisp/>> Acesso: Dezembro 2018.

acompanhar e avaliar ameaças reais ou potenciais sobre a segurança pública e produz conhecimento e informações que subsidiem planejamento e execução de políticas de Segurança Pública, bem como ações para prevenir, neutralizar e reprimir atos criminosos de qualquer natureza, de formas integrada e em subsídio à investigação e à produção de conhecimentos (SENASP, 2009).

De acordo com Gonçalves (2008), o conceito de inteligência é entendido com a utilização de cinco fases que são: planejamento e direção, reunião (coleta/busca), processamento, análise e produção, disseminação, podendo inclusive ser reduzido a quatro etapas, ocasionando o “ciclo básico” (reunião, processamento, análise e disseminação).

Dando continuidade ao seu raciocínio, Gonçalves (2008) diz que a “Inteligência de Estado” visa assessorar a tomada de decisão no mais alto nível de Estado e através da Lei 9. 883/99 foi instituído o SISBIN (Sistema Brasileiro de Inteligência)<sup>34</sup> e em seu artigo 1º determina que a finalidade do Sistema é “fornece subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional.” Com relação a Inteligência Militar essa se destina a subsidiar o processo decisório das Forças Armadas, em tempo de paz ou de guerra. Em tempo de paz visa estabelecer hipóteses de emprego, dentre outras coisas. “Já em combate tem como principal objetivo identificar o plano de batalha inimigo em todos os seus níveis” (GONÇALVES, 2008).

## **2.2 Categorias de Inteligência Policial, Legislação do Brasil e dos EUA.**

Os profissionais da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) são organizados em três categorias: Produção e Proteção, funções desempenhadas pelos Oficiais e Agentes de Inteligência; Suporte é uma função ocupada por Oficiais e Agentes Técnicos de Inteligência; Operações são executadas por Oficiais e Agentes de Inteligência.

O profissional de Inteligência poderá atuar em diversas áreas da Agência. Após ingressar na ABIN, a lotação do servidor é feita com base em critérios que levam em conta a colocação no concurso público, as competências técnicas, as habilidades profissionais e as aptidões pessoais, de modo a privilegiar o atendimento das necessidades da instituição e a valorização do profissional.

Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/carreira/o-que-faz-o-profissional-de-inteligencia/>> Acesso: Dezembro de 2018.

De acordo com os termos da Lei Federal nº 9883/1999, Artigo 3º, Parágrafo Único:

---

34 SISBIN: **Sistema Brasileiro de Inteligência** Disponível em:<<http://www.abin.gov.br/atuacao/sisbin/composicao/>> Acesso: Dezembro de 2018.

“As atividades de inteligências são desenvolvidas, no que se refere aos limites de sua extensão e ao uso de técnicas e meios sigilosos, com irrestrita observância dos direitos e garantias individuais, fidelidade às instituições e aos princípios éticos que regem os interesses e a segurança do Estado” (BRASIL, Lei nº 9883/1999).

DECRETO Nº 3.695, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2000 cria o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública no âmbito do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISP).<sup>35</sup> Sendo essa categoria voltada especialmente para a Segurança Pública. . <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3695.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3695.htm)> Acesso: Janeiro de 2019.

Vale salientar que “os fundamentos doutrinários e metodológicos utilizados na área de segurança pública são os mesmos utilizados pelo o órgão central e os demais componentes do sistema” (REVISTA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA. Brasília: Abin, v. 2, n. 3, set. 2006).

Artigo 1º Fica criado, no âmbito do Sistema Brasileiro de Inteligência, incluído pela Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública, com a finalidade de coordenar e integrar as atividades de inteligência de segurança pública em todo o País, bem como suprir os governos federal e estaduais de informações que subsidiem a tomada de decisões neste campo.

Art. 1º O Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (SISP):

§ 1º O SISP tem como fundamentos a preservação e a defesa da sociedade e do Estado, das instituições, a responsabilidade social e ambiental, a dignidade da pessoa humana, a promoção dos direitos e garantias individuais e do Estado Democrático de Direito.

§ 2º A Agência Central do SISP é a Coordenação-Geral de Inteligência - CGI, da Secretaria Nacional de Segurança Pública - SENASP, recipiendária direta dos dados, informações e conhecimentos decorrentes das atividades de Inteligência de Segurança Pública.

---

<sup>35</sup> **Presidência da República - Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos** decreto nº 3.695, de 21 de dezembro de 2000 O § 3º do artigo 2º diz sobre os níveis de atuação da atividade de Inteligência e as atribuições específicas de cada nível. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3695.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3695.htm)> Acesso: Janeiro de 2019

A Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), órgão central do subsistema, publicou através da Portaria do Ministro da Justiça nº 22, de 22 de julho de 2009, a Doutrina Nacional de Segurança Pública (DNISP)<sup>36</sup>.

A área de Segurança Pública é uma daquelas em que o uso sistemático da atividade de inteligência tem possibilidade de aumentar exponencialmente os resultados obtidos.

A partir dessas atividades surgiu a necessidade da Contra Inteligência com o objetivo de se encarregar das atividades de Inteligência na busca de identificar e neutralizar ações de Inteligência realizadas contra um Estado ou organização.

Assim, a inteligência policial tem seu objeto de interesse da atividade policial muito bem delimitado seja para qual a produção de conhecimentos e de interesse da atividade policial e dos órgãos que a executam.

Quanto aos EUA, a legislação e a organização dos sistemas de inteligência dos Estados Unidos, especialmente as agências com responsabilidade local no policiamento, provimento de ordem pública e justiça criminal e as agências com responsabilidade nacional pelo planejamento estratégico, ligação internacional, validação de sistemas, análise e disseminação de tendências de longo prazo, integração de fluxos etc.

A principal base legal para as atividades de inteligência do governo dos Estados Unidos é o National Security Act of 1947, cujos contornos básicos vêm sendo atualizados por meio de emendas ao longo de mais de cinquenta anos.

Este ato, que corresponde também ao título 50 do U.S. Code, estabelece genericamente que inteligência significa o conjunto de “informações relativas às capacidades, intenções e atividades de governos, organizações ou indivíduos estrangeiros”. Ele fixa então como mandato da CIA a coleta de inteligência a partir de “fontes humanas e outros meios apropriados, sendo que a agência não terá poderes de polícia, intimação ou de imposição da lei, assim como não deveria exercer funções de segurança dentro do país”.

A CIA (Central Intelligence Agency) é o serviço de inteligência estadunidense, cujo papel é coletar informações de fontes humanas, avaliar se essas informações ameaçam a segurança nacional, além de informar os responsáveis para que sejam tomadas medidas cabíveis.

A CIA tem com Atividade de Inteligência seu trabalho investigação de informações de fontes humanas, a obtenção de informações obtidas de sinais de comunicação (SIGINT). Embora o compartilhamento de informações entre o FBI e a CIA possa ser algo comum,

---

<sup>36</sup> A Inteligência de Segurança Pública está alicerçada na Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública, (DNISP), elaborada e difundida pelo Ministério da Justiça.

existem grandes diferenças entre os órgãos. A maior delas é que, enquanto o FBI possui uma atuação maior dentro dos Estados Unidos, o trabalho da CIA é realizado no exterior. Disponível: < <https://brasilecola.uol.com.br/curiosidades/a-diferenca-entre-fbi-cia.htm> > Acesso: Dezembro de 2018.

As Atividades de Inteligência são baseadas nas seguintes garantias constitucionais: supervisão de autoridade do legislativo e a autorização de execução do orçamento; a autoridade na aprovação de tratados internacionais e no requerimento de informações ao Poder Executivo; o poder para confirmar e nomear as indicações do presidente e autoridade para convocar audiências e iniciar investigações.

O Senate Select Committee on Intelligence<sup>37</sup> (SSCI) foi criado em 1976 para “supervisionar e fazer estudos contínuos das atividades e programas de inteligência do Governo dos Estados Unidos”,<sup>38</sup> e para proporcionar “supervisão do legislativo sobre as atividades de inteligência dos Estados Unidos para garantir que essas atividades estejam em conformidade com a Constituição e as leis dos Estados Unidos”. Disponível em: < [www://intelligence.senate.gov/](http://www://intelligence.senate.gov/) > Acesso: Janeiro de 2019.

No caso brasileiro a Lei nº 9.883/99 estabelece:<sup>39</sup>

Art. 6º O controle e fiscalização externos da atividade de inteligência serão exercidos pelo Poder Legislativo na forma a ser estabelecida em ato do Congresso Nacional.

§ 1º Integrarão o órgão de controle externo da atividade de inteligência os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, assim como os Presidentes das Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

§ 2º O ato a que se refere o caput deste artigo definirá o funcionamento do órgão de controle e a forma de desenvolvimento dos seus trabalhos com vistas ao controle e fiscalização dos atos

---

<sup>37</sup> Comitê de Ética do Senado dos EUA incumbido de tratar assuntos relacionados à ética senatorial.

<sup>38</sup> Os Comitês de Inteligência do Senado e da Câmara têm poder para convocar audiências públicas e secretas, iniciar investigações parlamentares sobre temas sensíveis e elaborar relatórios estruturais sobre as Atividades de Inteligência do governo. Desde discutir as opiniões dos parlamentares, do governo e de especialistas sobre política e inteligência ao debate sobre temas de relevada importância à segurança nacional, os Comitês de Inteligência do Congresso dos EUA têm executado com diligência suas atribuições. [www://intelligence.senate.gov/](http://www://intelligence.senate.gov/) > Acesso: Janeiro de 2019.

<sup>39</sup> Presidência da República – Casa Civil – **Subchefia para Assuntos jurídicos**. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Decreto/D8793.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Decreto/D8793.htm)> Acesso: Janeiro de 2019.

decorrentes da execução da Política Nacional de Inteligência. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Decreto/D8793.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Decreto/D8793.htm)> Acesso: Janeiro de 2019.

Art. 14. As atividades de controle interno da ABIN, inclusive as de contabilidade analítica, serão exercidas pela Secretaria de Controle Interno da Presidência da República.

Estratégia Nacional de Inteligência (ENINT), documento de orientação estratégica decorrente da Política Nacional de Inteligência (PNI), foi fixada por meio do Decreto nº 8.793 de 29 de junho de 2016 do Decreto nº 8.793, que serve de referência para a formulação do Plano Nacional de Inteligência, definindo eixos estruturantes e objetivos estratégicos, de forma a criar as melhores condições para que o Brasil possa se antecipar às ameaças e aproveitar as oportunidades.

Art. 1º A Política Nacional de Inteligência - PNI, fixada na forma do Anexo, visa a definir os parâmetros e os limites de atuação da atividade de inteligência e de seus executores no âmbito do Sistema Brasileiro de Inteligência, nos termos estabelecidos pela Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999

Art. 2º Compete ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República a coordenação das atividades de inteligência no âmbito da administração pública federal.

Art. 3º Os órgãos e as entidades da administração pública federal deverão considerar, em seus planejamentos, as ações que concorram para o fortalecimento do Sistema Brasileiro de Inteligência.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Por meio de orientação sistemática e foco, a ENINT irá propiciar a execução da PNI. Por ter caráter público, traz a transparência necessária e permite à sociedade conhecer os elementos norteadores para o Sistema Brasileiro de Inteligência no horizonte temporal de 2017 a 2021.

Enfim, a Política Nacional de Inteligência (PNI) e a Estratégia Nacional de Inteligência (ENINT) denotam a importância crescente da Inteligência, sua maior

---

40 Imprensa Nacional- Casa Civil Da Presidência da República. **Decreto nº 8.793, de 29 de junho de 2016**, publicado em 30 de Junho de 2016. Edição: 124. Seção: 1. Página 5. Órgão: Atos do Poder Executivo. <[http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21656127/do1-2016-06-30-decreto-n-8-793-de-29-de-junho-de-2016-21656014](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21656127/do1-2016-06-30-decreto-n-8-793-de-29-de-junho-de-2016-21656014)> Acesso: Janeiro de 2019.

transparência, a coesão dos integrantes do SISBIN e a existência de nortes para a atuação desses 37 órgãos.

O SISBIN tem como fundamentos a preservação da soberania nacional, a defesa do Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana, devendo ainda cumprir e preservar os direitos e as garantias individuais e os demais dispositivos da Constituição, os tratados, as convenções, os acordos e ajustes internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte ou signatária, além da legislação ordinária.

Gonçalves (2008) diz que o legislador deixa evidenciado que a atividade de inteligência no Brasil deve ser conduzida dentro dos princípios democráticos e respeitando direitos humanos fundamentais. Entende-se ainda com o dispositivo, que pode haver, sim, atividade de inteligência em um regime democrático, e que aqueles que a exercem têm a obrigação de respeitar os princípios do Estado democrático de direito e a legislação constitucional e infraconstitucional em vigor.

### **2.3 Processo de Recrutamento e Seleção de Polícia de Inteligência do Brasil e dos EUA.**

Segundo Chiavenato (2005) recrutamento é um conjunto de técnicas e procedimentos que visa atrair candidatos potencialmente qualificados e capazes de ocupar os cargos dentro de uma organização maior do que o número de vagas de candidatos ao certame.

A seleção é dividida em algumas fases como: prova escrito, teste psicotécnico, exame médico, teste de aptidão física e investigação de vida pregressa, conforme mencionado no último edital publicado pela Polícia Militar do Distrito Federal (CHIANENATO, 2009). O que difere o recrutamento da seleção é o fato de que enquanto o objetivo do recrutamento é atrair o máximo de pessoas qualificadas, a seleção faz a triagem dos melhores candidatos atraídos pelo recrutamento, fazendo assim uma classificação dos perfis melhores para o cargo.(CHIAVENATO, 2004, p. 212).

A seleção é fundamental, pois existem diferenças individuais de ordem físico, psicológico que acarreta diversas reações de comportamento daí então o verdadeiro sentido de se fazer seleção, de maneira que se todos fossem iguais seria desnecessário o processo de seleção (CHIAVENATO, 2004).

Segundo Chiavenato (2004), o processo de captação de porta de entrada de novos colaboradores em uma organização e envolve o recrutamento e seleção.

Os processos da Gestão de pessoas exigem análises dos seus valores por meio de recrutamento, seleção, formação, capacitação e aperfeiçoamento profissional, que são eles: Processo de Agregar Pessoas; Processos de Aplicar Pessoas; Processos de Recompensar

Pessoas; Processo de Desenvolver Pessoas; Processos de Manter Pessoas; Processos de Monitorar Pessoas (CHIAVENATO, 2004).

Com relação ao ingresso de Polícia de Inteligência na ABIN é realizado por meio de concurso público de forma transparente, pois no Brasil o Edital de Concurso se configura em Lei.

Primeiro passa por uma avaliação do seu perfil para observar se seus antecedentes são compatíveis para a atividade, além de depender da qualificação profissional, como também a utilização de medidas protetoras para que no caso de desligamento da instituição, o agente não venha a prejudicar. São elas: segurança no processo seletivo, no desempenho da função e no desligamento do recurso humano de forma que possa prevenir a infiltração, as ações de recrutamento como também as entrevistas para que o indivíduo não comprometa assuntos sigilosos e notadamente, a instituição.

No processo seletivo são seguidos os protocolos de determinação de sensibilidade da função a ser desempenhada; investigação de segurança quanto aos relacionamentos e ambiente de convívio do candidato e características pessoais; por meio de entrevistas e de questionário, busca-se detectar dados para confirmar ou rejeitar seu potencial para o cargo.

Com relação a sua admissão e ao desligamento, as medidas de segurança são contínuas, pois é norma seguir os passos do credenciamento, estabelecendo o grau de sigilo a que poderá ter acesso o credenciado, podendo ser alterado a credencial de acordo com os procedimentos de credenciamento que o permite diferentes acessos; outro ponto é com relação a educação de segurança, uma vez que admitido na Atividade de Inteligência, deve se engajar no processo de educação de segurança na busca de conhecimentos de todos os procedimentos de segurança que deverão ser tomadas na Atividade de Inteligência, além dos processos de educação de segurança que são ministrados a todos os servidores da Atividade de Inteligência.

São muitos os aspectos que são analisados minuciosamente a respeito da qualidade e da competência do Policial de Inteligência no Brasil, pois é criteriosamente analisada a vida pregressa e funcional em todo processo seletivo e de recrutamento.

Segundo o site dos concursos da ABIN disponível em: < <http://www.abin.gov.br/fale-com-a-abin/perguntas-frequentes-2/concurso-e-admissao/> > Acesso em: dezembro de 2008. É atribuição do cargo de Agente de Inteligência oferecer suporte às atividades decorrentes das atribuições de cargo de Oficial de Inteligência; O Oficial Técnico de Inteligência tem como atribuição, planejar, executar, coordenar, supervisionar e controlar as atividades de gestão técnico-administrativas, suporte logístico à Atividade de Inteligência; o Agente Técnico de Inteligência dar suporte



especializado às atividades decorrentes das atribuições do cargo de Oficial Técnico de Inteligência.

No caso da Agência Central de Inteligência (CIA), principal órgão de Inteligência dos EUA, também possui uma central de recrutamento no processo de ingresso para a CIA, tendo como primeiro passo oferecer um questionário para relacionar as principais competências dos candidatos, porém o processo de seleção de candidatos da Cia não se dar por intermédio de concurso público, mas como uma espécie de um processo de contratação, semelhante às empresas.

Na CIA, assim como também na ABIN, os candidatos são submetidos a uma investigação intensa da vida pregressa como estratégia de evitar e assegurar condições de trabalho com informações sensíveis.

Em <http://www.abin.gov.br/conteudo/uploads/2018/05/RBI2-Artigo7->41 a ABIN mostra através de pesquisa em <http://www.cia.gov/employment/apply.html> site > que “a CIA a oferece um questionário inicial que serve para relacionar as principais competências dos candidatos com os requisitos dos cargos oferecidos no site. Para cada um há informações adicionais cobrindo, desde os requisitos da função, até características do trabalho e informações sobre o processo seletivo”.

Todos os candidatos devem ser aprovados em exames médicos e psicológicos, além de passar por investigação de segurança e testes com o polígrafo (detector de mentiras). É avisado aos candidatos que, mesmo após sua contratação, a agência continuará realizando investigações periódicas, inclusive, repetindo o teste com o polígrafo. O uso recente de drogas é citado como uma das razões mais comuns pela qual a credencial de segurança pode ser negada ao candidato. As informações introdutórias são finalizadas com a declaração de que a agência não recusa nem garante a concessão de credencial de segurança com base em raça, cor, religião, sexo, origem, deficiências, idade ou opção sexual.

Os Processos e Procedimentos do treinamento também são diferenciados para cada posição.

O processo de admissão na ABIN segue uma criteriosa metodologia que compreende a avaliação escrita com assuntos relacionados a língua portuguesa, inglesa, espanhola; atualidades; geografia; Direito Constitucional; Direito Administrativo;

---

41 REVISTA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA. Brasília: Abin, v. 2, n. 2, abr. 2006. Artigo7-  
<<http://www.abin.gov.br/conteudo/uploads/2018/05/RBI2-Artigo7-> > **Odesenvolvimento-de-recursos-humanos-para-a-atividade-de-Inteligência-um-estudo-comparativo-entre-** Brasil, Reino Unido e Estados Unidos da América. Acesso: Dezembro de 2018.

Legislação Específica do Cargo e matéria específica dos cargos técnicos, além de investigação social, avaliação médica e psicológica.

Para alguns cargos, exige-se a prova de capacidade física e aprovação no Curso de Formação em Inteligência (CFI).

### **3.METODOLOGIA**

A Metodologia é o caminho que deve ser “evidenciado, por meio da descrição dos procedimentos a serem seguidos na realização da pesquisa, incluindo, entre outros, aspectos como o tipo de pesquisa, universo de pesquisa, técnicas de coleta de dados” (GIL, 2010).

A Metodologia utilizada é baseada na pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo com o método comparativo.

Émile Durkheim (1995), afirma que:

O método consiste em tomar todas as manifestações particulares do fenômeno sob investigação, compará-las e retirar as características comuns – comuns a todas. No início da pesquisa parte-se das características aparentes, atingindo-se, sempre pela comparação, as características menos visíveis, mais profundas (DURKHEIM, 1995).

Recorremos ao pensamento de alguns autores no que tange aos aspectos teóricos metodológicos facilitando o trabalho de pesquisa com relação à análise do objeto de estudo com base em fontes constituídas por livros, artigos, impressos e virtuais.

Segundo Gil (2010) na pesquisa qualitativa existe uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e o subjetivo do sujeito que não pode ser traduzido em números. A interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados básicos no processo de pesquisa qualitativa.

Dividimos a pesquisa nas seguintes etapas:

Levantamento bibliográfico; Leitura prévia de textos; Leituras analíticas; Elaboração de fichas e resumos; Separação dos assuntos mediante sua relevância; Análise dos dados investigados e dos resultados.

### **4.APRESENTAÇÃO E ANÁLISES DOS RESULTADOS**

Considerando a proposta deste artigo de mostrar as diferenças e/ou semelhanças a respeito do método quanto aos ingressos e recrutamento de policial nas agências de inteligência do Brasil e dos Estados Unidos da América, observamos que na ABIN, os cargos

previstos na atividade de Inteligência policial são disponíveis em edital para serem concorridos através de concurso público. As vagas podem ser para oficiais de Operações de Inteligência, de Produção de conhecimentos de investigação ou de ações de salvaguarda de assuntos sensíveis; Agente de Inteligência de Suporte ao oficial de Inteligência, como também podem ser vagas para Oficial Técnico de Inteligência e Agente técnico de Inteligência e que podem concorrer brasileiros (natos ou naturalizados), ou seja, estrangeiros originários de países de língua portuguesa que preencher os requisitos do Artigo 65 da Constituição Brasileira de 1988:

Artigo 65. Será concedida a naturalização ordinária àquele que preencher as seguintes condições:

I - ter capacidade civil, segundo a lei brasileira;

II - ter residência em território nacional, pelo prazo mínimo de 4 (quatro) anos;

III - comunicar-se em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando;

IV - não possuir condenação penal ou estiver reabilitado, nos termos da lei.

E os portugueses de acordo com a Constituição Federal de 1988 que assemelha os direitos dos portugueses residentes no Brasil aos brasileiros como mostra o Artigo 12 § 1º aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição. (BRASIL, 1988):

Artigo 12 § 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição

Artigo 65. Será concedida a naturalização ordinária àquele que preencher as seguintes condições:

I - ter capacidade civil, segundo a lei brasileira;

II - ter residência em território nacional, pelo prazo mínimo de 4 (quatro) anos;

III - comunicar-se em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando;

IV - não possuir condenação penal ou estiver reabilitado, nos termos da lei.

Com relação ao tratamento que a CIA, ela não utiliza de concurso público para seleção dos agentes de Inteligência Policial, diferentemente da ABIN, a CIA utiliza-se de um processo de seleção totalmente diferente da ABIN.

O processo de seleção da ABIN transcorre de maneira bastante transparente em todas as etapas do processo, o que não se pode falar o mesmo quanto a CIA.

De acordo com o site da CIA<sup>42</sup> <<https://www.cia.gov/careers/application-processo>> acessado em janeiro de 2019, o processo seletivo geralmente oferece uma enorme variedade de cargos dentro das especialidades, porém o candidato envia seu currículo on-line em resposta a posições específicas. O link Instruções de aplicação é encontrado na parte inferior de cada posição listada nas páginas de carreiras. Caso seja aprovado na primeira etapa,

Nos EUA para participar do processo de seleção para atividade de inteligência policial tem que ser cidadão americano, sem ressalvas.

Os candidatos da CIA como também da ABIN, passam por uma investigação quanto à vida pregressa para garantir e assegurar as condições de trabalhar com informações sigilosas. Diferentemente da CIA, para ingressar na ABIN o concurso é a única via de acesso regido pela Lei 11.776 de 17 de setembro de 2008, que dispõe sobre os planos de carreiras e cargos da agência com as devidas atribuições de cargos que também não inclui atividades de espionagem, ou seja, na ABIN não tem a atividade de espionagem.

A atividade de Inteligência Policial seja no Brasil ou nos EUA, procura promover maior eficiência nas suas ações especializadas na busca de produção de conhecimentos de acordo com os respectivos paradigmas, criando mecanismos para a defesa da sociedade e do Estado com políticas de enfrentamento da violência, da criminalidade e insegurança em prol da soberania nacional, Defesa do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pesquisa aqui apresentada nos ajudou esclarecer alguns parâmetros referentes ao Método de Recrutamento e seleção para o Ingresso Policial nas Agências de Inteligência Policial entre o Brasil e os EUA atendendo aos objetivos propostos, mediante as

---

<sup>42</sup> CIA. Disponível: < <https://www.cia.gov/careers/application-processo> > Acesso: Janeiro de 2019.

contribuições das fundamentações desenvolvidas que nos proporcionou o confronto das diferentes realidades e que conseguimos identificara as diferenças e algumas semelhanças entre o processo de recrutamento e seleção para ingresso dos agentes de inteligência do Brasil e dos EUA.

A investigação comparativa nos remete a conclusão de que a compreensão do estudo aqui realizado clarificam os fatores analisados, embora a complexidade da temática não nos dar um entendimento amplo, uma vez que a revisão bibliográfica foi apenas fazer um esboço das análises pesquisadas em publicações científicas inerentes à problemática sem muito aprofundamento no objeto de estudo.

Portanto esperamos que este estudo possa servir de base para futuras investigações, pois é uma temática bastante controversa e que não foi possível um estudo abrangente.

## 6.REFERÊNCIA

CHIAVENATO, I. **Gestão de pessoas**: O novo papel dos recursos humanos nas

DIAS, Cristina Maria Nogueira Parahyba. **A sociologia como ciência em Durkheim**. revista praia vermelha. rio de janeiro: ufrj, n. 13, p. 174-205, segundo semestre. 2005.

**DURKHEIM, E. As Regras do Método Sociológico**. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1995. (Coleção Tópicos).

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002. 176p.  
LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina Andrade. **Técnicas de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 1991. 205p

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Atividade de Inteligência e Legislação Correlata**. Niterói: Impetus, 2008.

KENT, Sherman. **Strategic Intelligence for American World Policy**. Princeton:Princeton University Press, 1951.

MINAYO, M. C. S.; SANCHES, O. **Quantitativo-Qualitativo**: Oposição ou Complementaridade? Caderno de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 9 (3): p. 239-262, jul/set, 1993.

SENASP disponível no site. Ver o site

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. São Paulo: Cortez, 2007.

ABIN. **Agência Brasileira de Inteligência** Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/carreira/o-que-faz-o-profissional-de-inteligencia/> > Acesso: Dezembro de 2018.

CIA. **Agência Central de Inteligência**. Disponível: <<https://www.cia.gov/careers/application-processo>> Acesso: Janeiro de 2019.

GONÇALVES, Joanisval Brito **Consultor Legislativo do Senado Federal para a área de Relações Exteriores e Defesa Nacional e Consultor para a Comissão Mista de Controle das Atividades de Inteligência do Congresso Nacional**, Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/old-documentos/institucional/SF/OAS/CONLEG/perfis/joanisval-brito-goncalves.>> Acesso: Dezembro de 2008

Imprensa Nacional- **Casa Civil Da Presidência da República** <[http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21656127/do1-2016-06-30-decreto-n-8-793-de-29-de-junho-de-2016-21656014](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21656127/do1-2016-06-30-decreto-n-8-793-de-29-de-junho-de-2016-21656014)> Acesso: Janeiro de 2019.

KENT,SHERMAN. **Strategic Intelligence for American World Policy** .Texto extraído do site disponível em: <<http://analiseint.blogspot.com/2014/05/sherman-kent-pode-se-dizer-que-o-grande.html>> Acesso dezembro de 2018.

O SISP **.Subsistema de Inteligência de Segurança Pública** Disponível em: <<http://www.prodiam.gov.br/portifolio/sisp/> > Acesso: Dezembro 2018.

Presidência da República - **Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos** decreto nº 3.695, de 21 de dezembro de 2000 O § 3º do artigo 2º <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3695.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3695.htm)> Acesso: Janeiro de 2019

**REVISTA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA**. Brasília: Abin, v. 2, n. 2, abr. 2006. Artigo7- <<http://www.abin.gov.br/conteudo/uploads/2018/05/RBI2-Artigo7-> > Acesso: Dezembro de 2018.

SISBIN: **Sistema Brasileiro de Inteligência** Disponível em:<<http://www.abin.gov.br/atuacao/sisbin/composicao/> > Acesso: Dezembro de 2018.

## O CÓDIGO DO CONSUMIDOR E SUA ATUAÇÃO NA PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA

**TAINARA RODRIGUES DE SOUZA:**  
Bacharelanda em Direito pela  
Universidade Brasil – Campus.  
Fernandópolis.

**ELOISA DA COSTA SILVA.**

(orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como ênfase defender e alertar o consumidor de práticas abusivas e enganosas, de eventuais dores de cabeça nas compras que não incita confiança. Diante de uma sociedade tecnológica e informacional na qual vivemos, faz-se necessário a informação, transparência e a proteção do Consumidor. O intuito deste trabalho é também mostrar aos consumidores que eles possuem direitos que muitas vezes não têm conhecimento, de modo que acabam se prejudicando nessas relações. Explicar como essas práticas ocorrem no dia a dia e o prejuízo que elas causam. Também foram analisados os princípios que regem essas relações de consumo. Este trabalho visa contribuir com os estudos jurídicos que abarcarão os principais efeitos que a propaganda enganosa pode acarretar na vida das pessoas e mostrar que o Consumidor tem direitos.

**Palavras-chaves:** Direito do Consumidor. Propaganda Enganosa. Propaganda Abusiva.

**ABSTRACT:** The present work has as emphasis to defend and alert the consumer of abusive and deceptive practices, of possible headaches in purchases that do not encourage trust. Faced with a technological and informational society in which we live, information, transparency and consumer protection are necessary. The purpose of this work is also to show consumers that they have rights that they are often not aware of, so that they end up harming themselves in these relationships. Explain how these practices occur on a daily basis and the damage they cause. The principles that govern these consumer relations were also analyzed. This work aims to contribute to legal studies that will cover the main effects that misleading advertising can have on people's lives and show that the Consumer has rights.

**Keywords:** Consumer Law. Misleading Advertising. Abusive Advertising.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. 3. RELAÇÃO DE CONSUMO. 3.1. PUBLICIDADE X PROPAGANDA. 3.2. CONCEITO DE PUBLICIDADE. 4. PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA. 5. ÓRGÃOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 5.1. PROCON. 5.2. SENACON. 5.5.1. MINISTÉRIO PÚBLICO. 5.5.2. DELEGACIA DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERENCIAS.

## **1. INTRODUÇÃO**

Através deste estudo, estaremos entendendo a diferença de publicidade e propaganda, bem como a publicidade enganosa e abusiva, também estaremos analisando quanto as práticas abusivas e como elas podem nos prejudicar, tendo uma visão bem direta em que se pensa de propaganda enganosa para que nesta relação de consumo a parte mais frágil possa começar a se interessar por seus direitos e assim poder se aprofundar em estudos mais complexos do direito do consumidor.

O consumidor, como destinatário da propaganda de um produto ou serviço ofertado no mercado, tem direito à proteção contra publicidade enganosa e/ou abusiva. Aliás, a publicidade enganosa ou abusiva é proibida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), e até mesmo considerada crime. Destarte, o CDC tem como função precípua resguardar a parte vulnerável da relação consumerista - o consumidor. O Código de Defesa do Consumidor trata, com clareza solar, que o consumidor tem como direito básico a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva. (art. 6º IV). O CDC exige ainda, na latitude do seu art. 36, que a publicidade seja veiculada de modo que o consumidor perceba que está diante de um anúncio publicitário.

O Código de Defesa do Consumidor foi criado com o intuito de proteger o consumidor e de corrigir algumas desigualdades que ocorriam nas relações de consumo, porque se sabe que os consumidores são a parte mais vulnerável desta relação, sofrendo alguns prejuízos, logo com as leis de defesa dos consumidores em vigência isso acaba sendo mais justa, essa desigualdade vai desaparecendo, pois atos que faziam com que elas surgissem acabam sendo vedados e os consumidores amparados por essas leis.

## **2. CÓDIGO DO CONSUMIDOR**

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor é, no ordenamento jurídico brasileiro, um conjunto de normas que visam a proteção aos direitos do consumidor, bem como disciplinar as relações e as responsabilidades entre o fornecedor com o consumidor final, estabelecendo padrões de conduta, prazos e penalidades

O Código de Defesa do Consumidor trata-se de um microsistema legislativo baseado em normas de ordem principio lógicas que rege as relações de consumo, com normas de natureza pública e privada. Destarte, o CDC tem como função precípua resguardar a parte vulnerável da relação consumerista - o consumidor.

## **3. RELAÇÃO DE CONSUMO.**

Para alguém vender, é preciso ter pessoas interessadas em comprar. Ou o contrário: para alguém comprar um produto é preciso ter alguém para vender. Essa troca de dinheiro por produto ou serviço, entre o fornecedor e o consumidor, é uma relação de consumo.



A publicidade, na sociedade atual de consumo, influencia significativamente nas atitudes das pessoas e tem papel importante nas múltiplas relações consumeristas, movimentando o mercado para atrair consumidores à utilização de produtos ou serviços veiculados na mídia, no qual o fim precípulo do fornecedor é auferir lucro.

É possível encontrar o conceito de “consumidor” na própria legislação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990). Assim, existe um conceito material e outros por equiparação, como explico abaixo:

Art. 2º, caput, do CDC: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Art. 2º, parágrafo único, CDC, traz o conceito de consumidor por equiparação: “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Outro conceito por equiparação está no art. 17, do CDC, ou seja, todas as vítimas do dano causado pelo fato do produto e do serviço; e por fim, o último conceito por equiparação está no art. 29 do CDC: todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas de comércio e, obviamente, fazem jus à proteção do contrato.

### **3.1 PUBLICIDADE X PROPAGANDA**

Primeiramente é essencial que se diferencie publicidade e propaganda no direito consumerista. Para o direito do consumidor, publicidade e propaganda são institutos distintos. Enquanto a publicidade diz respeito às questões comerciais, mercantis, de compra e venda de produtos e marcas, a propaganda tem cunho ideológico, ou seja, sua proposta está ligada a transmissão de uma ideologia, seja ela política, social, etc. Assim, temos a propaganda eleitoral, as propagandas governamentais (campanhas contra uso de drogas, contra a violência, de educação para o trânsito, etc.) e, por outro lado, temos as publicidades de veículos, de serviços de turismo, de eletrônicos, etc.

“O objetivo de lucro, de vantagem econômica, parece ser o âmago da distinção entre a publicidade e a propaganda: a primeira tem a intenção de gerar lucro e o segundo em regra exclui o benefício econômico. Enquanto a publicidade tem a finalidade de divulgar comercialmente um produto ou um serviço, a propaganda visa a um objetivo ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social.” GRINOVER, 1999, p.266).

Publicidade é tornar pública alguma coisa. É despertar no público o desejo de compra. A publicidade tem como objetivo o lucro através da atividade comercial. Sabe aquele profissional responsável pela criação, produção e conceito da divulgação? Aquele que vai até o cliente, entende a mensagem que ele quer passar, cria um cartaz ou produz

um vídeo comercial? Então, esse é o publicitário. Já a propaganda utiliza estratégias de persuasão para fins ideológicos. Ela visa difundir informações que, geralmente, são pagas, induzindo pessoas à aquisição do anunciado. Geralmente apelam para recursos psicológicos, que mexem com emoções, opiniões e sentimentos, motivando as mais diversas ações a partir deles. A propaganda utiliza de meios como comerciais, revistas e jornais para anunciar determinados produtos ou serviços, chamando a atenção de seus clientes e estimulando-os ao consumo.

Portanto, publicidade e propaganda são institutos dispares que tem como única semelhança o fato de se utilizarem de meios de divulgação em massa, como televisão, rádio, jornais, revistas e portais de internet. Enquanto a propaganda teria como objetivo a difusão de uma idéia ou de uma ideologia a publicidade faz a divulgação comercial direta ou indireta de produtos ou serviços.

### **3.2 CONCEITO DE PUBLICIDADE**

Publicidade é a estratégia de marketing que envolve a compra de espaço em um veículo de mídia para divulgar um produto, serviço ou marca, com o objetivo de atingir o público-alvo da empresa e incentivá-lo a comprar.

A publicidade é uma atividade profissional dedicada à difusão pública de idéias associadas a empresas, produtos ou serviços, ou seja, é uma forma de comunicação com a sociedade de consumo, tornando conhecido um produto, um serviço ou uma empresa. Seu intuito é despertar nos consumidores o desejo pelo produto anunciado, ou criar prestígio ao anunciante, bem como, desenvolver atitudes que irão corresponder para o anunciante o consumo almejado, seja de produto ou serviço.

“A publicidade é uma técnica de comunicação de massa, paga com a finalidade precípua de fornecer informações, desenvolver atitudes e provocar ações benéficas para os anunciantes, geralmente para vender produtos ou serviços. A publicidade serve para realizar as tarefas de comunicação de massa com economia, velocidade e volume maiores que os obtidos através de quaisquer outros meios”[1]. (SANT’ANNA, Armando. 2002, p. 76.)

A publicidade é um meio importante e fundamental para promover produtos, serviços ou marcas de qualquer empresa. Uma boa campanha publicitária pode fazer toda a diferença na divulgação e lançamento de novos produtos ou serviços e também na maximização de lucros que são obtidos através do seu uso.

### **4. PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA**

Publicidade é a propaganda de um produto ou serviço .Toda publicidade deve ser de fácil compreensão.

**O Código proíbe publicidade enganosa ou abusiva. Publicidade enganosa:**

É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (art. 37 § 1º). É a que contém informações falsas e também a que esconde ou deixa faltar informação importante sobre um produto ou serviço. Estas informações podem ser sobre:

- a) características
- b) quantidade;
- c) origem;
- d) preço;
- e) propriedades.

**Publicidade abusiva:** É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (art. 37 § 2º). Tudo o que for anunciado deve ser cumprido, exatamente como foi anunciado. As informações da propaganda fazem parte do contrato. Uma publicidade é abusiva se:

- a) gerar discriminação;
- b) provocar violência;
- c) explorar medo ou superstição;
- d) aproveitar-se da falta de experiência da criança;
- e) desrespeitar valores ambientais;
- f) induzir a um comportamento prejudicial à saúde e à segurança.

**Publicidade enganosa por omissão:** A publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar dado essencial do produto ou serviço (art. 37 § 3º)

**Merchandising:** Trata-se daquela publicidade feita para passar despercebida, ou seja, que incite ao consumo do produto sem que o consumidor perceba que está diante de uma peça publicitária.

**Tanto a publicidade enganosa quanto a abusiva são proibidas.**

## 5. ÓRGÃOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Os órgãos de defesa do consumidor são fundamentais para auxiliar clientes a resolver problemas e impasses com empresas. Eles fazem parte do Sistema Nacional de

Defesa do Consumidor (SNDC), regulamentado pelo Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997.

O SNDC reúne diversos órgãos de defesa do consumidor a nível Federal, Estadual e Municipal, e também contribui com a Política Nacional das Relações de Consumo, instituída pelo Código de Defesa do Consumidor. Essa política traz instrumentos que podem ser usados pelo consumidor para a defesa de seus direitos. Os órgãos de defesa do consumidor são diversos e estão nas mais diferentes instâncias (federal, estadual e municipal). Dessa forma, consumidores podem contar com uma série de entidades e ferramentas para garantir a defesa de seus direitos.

### **5.1 PROCON**

É o acrônimo referente à fundação Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor e, como o próprio nome diz, é uma instituição destinada à proteção, ajuda e orientação e defesa do consumidor comum. O PROCON informa os direitos do público em geral, além de fiscalizar as relações de consumo.

Sua posição dentro do sistema jurídico brasileiro é o de órgão auxiliar do Poder Judiciário e busca solucionar previamente as questões entre consumidor e empresas vendedoras ou prestadoras de serviço. Não havendo acordo, os casos são enviados para o Juizado Especial Cível local. Segundo a Lei número 8078 de 1990, que estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor, os diversos PROCONs estaduais ou municipais são parte integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. O PROCON é um órgão público que atua primordialmente na proteção e defesa dos direitos dos consumidores e seus interesses, na esfera individual e coletiva. Trata-se de um órgão extrajudicial considerado como um meio alternativo para a solução de impasses e conflitos decorrentes das relações de consumo.

### **5.2 SENACON**

Como componente do Ministério da Justiça, a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) planeja, elabora, coordena e executa a Política Nacional das Relações de Consumo. Portanto, é a Senacon a responsável pela criação das políticas para o consumo que vigoram no Brasil.

Ela também reúne administra o portal consumidor.gov.br, que realiza a interlocução entre consumidores e empresas, visando a resolução de conflitos. A plataforma tem seu conteúdo monitorado pela Senacon e por outras entidades, disponibilizando os dados para a sociedade e os governos.

A atuação da Senacon extrapola a esfera nacional, uma vez que articula a proteção do consumidor para além do Brasil. Essa atuação acontece por meio da articulação com organismos, comitês nacionais e internacionais, fóruns e comissões que se

ocupam da proteção e defesa do consumidor, como explica o Art. XVIII do Decreto nº 7.738 de 28 de maio de 2012.

### **5.3 MINISTÉRIO PÚBLICO**

O Ministério Público também contribui para a Política Nacional das Relações de Consumo, mesmo sem ser, propriamente, um órgão de defesa do consumidor. É do Ministério Público, por exemplo, a responsabilidade de supervisionar a aplicação da lei de forma justa, além de instalar inquéritos, propor ações coletivas e outras maneiras de defender o consumidor.

O Ministério Público ainda dispõe da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor, a MPCon. Fundada em 2001, a MPCon é uma entidade civil sem fins lucrativos que atua na defesa do consumidor em todas as regiões do Brasil, tendo caráter científico, técnico e pedagógico. A associação auxilia na divulgação de informações e notícias importantes relacionadas à defesa do consumidor.

### **5.4 DELEGACIA DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

As Delegacias de Defesa do Consumidor executam a investigação de possíveis casos de infração do direito do consumidor por meio da abordagem policial, averiguando as causas de conflitos e instaurando inquéritos policiais, caso necessário.

As delegacias de defesa do consumidor operam na esfera estadual e têm ligação, por exemplo, com a Polícia Civil. Como aconselha a Secretaria de Segurança Pública do Paraná, essas delegacias devem ser acionadas sempre que o consumidor for vítima de empresas em situações como:

- a) cobrança vexatória (cobranças em horários impróprios ou com
- b) conteúdo vexatório – ofensas, informações falsas, constrangimento, coação e ameaças);
- c) disponibilização de informações falsas sobre produtos, induzindo o consumidor a erro na compra;
- d) comercialização de produtos impróprios para consumo;
- e) venda de combustível adulterado;
- f) casos de propaganda enganosa;
- g) contrabando;
- h) venda de produtos eletrônicos falsificados.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este trabalho, visou esclarecer e trazer informações de maneira objetiva e clara, sobre o que a publicidade enganosa e abusiva, causa na sociedade atual de consumo,

influencia significativamente nas atitudes das pessoas, no modo de ter e até mesmo no modo de ser. Nesse sentido, utiliza de artifícios argumentativos e simbólicos para convencer as pessoas de que elas realmente necessitam do bem que a publicidade oferece para melhorias na qualidade de vida, para alcançar um status elevado e aceitação na sociedade e até para o entretenimento e lazer no mundo moderno. Portanto, apesar de todos os esforços para coibir as propagandas enganosas ou abusivas, estas continuam a existir e a perturbar o mercado de consumo. Assim, faz-se necessário, paralelamente ao controle estatal, um esforço de cada consumidor em reclamar perante os órgãos responsáveis pelas práticas abusivas toda vez que sentir lesado, para que haja punição e correção das empresas infratoras e conseqüentemente alertando a sociedade para existência desses abusos e que os mesmos podem ser combatidos.

O presente trabalho visou contribuir com os estudos e ainda, de forma fundamentada, apontar argumentos que demonstrem clareza nas informações visando alertar o consumidor de como ele pode ser prejudicado com a prática da publicidade enganosa, assim através do conhecimento do funcionamento da lei possa também agir como um fiscal da sociedade, pois entendo que se a população

cobrar mais e não aceitar abusos vindos de empresas que não tem o devido respeito com seu consumidor, a empresa deve se enquadrar nas normas regidas, por assumir os riscos de sua atividade, conforme as normas constitucionais.

A informação clara e precisa torna-se elemento essencial para que o consumidor conheça o produto e o adquira, utilizando-o de forma adequada sem colocar em risco sua saúde, atendendo finalmente suas necessidades. Para tanto, é através da publicidade que tais informações são repassadas ao destinatário final do consumo.

## **7.REFERÊNCIAS**

Braga Netto, Felipe Peixoto Mal1ual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJIFelipe Peixoto Braga Netto. - Salvador: Edições Juspodivm, 2018.

DOREIA, Sidinei. Audiência no PROCON é necessário comparecimento de Advogado? Jus Brasil. Disponível em <<https://audienciabrasil.jusbrasil.com.br/noticias/589356778/audiencia-no-procon-e-necessario-comparecimento-de-advogado>> Acesso em 08 Nov. 2021

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 1999, p. 266. Os autores ainda asseveram que o Código de Defesa do Consumidor trata apenas da publicidade, não se preocupando com a propaganda, conforme GRINOVER, Ada Pellegrini et al, op. cit., p. 267.

POR REDAÇÃO. Guia do Direito do Consumidor: tudo o que você precisa saber. Seu Direito Proteste!. Disponível em <[https://seudireito.proteste.org.br/guia-do-direito-do-consumidor/?gclid=Cj0KCQiAys2MBhDOARIsAff1D1duaC620y4uM3cuN-GjXrmAKi3jAIVITijVD37dPxL3gJr0Zvfg6bkaAp-qEALw\\_wcB](https://seudireito.proteste.org.br/guia-do-direito-do-consumidor/?gclid=Cj0KCQiAys2MBhDOARIsAff1D1duaC620y4uM3cuN-GjXrmAKi3jAIVITijVD37dPxL3gJr0Zvfg6bkaAp-qEALw_wcB)> Acesso em 16 Nov. 2021.

SANTIAGO, Emerson. PROCON. Info Escola. disponível em <<https://www.infoescola.com/direito/procon/>> Acesso em: 08 Nov. 2021.

SANT'ANNA, Armando. Propaganda: teoria, técnica e prática. 7ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

## **A CARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA PELO VIÉS DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE ACOMPANHANTE NA HORA DO PARTO NO ESTADO DO TOCANTINS**

**RUTE MOTA DA PAZ PIMENTA:**  
Graduanda do curso de Direito da  
Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso  
do Tocantins (FCJP)<sup>43</sup>

**LUCIANA VENTURA<sup>44</sup>**

(orientadora)

**RESUMO:** A caracterização da violência obstétrica pelo viés do cerceamento do direito de acompanhante na hora do parto no estado do Tocantins tem como objeto de estudo demonstrar a ilegalidade do memorando circular nº 44/2020/SES/SUHP do Estado do Tocantins baseando-se na dignidade da pessoa humana e legislação infraconstitucional. Sendo assim, esta pesquisa é de ampla importância para a ciência jurídica por versar de um assunto muito presente e pouco conhecido, no que tange, a vulnerabilidade situacional da mulher na gestação, e é justificado pela relevância na sociedade, pois, existem muitas mulheres que estão sendo violentadas durante a gravidez por procedimentos hospitalares e muitas vezes não sabem, pelo simples fato de estarem em estado de fragilidade. Assim, o estudo é relevante para o conhecimento acerca da violência obstétrica, para futuras pesquisas acadêmicas inerentes ao tema, para os operadores do direito, profissionais da saúde, e para a sociedade, especialmente para as gestantes. O que direcionou à questão central desta pesquisa: A proibição de acompanhante na hora do parto fundamentada no memorando circular nº 44/2020/SES/SUHP do Estado do Tocantins pode ser caracterizada como um tipo de violência obstétrica violador da dignidade da pessoa humana? Como também, seus objetivos específicos foram: apresentar a caracterização da violência obstétrica pela Organização Mundial de Saúde; verificar se a violência obstétrica está configurada na normativa brasileira; constatar a ilegalidade do memorando circular nº 44/2020/SES/SUHP do Estado do Tocantins frente o ferimento do princípio da dignidade humana e da Lei n. 11.108/2005; expor a decisão judicial da ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Estado do Tocantins contra o memorando circular nº 44/2020/SES/SUHP do Estado do Tocantins. Ademais, utilizou-se o método hipotético dedutivo ao se considerar que do problema originado foram realizadas hipóteses positivas e negativas para que ao final se conclua a resposta por uma destas. Os procedimentos metodológicos utilizados para a pesquisa jurídica foram levantamentos de pesquisa bibliográfica com fins descritivos e formas documentais. Dessa forma, ao fim dos estudos

---

43 Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: rutemota333@gmail.com

44 Mestre em Direito e Políticas Públicas. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: luciana.ventura@unest.edu.br



foi constatado que o Memorando Circular n. 44/2020/SES/SUHP do Estado do Tocantins é inconstitucional, onde inclusive ação judicial proposta contra o mesmo prolatou decisão no sentido que a gestante terá o direito do acompanhante garantido com algumas restrições, ou seja, ele deve obedecer às regras impostas na sentença para entrar na unidade hospitalar, sob pena ser retirado do ambiente de saúde em caso de descumprimento das normas sanitárias, cabendo o hospital fornecer todos os insumos necessários para assegurar os usuários da unidade.

Palavras-chave: Violência obstétrica; Ilegalidade; Direito ao acompanhante.

**ABSTRACT:** The characterization of obstetric violence by the bias of curtailment of the right of companion at the time of childbirth in the state of Tocantins has as object of study to demonstrate the illegality of circular memorandum nº 44/2020/SES/SUHP of the State of Tocantins based on the dignity of the human person and infraconstitutional legislation. Therefore, this research is of great importance for legal science because it deals with a very present and little known subject, regarding the situational vulnerability of women during pregnancy, and it is justified by the relevance in society, since there are many women who are being raped during pregnancy by hospital procedures and often do not know it, for the simple fact that they are in a fragile state. Thus, the study is relevant for the knowledge about obstetric violence, for future academic research inherent to the theme, for legal professionals, health professionals, and for society, especially for pregnant women. What led to the central question of this research: Can the prohibition of a companion at the time of delivery based on circular memorandum nº 44/2020/SES/SUHP of the State of Tocantins be characterized as a type of obstetric violence that violates the dignity of the human person? As well, its specific objectives were: to present the characterization of obstetric violence by the World Health Organization; verify if obstetric violence is configured in Brazilian regulations; to verify the illegality of circular memorandum no. 11,108/2005; to present the judicial decision of the public civil action proposed by the Public Defender's Office of the State of Tocantins against Circular Memorandum No. 44/2020/SES/SUHP of the State of Tocantins. In addition, the hypothetical deductive method was used when considering that positive and negative hypotheses were made from the problem originated so that, in the end, the answer is concluded by one of these. The methodological procedures used for the legal research were surveys of bibliographic research with descriptive purposes and documental forms. Thus, at the end of the studies, it was found that Memorandum Circular no. 44/2020/SES/SUHP of the State of Tocantins is unconstitutional, where even a lawsuit filed against it rendered a decision in the sense that the pregnant woman will have the right of the companion guaranteed with some restrictions, that is, he must obey the rules imposed in the sentence to enter the hospital unit, under penalty of being withdrawn from the health environment in case of non-compliance with health standards, and the hospital is responsible for providing all the necessary inputs to ensure the users of the unit.

Keywords: Obstetric violence; Illegality; Right to the companion

## 1 INTRODUÇÃO

A violência obstétrica é, cada vez mais, um fenômeno social que atinge governos e populações, tanto global quanto localmente, no público e no privado, estando seu conceito em constante mutação, uma vez que várias atitudes e comportamentos passaram a ser considerados como formas de violência durante pré-natal, parto e pós-parto.

Sem dúvida, a gestante possui direitos assegurados no ordenamento jurídico brasileiro, entre eles cabe ressaltar, a Lei nº 11.108/2005, que garante a gestante o direito de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto.

Assim, com o advento da pandemia do covid-19, foi publicado um ato administrativo denominado de memorando circular nº 44/2020/SES/SUHP suspendeu o direito de acompanhante da gestante.

Em razão disso, o assunto desta pesquisa versa sobre a caracterização da violência obstétrica pelo viés do cerceamento do direito de acompanhante na hora do parto no Estado do Tocantins.

Sendo assim, o tema será delimitado no cerceamento de acompanhante na hora do parto no Estado do Tocantins: a ilegalidade do memorando nº 44/2020/SES/SUHP.

Para tanto, a problemática investigada durante o desenvolvimento desta pesquisa será: A proibição de acompanhante na hora do parto fundamentada no memorando circular nº 44/2020/SES/SUHP do Estado do Tocantins pode ser caracterizada como um tipo de violência obstétrica violador da dignidade da pessoa humana?

Dessa forma, esta pesquisa é de ampla importância para a ciência jurídica por versar de um assunto muito presente e pouco conhecido, no que tange, a vulnerabilidade situacional da mulher na gestação, e é justificado pela relevância na sociedade, pois, existem muitas mulheres que estão sendo violentadas durante a gravidez por procedimentos hospitalares e muitas vezes não sabem, pelo simples fato de estarem em estado de fragilidade. Assim, o estudo é relevante para o conhecimento acerca da violência obstétrica, para futuras pesquisas acadêmicas inerentes ao tema, para os operadores do direito, profissionais da saúde, e para a sociedade, especialmente para as gestantes.

Para alcançar o objetivo geral da pesquisa, que é demonstrar a ilegalidade do memorando circular nº 44/2020/SES/SUHP baseando-se na dignidade da pessoa humana e legislação infraconstitucional, empregará o método hipotético dedutivo ao se considerar que do problema originado foram realizadas hipóteses positivas e negativas para que ao final se concluía a resposta por uma destas. Os procedimentos metodológicos utilizados

para a pesquisa jurídica foram levantamentos de pesquisa bibliográfica com fins descritivos e formas documentais.

Em virtude disso, serão utilizados com bases teóricas a Lei Estadual 3.674/2020 (Lei de proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins), que preceitua o conceito e as características de violência obstétrica; a Lei Federal nº 11.108/2005 (Lei do direito ao acompanhante); a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), que dita o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais; e as palavras do ilustre Damásio de Jesus.

## **2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Inicialmente, é imprescindível esclarecer que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se vigente em múltiplos documentos constitucionais e tratados internacionais ao longo do século XX, de início, abarcado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), e confirmado no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976) e pelas constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978), Grécia (1975), Peru (1979), Chile (1980), Paraguai (1992), Bélgica (após a revisão de 1994) e Venezuela (1999), entre outros pactos, tratados, declarações e constituições.<sup>45</sup>

Assim, tal princípio é confirmado de forma semelhante nos textos desses documentos, com a finalidade de promover a dignidade humana pelos Estados, como exemplo, o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – (CRFB/88)<sup>46</sup>, que preceitua:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

---

45 MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, ps. 610 a 614.

46 MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, ps. 610 a 614.

## V - o pluralismo político.<sup>47</sup>

Desse modo, a CRFB/88 decidiu por não inserir a dignidade da pessoa humana dentro dos direitos fundamentais, incorporados no extenso rol do art. 5º.<sup>48</sup>

Provavelmente, quanto à dignidade da pessoa humana, a opção constitucional brasileira foi por considerá-la, expressamente, uma das bases da República Federativa do Brasil, registrando-a no artigo supramencionado, com o fim de impulsionar o Estado na promoção de condições para que os indivíduos se tornem dignos.<sup>49</sup>

De acordo com o ministro, a dignidade humana surge no ordenamento jurídico depois das barbáries cometidas pelo nazifascismo na Segunda Guerra Mundial. Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou que todos “os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e que ninguém será sujeito à “interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação”, sendo protegidos pela lei.

Anos depois, a Constituição Federal de 1988 consagraria o princípio da dignidade humana na base da promessa de uma sociedade justa e equitativa. De acordo com Fux, para ser concretizada, a dignidade demanda o poder da autodeterminação. O presidente do CNJ lembrou o caso em que um policial, ao salvar um preso do suicídio, cortou-se com um caco de vidro e assim contraiu uma doença que o tornaria miserável, forçado a gastar 80% dos seus rendimentos em remédios.

“O homem peregrinou 10 anos até chegar ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ali nós entendemos, à luz da dignidade humana, que não seria lícito ter a vida legada à própria sorte, em razão da doença que contraiu salvando a vida alheia. A dignidade reclama

---

47 BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 mar. 2022, não paginado.

48 TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 940.

49 TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 940.

autodeterminação. No limite da vida, da sobrevivência, não se tem autodeterminação e não se ostenta dignidade”, afirmou o ministro.<sup>50</sup>

Apesar de boas intenções, ele passou a ser visto como um princípio de poucas utilidades práticas, ou talvez inútil, porque em diversos lugares homens, mulheres e crianças continuam morrendo de fome ou doenças que poderiam ser evitadas. Além disso, indivíduos são torturados, submetidos a prisões degradantes, pessoas são perseguidas em razão da cor da pele, nacionalidade, religião ou ideologia política. São brasileiros privados de exercer seus próprios direitos.<sup>51</sup>

Por consequência, são mais frequentes as decisões judiciais que invocam esse princípio, mas o valor dado a ele não tem sido suficiente para assegurar sua efetividade na vida da sociedade.<sup>52</sup>

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana enfrenta outro problema decorrente da ausência de consenso quanto ao que ele protege, ou seja, existem obstáculos no campo conceitual, sendo abstratas e permitindo diversas considerações, definições e enfoques dos mais variados, sendo possível visualizar muitas situações nas quais a dignidade da pessoa humana restou absolutamente violada, a exemplo da discursão da legalização do aborto: há aqueles que defendem a proteção da vida do feto e outros que militam em prol do poder de decisão da mulher, ambos, se apresentarão como defensores da dignidade da pessoa humana.<sup>53</sup>

Para definir o conceito de dignidade da pessoa humana no âmbito jurídico, o autor Ingo Wolfgang Sarlet aduz que:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e

---

50 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dignidade humana está na origem da autodeterminação da LGPD, afirma Fux**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2021. não paginado. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dignidade-humana-esta-na-origem-da-autodeterminacao-informativa-da-lgpd-afirma-fux/>. Acesso em: 21 mar. 2022.

51 MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, ps. 610 a 614.

52 TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 941.

53 TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 941.

corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>54</sup>

Para terminar, o direito é o mecanismo que exerce o fundamental papel no amparo e promoção da dignidade humana, especialmente, na criação de instrumentos determinados a coibir possíveis violações.<sup>55</sup>

No capítulo seguinte, serão abordadas características de uma espécie de violação do princípio estudado.

### **3 A CARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

Com o intuito de sanar a dúvida, a maior parte do material objeto de verificação corresponde às informações colhidas nos documentos da Organização Mundial de Saúde – (OMS), disponíveis para consulta no sítio eletrônico <https://www.who.int/>. A busca por dados foi realizada no dia 02 de abril de 2022, das 08:00 h às 18:00 h. A investigação por informações considerou as palavras-chaves “violência contra a mulher”, levando a outra página [https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab\\_3](https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab_3), chegando, por fim, ao conteúdo desejado.

Em primeiro lugar, o fenômeno social chamado de violência de contra a mulher, que atinge populações e governos locais e internacionais sofrem constantes transformações devido comportamentos e descobertas consideradas como violência.<sup>56</sup>

Dessa forma, a OMS confirma a preocupação com as proporções pandêmicas dessa situação enfrentada pelas mulheres:

A violência contra as mulheres é um problema global de proporções pandêmicas. Causa danos devastadores à vida das mulheres e de seus filhos. Também prejudica a saúde econômica e social de suas famílias, comunidades e países.

Enquanto algumas mulheres correm mais risco do que outras, a violência pode acontecer com qualquer mulher, em qualquer país – independentemente da cultura, religião ou situação econômica. A

54 SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

55 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 203.

56 JESUS, Damásio de. **Violência Contra a Mulher**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 03.

desigualdade de gênero, incluindo normas de gênero prejudiciais, são os principais impulsionadores da violência contra as mulheres.

A violência pode afetar negativamente a saúde física, mental, sexual e reprodutiva das mulheres. Está associado ao aumento do risco de lesões, depressão, transtornos de ansiedade, gravidez não planejada, infecções sexualmente transmissíveis, HIV e muitos outros problemas de saúde.

Crianças que crescem em famílias onde há violência podem sofrer uma série de distúrbios comportamentais e emocionais. Estes podem levar a problemas mentais e de desenvolvimento e também estar associados a perpetrar ou sofrer violência mais tarde na vida.<sup>57</sup>

Em sentido amplo, Damásio de Jesus confirma o problema social de violência contra as mulheres:

A violência contra as mulheres é um dos fenômenos sociais mais denunciados e que mais ganharam visibilidade nas últimas décadas em todo o mundo. Devido ao seu caráter devastador sobre a saúde e a cidadania das mulheres, políticas públicas passaram a ser buscadas pelos mais diversos setores da sociedade, particularmente pelo movimento feminista. Trata-se de um problema complexo, e seu enfrentamento necessita da composição de serviços de naturezas diversas, demandando grande esforço de trabalho em rede. A integração entre os serviços existentes dirigidos ao problema, entretanto, é difícil e pouco conhecida.<sup>58</sup>

Sob o mesmo ponto de vista, a violência contra a mulher durante o parto é um importante problema de saúde, pois a OMS manifestou-se com preocupação em relação a violência obstétrica, lançando uma declaração que acentua o direito de todas as mulheres a cuidados respeitosos durante o parto, incluindo a necessidade de maior pesquisa na

---

57 OMS. Organização Mundial de Saúde. **Violência contra a mulher**. Disponível em: [https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab\\_3](https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab_3). Acesso em: 02 abr. 2022, não paginado.

58 JESUS, Damásio de. **Violência Contra a Mulher**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 06.

proteção e garantia dos direitos da gestante oferecidos por todos os atores da saúde sobre esta questão.<sup>59</sup>

Desde então, um crescente corpo de literatura continua a definir o que deve ser uma experiência de parto saudável e respeitosa, tendo como barreira o relato das mulheres a respeito do modo que são tratadas durante o parto, e a falta de definições globalmente aceitas sobre o que constitui uma maternidade respeitosa e maus-tratos durante o parto, ou seja, na maioria das vezes as vítimas não sabem que estão sofrendo abusos pelos seus agressores.<sup>60</sup>

Sendo assim, na busca da melhor definição dos bons cuidados maternos, o termo “violência obstétrica” é o oposto desse conceito, e ganhou força como descrição de maus-tratos a mulheres durante o parto, assim, esse termo tem sido usado para descrever casos de cirurgias forçadas, procedimentos médicos não consentidos e outros abusos físicos, sexuais e verbais.<sup>61</sup>

Ademais, observa-se que esse termo pode ser traduzido no que tange as mulheres que dão à luz, como vítimas de atos claros de abuso, desumanização e apropriação por perpetradores identificáveis.<sup>62</sup> Como também, a violência obstétrica deve ser entendida não apenas individualmente em termos de casos de abuso, mas como resultado de normas sociais e relações de poder em camadas, que resultam em formas sutis e muitas vezes não reconhecidas de violência, considerada como “violência suave”.<sup>63</sup>

Entretanto, não existe nada de suave, porque são muitos exemplos de violência obstétrica, tais como: humilhações jocosas, xingamentos e comentários constrangedores em razão da raça, cor, orientação sexual, etnia, religião, idade, número de filhos, classe

---

59 OMS. Organização Mundial de Saúde. **Violência contra a mulher**. Disponível em: [https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab\\_3](https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab_3). Acesso em: 02 abr. 2022, não paginado.

60 OMS. Organização Mundial de Saúde. **Violência contra a mulher**. Disponível em: [https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab\\_3](https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab_3). Acesso em: 02 abr. 2022, não paginado.

61 OMS. Organização Mundial de Saúde. **Violência contra a mulher**. Disponível em: [https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab\\_3](https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab_3). Acesso em: 02 abr. 2022, não paginado.

62 OMS. Organização Mundial de Saúde. **Violência contra a mulher**. Disponível em: [https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab\\_3](https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab_3). Acesso em: 02 abr. 2022, não paginado.

63 OMS. Organização Mundial de Saúde. **Violência contra a mulher**. Disponível em: [https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab\\_3](https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab_3). Acesso em: 02 abr. 2022, não paginado.



social etc.<sup>64</sup> Além disso, comentários desnecessários como exemplo: “Já está no quinto parto e ainda não aprendeu, para de gritar!”; “na hora de fazer você não chorou!”; “Você aqui de novo?”.<sup>65</sup>

Apesar de, o tema da violência obstétrica possa indicar que apenas médicos possam cometer tais atos, isso não é verdade, pois qualquer prestador de serviço na área ou profissional de saúde pode cometer a violência contra as gestantes, e até mesmo os familiares ou o próprio (a) companheiro (a).<sup>66</sup>

Outrossim, a violência obstétrica na gestação pode se dar na negação do atendimento à mulher ou impor dificuldades ao pré-natal.<sup>67</sup>

A Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul exemplifica os tipos de violência obstétrica, esquematizados na tabela abaixo:

**Tabela 01 – Exemplos de violência obstétrica – Mato Grosso do Sul, 2021<sup>68</sup>**

<b>SÃO EXEMPLOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA</b>	
<b>Episiotomia</b> (“pique” no parto vaginal) sem necessidade, sem anestesia ou sem informar à mulher;	<b>Proibir o (a) acompanhante</b> que é de escolha livre da mulher;

64 ABRAMO, Perseu F. **Violência no parto: Na hora de fazer não gritou**. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/2013/03/25/violencia-no-parto-na-hora-de-fazer-nao-gritou/>. Acesso em: 02 abr. 2022, não paginado.

65 ABRAMO, Perseu F. **Violência no parto: Na hora de fazer não gritou**. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/2013/03/25/violencia-no-parto-na-hora-de-fazer-nao-gritou/>. Acesso em: 02 abr. 2022, não paginado.

66 OMS. Organização Mundial de Saúde. **Violência contra a mulher**. Disponível em: [https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab\\_3](https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab_3). Acesso em: 02 abr. 2022, não paginado.

67 MARQUES, Silva Badim. Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres. **Caderno Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 9, n.1, 2020. ISSN: 2358-1824. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/585>. Acesso em: 02 abr. 2022.

68 MATO GROSSO DO SUL. Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul. **Violência Obstétrica**. Campo Grande, MS: Defensoria Pública, 2021, ps. 05 e 06, grifo nosso. Disponível em: <https://www.naosecale.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/03/DEF-Cartilha-Violencia-Obste%CC%81trica-2021-PARA-PORTAL.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2022.

<b>Ocitocina</b> (“sorinho” indicada para a indução do parto) sem necessidade;	<b>Infantilizar a mulher</b> , tratá-la como incapaz;
<b>Manobra de kristeller</b> (pressão sobre a barriga da mulher para empurrar o bebê);	<b>Amarrar a mulher</b> durante o parto ou impedi-la de se movimentar;
<b>Proibir</b> que a mulher escolha sua posição de parto, obrigando-a a parir deitada com a barriga para cima e pernas levantadas;	<b>Impedir</b> que a mulher se alimente ou beba água durante o trabalho de parto;
<b>negar anestesia</b> , inclusive no parto normal;	<b>Lavagem intestinal</b> durante o trabalho de parto;
<b>Toques realizados</b> muitas vezes, por mais de uma pessoa, sem o esclarecimento e consentimento da mulher;	<b>Ponto do marido</b> – é um ponto que se faz ao término da sutura de uma episiotomia, onde se “aperta” a entrada da vagina, com o intuito de torná-la mais estreita, teoricamente, aumentando a satisfação sexual do homem.
<b>Procedimentos</b> que incidam sobre o corpo da mulher, que interfiram, causem dor ou dano físico de grau leve a intenso;	<b>Dificultar</b> o aleitamento materno na primeira hora;
<b>Cirurgia cesariana</b> sem indicação clínica ou desnecessária, e sem informar à mulher sobre seus riscos;	<b>Impedir</b> o contato imediato, pele a pele do bebê com a mãe, após o nascimento sem motivo esclarecido à mulher;
<b>Raspagem</b> dos pelos pubianos;	

Fonte: autor da pesquisa (2022)

Por sua vez, o Estado do Tocantins por meio da Lei nº 3.674 de 26 maio de 2020, também caracteriza a violência obstétrica e orienta o que não deve ser feito, *in verbis*:

Art. 2º Considera-se violência obstétrica todo ato praticado pela equipe multiprofissional do hospital, da maternidade e da unidade de saúde ou por um familiar ou acompanhante que ofenda de forma verbal ou física as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período de estado puerperal.

[...].

IV - tratar a mulher por comandos e nomes infantilizados e diminutivos, com a intenção de menosprezá-la ou ofendê-la;

V - realizar cesariana sem a devida indicação formal técnica, deixando de registrar em prontuário a indicação e não informando a paciente e familiares, salvo situações emergenciais que coloquem em risco o binômio, mãe e filho;

VI - realizar procedimentos que incidam sobre o corpo da mulher, que interfiram ou causem dor ou dano físico com o intuito de acelerar o parto, sem indicação técnica formal, por conveniência da equipe multiprofissional;

VII - recusar atendimento à gestante em trabalho de parto, haja vista este ser uma emergência médica;

[...].

X - impedir a mulher de se comunicar, tirando-lhe a liberdade de telefonar, caminhar até a sala de espera e conversar com seus familiares e com seu acompanhante;

XI - submeter a mulher a procedimentos como lavagem intestinal, tricotomia (raspagem de pelos pubianos), manobra de kristeller e toques sem indicação técnica e formal, mantendo a mulher em posição ginecológica com as pernas amarradas;

XII - deixar de propor e orientar a parturiente sobre as possibilidades anestésicas, quando p caso e a evolução do parto assim o requererem;

[...].

XV - fazer qualquer procedimento sem, previamente, pedir permissão à gestante ou parturiente ou sem explicar, com palavras simples, a

necessidade do que está sendo oferecido ou recomendado, salvo em caso de iminente risco de morte materna e/ou fetal;

XVIII - deixar de proporcionar a mãe e ao filho o contato pele e pele e a amamentação na primeira hora de vida nos casos em que o recém-nascido esteja saudável, após avaliação pelo profissional assistente, baseada nas diretrizes de reanimação neonatal do Ministério da Saúde.”

Art. 4º Para acesso às informações constantes desta Lei, os estabelecimentos hospitalares deverão disponibilizar um exemplar da Lei às gestantes, parturientes e/ou seus acompanhantes. [...].69

Dessa maneira, a condução equivocada e desnecessários procedimentos antes, durante e depois do parto ferem a garantia constitucional à vida e à saúde do bebê e da mãe, inclusive o de não ser submetida a tratamento desumano.70

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.71

Por outro lado, o descumprimento das diretrizes de saúde no parto atinge diretamente às mulheres, contrariando o princípio da isonomia, portanto, estariam sendo tratadas de forma discriminada com base no art. 5º, inciso I, da CRFB/88.72

Inegavelmente, a gestante possui direitos assegurados no ordenamento jurídico brasileiro, entre eles cabe ressaltar, a Lei nº 11.108/2005, que garante a gestante o direito de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato:

---

69 TOCANTINS. **Lei nº 3.674, de 26 de maio de 2020.** Lei de proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins. Palmas, TO: Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins, [2020]. Disponível em: [https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei\\_3674-2020\\_51664.PDF](https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3674-2020_51664.PDF). Acesso em: 02 abr. 2022, não paginado, grifo nosso.

70 BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 abr. 2022, não paginado.

71 BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 abr. 2022, não paginado.

72 BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 abr. 2022, não paginado.

Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

§ 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente.

§ 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo.<sup>73</sup>

Como também, a Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul elenca mais exemplos normativos do Ministério da Saúde que assegura os direitos das gestantes:

**Portaria 569/2000** – Institui o Programa de Humanização no Pré-Natal e Nascimento, no âmbito do SUS – prevê o direito de atendimento digno, humanizado e de qualidade na gestação, parto e puerpério e traça os princípios gerais e condições para o adequado acompanhamento do pré-natal e para a adequada assistência ao parto.

**Portaria 1.067/2005** - diz que é dever dos serviços e profissionais de saúde acolher com dignidade a mulher e o recém-nascido, enfocando-os como sujeitos de direitos e que a atenção com qualidade e humanizada depende de rotinas com procedimentos comprovadamente benéficos, evitando-se intervenções desnecessárias, e do estabelecimento de relações baseadas em princípios éticos, garantindo-se a privacidade, a autonomia e compartilhando-se com a mulher e sua família as decisões sobre as condutas a serem adotadas.

**Portaria 371/2014:** assegura o contato pele a pele mãe e bebê logo após o parto, o aleitamento materno na primeira hora e o clampeamento do cordão umbilical (corte) após cessadas suas pulsações, quando as condições de saúde do bebê são adequadas.

A OMS recomenda atrasar o clampeamento (corte) do cordão umbilical porque isso permite a passagem continuada do sangue da

---

73 BRASIL. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005.** Lei do direito ao acompanhante. Brasília, DF: Presidência da República, [2005]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111108.htm). Acesso em: 03 abr. 2022, não paginado.

placenta para o bebê durante mais 1 a 3 minutos após o nascimento, o que aumenta as reservas de ferro da criança, reduzindo as chances de anemia infantil.

**Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal, de 2017:** documento do Ministério da Saúde que sintetiza e avalia sistematicamente a informação científica disponível em relação às práticas mais comuns na assistência ao parto e ao nascimento fornecendo subsídios e orientação a todos os envolvidos no cuidado, no intuito de promover, proteger e incentivar o parto normal.<sup>74</sup>

É provável, que aqueles que se preocupam com o que se chama de “violência obstétrica” estão interessados não apenas na violência entendida de forma restrita, mas também em uma série de questões relativas ao desempoderamento da mulher durante o parto, ou melhor, nesses momentos as mulheres não têm a opção das suas próprias vontades, sendo imposta a elas a conveniência de terceiros, a exemplo do parto normal ou cesariano e do cerceamento do direito que gestante tem de ser acompanhada por pessoa de sua escolha durante sua permanência no estabelecimento de saúde.<sup>75</sup>

#### **4 O MEMORANDO CIRCULAR Nº 44/2020/SES/SUHP DO ESTADO DO TOCANTINS: MOTIVAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE ACOMPANHANTE**

Inesperadamente, no ano de 2020 o Brasil registra o primeiro caso de covid-19, e por consequência, trouxe consigo pânico e desordem nacional, fomentando declarações de emergência em razão da pandemia.<sup>76</sup>

Como resultado, muitos órgãos como a Secretaria da Saúde do Estado do Tocantins tomaram decisões equivocadas, por meio do Memorando Circular nº44/2020/SES/SESUP, que ordenou a suspensão da permanência ou estadia dos

---

74 MATO GROSSO DO SUL. Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul. **Violência Obstétrica**. Campo Grande, MS: Defensoria Pública, 2021, ps. 05 e 06, grifo nosso. Disponível em: <https://www.naosecale.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/03/DEF-Cartilha-Violencia-Obste%CC%81trica-2021-PARA-PORTAL.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2022.

75 BRASIL. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005**. Lei do direito ao acompanhante. Brasília, DF: Presidência da República, [2005]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11108.htm). Acesso em: 03 abr. 2022, não paginado.

76 BRASIL. Ministério da Saúde. **Brasil confirma primeiro caso do novo coronavírus**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2020]. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/02/brasil-confirma-primeiro-caso-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 05 abr. 2022.

acompanhantes nos hospitais públicos tocantinenses, admitindo de forma excepcional, apenas, mediante expressa indicação do médico responsável.<sup>77</sup>

Dessa maneira, o citado ato normativo é violador do essencial direito das mulheres, divergindo das recomendações do Ministério da Saúde, bem como da legislação vigente, que garante o direito ao acompanhante nas redes hospitalares durante a pandemia, pois, além da gestante possuir o direito de acompanhante, ele (a) não é visita, mas sim um usuário (a) do serviço imprescindível ao lado da parturiente.<sup>78</sup>

Em síntese, o Memorando Circular nº 44/2020/SES/SUHP contrariou o dispositivo da Lei 11.108/2005 que garante um acompanhante a escola da gestante:

Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

§ 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente. [...].<sup>79</sup>

Embora seja razoável, no período pandêmico, a diminuição do movimento de pessoas no âmbito hospitalar, ou a restrição das visitas, contudo, é considerado arbitrário a proibição imposta à participação hospitalar dos acompanhantes das parturientes.<sup>80</sup>

Assim, para a segurança de todos os usuários de serviços de saúde pública, é necessário que o acompanhante e a parturiente devem ser triados, para identificar se há casos confirmados ou suspeitos de COVID-19, antes do seu acolhimento no serviço

---

77 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado**. Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 05 abr. 2022.

78 BRASIL. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005. Lei do direito ao acompanhante**. Brasília, DF: Presidência da República, [2005]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111108.htm). Acesso em: 05 abr. 2022, não paginado.

79 BRASIL. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005**. Lei do direito ao acompanhante. Brasília, DF: Presidência da República, [2005]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111108.htm). Acesso em: 05 abr. 2022, não paginado, grifo nosso.

80 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado**. Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 05 abr. 2022.

obstétrico, conforme a Nota Técnica n. 9 de 16 de abril de 2020 do Ministério da Saúde, ou seja, o direito da gestante a um acompanhante continua assegurado pela legislação.<sup>81</sup>

Como também, o Estado do Tocantins possui a obrigação na disponibilização insumos e demais Equipamentos de proteção individual – (EPIs) indispensáveis ao atendimento das parturientes e de seus acompanhantes durante a internação.<sup>82</sup>

## **5 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS**

Com a finalidade de prevenir o novo coronavírus, a Secretaria de Estado de Saúde do Tocantins por meio do Memorando Circular nº44/2020/SES/SESUP, já estudado no capítulo anterior, impediu o direito das gestantes a acompanhante, conteúdo desse documento oficial proferido em março de 2020.<sup>83</sup>

Imediatamente, o Núcleo Especializado em Defesa dos Direitos da Mulher - (NUDEM), ao tomar entendimento da normativa, fez uma sugestão à Secretaria pela conservação do direito às gestantes, argumentando sob a entrega de EPIs aos acompanhantes, entre diferentes medidas, que poderiam ser adotadas como proteção à covid-19.<sup>84</sup>

No entanto, a tentativa de solucionar a demanda na esfera extrajudicial tornou-se inexitosa, e por influência da constante procura pelas gestantes para assegurar os seus direitos estabelecidos na Lei do Acompanhante, de nº11.108/2005, através da Defensoria

---

81 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado.** Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 05 abr. 2022.

82 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado.** Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 05 abr. 2022.

83 TOCANTINS. Defensoria Pública do Estado do Tocantins. **Acompanhante no parto: histórico da atuação pela garantia desse direito no Tocantins.** Palmas, TO: Defensoria Pública, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/noticia/49342-acompanhante-no-parto-historico-da-atuacao-pela-garantia-desse-direito-no-tocantins>. Acesso em 11 abr. 2022.

84 TOCANTINS. Defensoria Pública do Estado do Tocantins. **Acompanhante no parto: histórico da atuação pela garantia desse direito no Tocantins.** Palmas, TO: Defensoria Pública, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/noticia/49342-acompanhante-no-parto-historico-da-atuacao-pela-garantia-desse-direito-no-tocantins>. Acesso em 11 abr. 2022.



Pública, foi apresentado pelo NUDEM no ano de 2020, o mecanismo de defesa em favor das grávidas por meio da Ação Civil Pública.<sup>85</sup>

Logo após, a Ação Civil Pública foi elaborada e assinada pelas Defensoras da causa:

A ação foi assinada pela coordenadora do Nudem em 2020, defensora pública Franciana Di Fátima Cardoso, e pelas defensoras públicas Carina Queiroz Farias Vieira (coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos – NDDH em 2020); Denize Sousa Leite (3ª Defensoria Pública de Porto Nacional); Elydia Lêda Barros Monteiro (15ª Defensoria Pública de Palmas), Isabella Faustino Alves (Defensoria Pública de Ponte Alta do Tocantins); e Kênia Martins Pimenta Fernandes (7ª Defensoria Pública da Fazenda Pública de Porto Nacional);<sup>86</sup>

Embora o ato normativo tenha ignorado a Lei do Acompanhante, a ação proposta foi negada em primeira instância, não alcançando sucesso. Assim, com um maior embasamento jurídico houve a interposição de recurso, apontando medidas que poderiam ser realizadas na garantia do direito às mulheres sem afastar os cuidados fundamentais e necessários para a prevenção do vírus.<sup>87</sup>

No Agravo de Instrumento apresentado 24 de abril do ano passado, foi destacada, entre outros embasamentos, Nota Técnica do Ministério da Saúde que trata, especificamente, do trabalho de pré-parto, parto e pós-parto durante a pandemia de Covid-19; a normativa afirma que a Lei 13.979/2020 (dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus) não limita ou proíbe da parturiente ao acompanhante, indicando a triagem de casos

---

85 TOCANTINS. Defensoria Pública do Estado do Tocantins. **Acompanhante no parto: histórico da atuação pela garantia desse direito no Tocantins**. Palmas, TO: Defensoria Pública, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/noticia/49342-acompanhante-no-parto-historico-da-atuacao-pela-garantia-desse-direito-no-tocantins>. Acesso em 11 abr. 2022.

86 TOCANTINS. Defensoria Pública do Estado do Tocantins. **Acompanhante no parto: histórico da atuação pela garantia desse direito no Tocantins**. Palmas, TO: Defensoria Pública, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/noticia/49342-acompanhante-no-parto-historico-da-atuacao-pela-garantia-desse-direito-no-tocantins>. Acesso em 11 abr. 2022.

87 TOCANTINS. Defensoria Pública do Estado do Tocantins. **Acompanhante no parto: histórico da atuação pela garantia desse direito no Tocantins**. Palmas, TO: Defensoria Pública, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/noticia/49342-acompanhante-no-parto-historico-da-atuacao-pela-garantia-desse-direito-no-tocantins>. Acesso em 11 abr. 2022.

suspeitos e confirmados do novo coronavírus antes da sua admissão no serviço obstétrico.<sup>88</sup>

Em síntese, a presente ação versou sobre a violação do direito da gestante em ter pelo menos um acompanhante no parto, e que estava em desacordo com as recomendações da OMS e do Ministério da Saúde, além da medida ser contrária a Lei do acompanhante de nº 11.108/2005, que assegura esse dever do Estado.<sup>89</sup>

## **6 OS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO ESTADO DO TOCANTINS NA DEFESA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Desde o início da pandemia da covid – 19, o Estado do Tocantins pronunciou-se por meio da Secretaria de Estado da Saúde que segue as recomendações do Ministério da Saúde, no que é inerente aos alojamentos e internações hospitalares, permanecendo em conformidade com o decreto que reconheceu o estado de calamidade pública em todo o território nacional, obrigando a necessidade de medidas para proporcionar segurança à todos os usuários do serviço de saúde e ao bom funcionamento das unidades hospitalares geridas pelo executivo estadual, sendo a permanência de acompanhantes permitida apenas nos casos em que haja expressa e justificada manifestação de profissional médico.<sup>90</sup>

Em razão disso, foi publicado o memorando circular nº 44/2020/SES/SUHP suspendendo o direito de acompanhante da gestante, inclusive as visitas aos pacientes também foram suspensas devido ao período da pandemia e de acordo com determinação do Ministério da Saúde.<sup>91</sup>

---

88 TOCANTINS. Defensoria Pública do Estado do Tocantins. **Acompanhante no parto: histórico da atuação pela garantia desse direito no Tocantins**. Palmas, TO: Defensoria Pública, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/noticia/49342-acompanhante-no-parto-historico-da-atuacao-pela-garantia-desse-direito-no-tocantins>. Acesso em 11 abr. 2022.

89 TOCANTINS. Defensoria Pública do Estado do Tocantins. **Acompanhante no parto: histórico da atuação pela garantia desse direito no Tocantins**. Palmas, TO: Defensoria Pública, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/noticia/49342-acompanhante-no-parto-historico-da-atuacao-pela-garantia-desse-direito-no-tocantins>. Acesso em 11 abr. 2022.

90 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado**. Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 12 abr. 2022.

91 TOCANTINS. Defensoria Pública do Estado do Tocantins. **Acompanhante no parto: histórico da atuação pela garantia desse direito no Tocantins**. Palmas, TO: Defensoria Pública, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/noticia/49342-acompanhante-no-parto-historico-da-atuacao-pela-garantia-desse-direito-no-tocantins>. Acesso em 12 abr. 2022.

Por outro lado, a Secretaria na Ação Civil Pública, apresentou os pontos que legitimam a decisão de sustentar a suspensão do acompanhante, perante a pandemia da covid-19, que necessita de cautela diante do risco e a vulnerabilidade das gestantes, pacientes, puérperas e recém-nascidos, declarando, ainda, pelo indeferimento da tutela de urgência, oriunda da petição inicial da Autora, sob os seguintes fundamentos:<sup>92</sup>

- 1) a adoção de medidas enérgicas pelo Poder Público, com o fim de desestimular a concentração desnecessária de pessoas, em consonância com as políticas públicas adotadas no mundo e no Brasil para o combate do coronavírus;
- 2) necessidade de deferência às decisões administrativas complexas, com respeito à política pública sensível de prevenção e combate à pandemia da Covid-19 e insindicabilidade do mérito administrativo. Por fim, requereu o indeferimento da tutela de urgência.<sup>93</sup>

Nesse ínterim, houve contestação pelo Estado do Tocantins, oportunidade em que sustentou os seguintes argumentos:

- 3) legalidade da medida administrativa impugnada, por coibir a transmissão do vírus;
- 4) adequação e necessidade da respectiva medida, uma vez que não há medida substitutiva menos gravosa, apta a concretizar o seu fim;
- 5) preponderância do interesse público na contenção do vírus frente ao direito da parturiente de ser acompanhada durante o trabalho de parto;
- 6) impossibilidade de controle judicial nas ações de políticas públicas. Por fim, requereu a improcedência dos pedidos da ação.<sup>94</sup>

---

92 TOCANTINS. Defensoria Pública do Estado do Tocantins. **Acompanhante no parto: histórico da atuação pela garantia desse direito no Tocantins**. Palmas, TO: Defensoria Pública, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/noticia/49342-acompanhante-no-parto-historico-da-atuacao-pela-garantia-desse-direito-no-tocantins>. Acesso em 12 abr. 2022.

93 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado**. Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 12 abr. 2022.

94 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado**. Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não

Em resumo, o Estado do Tocantins tomou a decisão de restrição da presença dos acompanhantes, baseado na legalidade estrita da Lei Federal no 13.979, de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, e após uma avaliação feita pelos técnicos da Secretaria de Estado da Saúde, instruídos pelo Gabinete de Crise Estadual depois de muitos estudos e análises, orientados pelo Ministério da Saúde e OMS.95

Ainda que, a Lei 13.979/2020 não disponha de forma taxativa sobre a presença do acompanhante no ambiente hospitalar, o art. 2º traz a possibilidade de a gestão pública adotar medidas restritivas de direito, de forma transitória, dentre as quais se destaca o isolamento e a quarentena, *in verbis*.96

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Parágrafo único. As definições estabelecidas pelo Artigo 1 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020, aplicam-se ao disposto nesta Lei, no que couber.97

---

paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 12 abr. 2022.

95 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado**. Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 12 abr. 2022.

96 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado**. Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 12 abr. 2022.

97 BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Lei das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Além disso, o teor do informativo disposto nas Notas Técnicas nº 06/2020 e nº 09/2020 da Secretaria de Atenção Primária à Saúde do Ministério da Saúde são indicações às Secretarias Estaduais e do Distrito Federal, também foram usados como argumentos, pois eles retratam que cada unidade da federação tem autonomia para amoldar-se os procedimentos à realidade regional, respeitada as condições e as peculiaridades para enfrentar o contágio da covid-19.98

Dessa maneira, o Estado do Tocantins ganhou em primeira instância, com efeito, o ato administrativo goza do atributo da presunção de legalidade e legitimidade, estando a sua restrição de ordem sanitária devidamente justificada em critérios técnicos próprios das áreas especializadas da saúde.99

## 7 A DECISÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A decisão, proferida com fundamento no artigo 300 do Código de Processo Civil, na data de 26 de agosto de 2021, pelo juiz Gil de Araújo Corrêa, da Vara de Execuções Fiscais e Saúde de Palmas, acolheu, parcialmente, a Ação Civil Pública Coletiva proposta pela Defensoria Pública Estadual contra o Estado do Tocantins, que suspendeu o acompanhamento e a permanência de acompanhantes aos enfermos em todos os hospitais da rede pública, em específico sobre o direito violado das mulheres gestantes de ter acompanhamento por pessoa de sua escolha ao longo do pré-parto, parto e puerpério.100

Assim sendo, o dispositivo da sentença da ação civil coletiva nº 0016414-12.2020.8.27.2729/TO, aduz que:

Ante o exposto, com fundamento no artigo 300 do Código de Processo Civil, **CONCEDO EM PARTE** a tutela antecipada, pelo que

---

Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 12 abr. 2022, não paginado.

98 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado.** Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 12 abr. 2022.

99 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado.** Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 12 abr. 2022.

100 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado.** Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ACOLHO EM PARTE os pedidos iniciais, pelo que reconheço a ilegalidade superveniente do ato administrativo impugnado, Memorando Circular nº 44/2020/SES/SUHP, na parte que restringe em sua totalidade o direito da parturiente ao acompanhante, diante da ausência de proporcionalidade e razoabilidade com o atual contexto sanitário, pelo que DETERMINO AO ESTADO DO TOCANTINS:

1. apresente Plano de Retomada com o planejamento estrutural e a indicação das medidas de segurança e dos critérios para admissão do acompanhante da parturiente durante a internação nos hospitais e maternidades públicas e conveniadas da rede pública do Tocantins, no prazo de 30(trinta) dias;

2. assegure a aquisição de EPI's, insumos e materiais de higienização necessários à implementação das medidas de segurança, viabilizando a presença segura dos acompanhantes das parturientes.

ADOTE-SE como medida transitória a admissão durante o trabalho de parto e parto do acompanhante de escolha da parturiente, desde que assintomático e que não tenha tido contato recente, no intervalo mínimo de 14 (quatorze) dias, com pessoa com sintomas de síndrome gripal ou infecção respiratória comprovada por COVID-19, bem como estar fora dos grupos de risco para COVID-19, ou que apresente a comprovação das duas doses da vacina.<sup>101</sup>

Desse modo, o juiz considerou ilegal a parte do documento que determina a suspensão total dos acompanhantes, ou seja, a limitação integral do direito da gestante à acompanhante, gravado no teor do ato administrativo impugnado (Memorando Circular nº 44/2020/SES/SUHP), isto é, julgou diante da ausência de razoabilidade e proporcionalidade com o atual contexto sanitário.<sup>102</sup>

Noutra perspectiva, é adotado na sentença medidas transitórias para a admissão do acompanhante ao longo do trabalho de parto e parto, desde que não tenha tido

---

101 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Ação Civil Coletiva: 0016414-12.2020.8.27.2729, Tocantins.** Autor: Defensoria Pública. Réu: Estado do Tocantins. Juiz: Gil de Araújo Corrêa, 26 de outubro de 2021, Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, p. 9. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/images/A%C3%87%C3%83O%20CIVIL%20P%C3%9ABLICA%20COLETIVA.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2022.

102 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado.** Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 13 abr. 2022.

contato recente, no período mínimo de 14 dias, com indivíduos com aparências de sintoma gripal ou infecção respiratória confirmada por Covid-19, assintomático, assim como não estar nos grupos de risco para a doença, ou que comprove ter tomado as duas doses da vacina.<sup>103</sup>

Independente do perfil do acompanhante, seu ingresso na unidade hospitalar fica condicionado à apresentação de teste RT-PCR, ou outro exame com mesma eficiência, para detecção do coronavírus, com resultado negativo, realizado no período de 48 (quarenta e oito) horas, ou em tempo inferior, antes da data de internação da paciente. Sem prejuízo de nova testagem a ser realizada, à critério do hospital, no momento da internação.

Cabe à unidade hospitalar de internação, além de disponibilizar máscara cirúrgica, assegurar os meios de higienização das mãos e disponibilizar os equipamentos de segurança sanitária (EPI's), impor medidas preventivas para que a parturiente e o acompanhante permaneçam no mesmo ambiente de modo seguro. O acompanhante deve se sujeitar às regras impostas, sob pena de ser restringida sua presença, bem como a demonstração da parturiente e do seu acompanhante que se enquadram nas exigências sanitárias.

A unidade hospitalar fica autorizada a proceder com a retirada do acompanhante, em caso de descumprimento das normas sanitárias e/ou no período pós-parto.

[...].

EXPEÇA-SE mandado ao Secretário da Saúde do Estado do Tocantins, ou quem lhe represente, para que, a contar da notificação, adote as medidas necessárias ao integral cumprimento desta ordem.

ADVIRTO que as obrigações determinadas nesta sentença deverão ser cumpridas no prazo acima fixado, sob pena das medidas coercitivas e sub-rogatórias necessárias, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas cabíveis. Por ora, deixo de arbitrar

---

103 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado.** Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 13 abr. 2022.

multa por descumprimento, que será analisada em tempo oportuno, em caso de descumprimento da medida judicial.<sup>104</sup>

Resumidamente, a decisão prolatada foi no sentido que o acompanhante deve obedecer às regras impostas na sentença para entrar na unidade hospitalar, sob pena ser retirado do ambiente de saúde em caso de descumprimento das normas sanitárias, cabendo o hospital fornecer todos os insumos necessários para assegurar os usuários da unidade, assegurando o direito de acompanhante da gestante observando os critérios de segurança sanitária.<sup>105</sup>

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico surgiu da seguinte problemática: A proibição de acompanhante na hora do parto fundamentada no memorando circular nº 44/2020/SES/SUHP do Estado do Tocantins pode ser caracterizada como um tipo de violência obstétrica violador da dignidade da pessoa humana?

Destaca-se, que a violência obstétrica é violadora da dignidade da pessoa humana, e caracteriza-se de várias formas como os maus-tratos a mulheres durante o parto, assim, esse termo tem sido usado para descrever casos de cirurgias forçadas, procedimentos médicos não consentidos e outros abusos físicos, sexuais e verbais, como também, humilhações jocosas, xingamentos e comentários constrangedores em razão da raça, cor, orientação sexual, etnia, religião, idade, número de filhos, classe social etc. Além disso, comentários desnecessários como exemplo: “Já está no quinto parto e ainda não aprendeu, para de gritar!”; “na hora de fazer você não chorou!”; “Você aqui de novo!

Sendo assim, o objetivo geral deste artigo científico foi realizado, por demonstrar a ilegalidade do memorando circular nº 44/2020/SES/SUHP baseando-se na dignidade da pessoa humana e legislação infraconstitucional.

O primeiro objetivo específico, foi apresentar a caracterização da violência obstétrica pela OMS. O que foi conquistado, pois ela considera o termo “violência obstétrica” como atos claros de abuso, desumanização e apropriação por perpetradores identificáveis. Assim, deve ser entendida não apenas individualmente em termos de casos

---

104 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Ação Civil Coletiva: 0016414-12.2020.8.27.2729, Tocantins.** Autor: Defensoria Pública. Réu: Estado do Tocantins. Juiz: Gil de Araújo Corrêa, 26 de outubro de 2021, Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, p. 10, grifo nosso. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/images/A%C3%87%C3%83O%20CIVIL%20P%C3%9ABLICA%20COLETIVA.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2022.

105 TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado.** Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 13 abr. 2022.



de abuso, mas como resultado de normas sociais e relações de poder em camadas, que resultam em formas sutis e muitas vezes não reconhecidas de violência, considerada como “violência suave”.

O segundo objetivo específico, verificou se a violência obstétrica está configurada na normativa brasileira. Dessa forma, o resultado foi conquistado, pois a CRFB/88 protege a dignidade da pessoa humana junto com os direitos fundamentais, bem como o Estado do Tocantins por meio da Lei nº 3.674 de 26 maio de 2020, também caracteriza a violência obstétrica e orienta os cuidados com a gestante e por fim, a Lei nº 11.108/2005, que garante a gestante o direito de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto.

O terceiro objetivo específico, dedicou-se a constatar a ilegalidade do memorando circular nº 44/2020/SES/SUHP do Estado do Tocantins frente o ferimento do princípio da dignidade humana e da lei n. 11.108/2005. O que foi obtido com êxito, já que o ato normativo fere o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo violador do essencial direito das mulheres, da legislação vigente, que garante o direito ao acompanhante nas redes hospitalares durante a pandemia.

Por fim, o último objetivo específico constituiu em expor a decisão judicial da ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Estado do Tocantins contra o memorando circular nº 44/2020/SES/SUHP do Estado do Tocantins. E o resultado foi alcançado, pois a demanda judicial versava pela cobrança do direito da gestante a acompanhante, cerceado pelo ato administrativo do Estado.

Dessa forma, a decisão prolatada foi no sentido que a gestante terá o direito ao acompanhante garantido, mas ele deve obedecer às regras impostas na sentença para entrar na unidade hospitalar, sob pena ser retirado do ambiente de saúde em caso de descumprimento das normas sanitárias, cabendo o hospital fornecer todos os insumos necessários para assegurar os usuários da unidade.

Portanto, recomenda-se como sugestão, em especial para construção de futuras pesquisas em relação ao tema.

Quantas mulheres em dados absolutos, sabem o que é violência obstétrica? E se sabem, quantas já sofreram algum tipo?

## REFERÊNCIAS

ABRAMO, Perseu F. **Violência no parto: Na hora de fazer não gritou**. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/2013/03/25/violencia-no-parto-na-hora-de-fazer-nao-gritou/>. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dignidade humana está na origem da autodeterminação da LGPD, afirma Fux.** Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2021. não paginado. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dignidade-humana-esta-na-origem-da-autodeterminacao-informativa-da-lgpd-afirma-fux/>. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005.** Lei do direito ao acompanhante. Brasília, DF: Presidência da República, [2005]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11108.htm). Acesso em: 03 abr. 2022, não paginado.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Lei das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 12 abr. 2022, não paginado.

BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Brasil confirma primeiro caso do novo coronavírus.** Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2020]. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/02/brasil-confirma-primeiro-caso-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 05 abr. 2022.

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. Considerações sobre o conceito de dignidade humana. **Revista Direito GV.** v. 11, n. 2, 2015, ISSN 2317-6172. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1808-2432201528>>.. <https://doi.org/10.1590/1808-2432201528>. Acesso em: 21 mar. 2022.

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

MARQUES, Silva Badim. Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres. **Caderno Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 9, n.1, 2020. ISSN: 2358-1824. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/585>. Acesso em: 02 abr. 2022.

MATO GROSSO DO SUL. Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul. **Violência Obstétrica.** Campo Grande, MS: Defensoria Pública, 2021, ps. 05 e 06, grifo nosso. Disponível em: <https://www.naosecale.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/03/DEF-Cartilha-Violencia-Obste%CC%81trica-2021-PARA-PORTAL.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2022.

MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

OMS. Organização Mundial de Saúde. **Violência contra a mulher**. Disponível em: [https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab\\_3](https://www.who.int/health-topics/violence-against-women#tab=tab_3). Acesso em: 02 abr. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TOCANTINS. Defensoria Pública do Estado do Tocantins. **Acompanhante no parto: histórico da atuação pela garantia desse direito no Tocantins**. Palmas, TO: Defensoria Pública, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/noticia/49342-acompanhante-no-parto-historico-da-atuacao-pela-garantia-desse-direito-no-tocantins>. Acesso em 11 abr. 2022.

TOCANTINS. **Lei nº 3.674, de 26 de maio de 2020**. Lei de proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins. Palmas, TO: Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins, [2020]. Disponível em: [https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei\\_3674-2020\\_51664.PDF](https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3674-2020_51664.PDF). Acesso em: 02 abr. 2022.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Ação Civil Coletiva: 0016414-12.2020.8.27.2729, Tocantins**. Autor: Defensoria Pública. Réu: Estado do Tocantins. Juiz: Gil de Araújo Corrêa, 26 de outubro de 2021, Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, p. 9. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/images/A%C3%87%C3%83O%20CIVIL%20P%C3%9ABLICA%20COLETIVA.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2022.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado**. Palmas, TO: Tribunal de Justiça do Tocantins, 2021, não paginado. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes>. Acesso em: 05 abr. 2022.

## **VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL**

**RAYSLA CALIXTO PÓVOA:**  
Acadêmica do Curso de Direito da  
Universidade de Gurupi- UnirG

JORGE BARROS FILHO<sup>106</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Com a decretação de estado de pandemia pela Organização Mundial de Saúde, em razão do avanço mundial dos casos de contaminação da Covid-19, o Brasil, seguindo orientações internacionais sanitárias, adotou normas de restrição de circulação, todas elas impostas à população, que precisou se adequar para reduzir os casos no país. As novas regras levaram ao maior período de convivência familiar, com a adoção do teletrabalho por grande parte das empregadoras e profissionais liberais. O mesmo método de comunicação remota passou a ser utilizado no ensino, fazendo com que as crianças e adolescentes estudem em casa. Diante da maior convivência de crianças e adolescentes em suas residências, as violências sexuais cometidas contra eles também podem ter sido elevadas no decorrer da pandemia, problemática esta sobre a qual a pesquisa se desenvolve. O objetivo do estudo é discorrer sobre a ocorrência de violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes durante a pandemia causada pela Covid-19 no Brasil e seus reflexos penais. Para atender ao planejado, a pesquisa é bibliográfica, com resultados expostos em forma textual segundo o método dedutivo, com a transcrição de trechos e opiniões localizadas em doutrinas, artigos e notícias disponibilizadas em revistas e demais instrumentos digitais de informação.

**Palavras-chave:** Abuso sexual. Intrafamiliar. Criança. Adolescente. Pandemia.

**ABSTRACT:** With guidance from the World Health Organization, following the guidance of the World Health Organization, following the guidance of the World Health Organization, following the guidance of the World Health Organization, following the guidance of the World Health Organization, the World Health Organization, the restriction of circulation of all World Standards, the World Health Organization to adjust to reduce cases in the country. As new family leads, to the longest period of coexistence for most workers and liberal professionals. The same method of remote communication began to be used in teaching, making children and adolescents study at home. Given the greater coexistence of children and adolescents in their homes, sexual violence committed against them may

---

<sup>106</sup> Professor(a) Especialista do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: jorgebarrosadv@hotmail.com.

also have been high during the pandemic, a problem on which its evolution develops. The objective of the study runs on the occurrence of sexual violence against children and adolescents during the Brazilian pandemic against Covid-19 and its criminal consequences. To meet the plan, the research is bibliographical, with results in textual form according to the deductive method, with articles displayed from excerpts and opinions located in doctrines, and news published in magazines and digital information instruments.

**Keywords:** Sexual abuse. intrafamiliar. Kid. Adolescent. Pandemic.

**Sumário:** Introdução. Material e Métodos. 1. A Proteção Legal das Crianças e Adolescentes. 2. As Espécies de Violência Contra Crianças e Adolescentes. 3. A Violência Sexual Intrafamiliar. 4. Os Impactos da Covid-19 nos Casos de Violência Sexual Intrafamiliar Contra Crianças e Adolescentes. 5. A Responsabilização dos Autores do Fato Pela Prática de Violência Sexual Intrafamiliar. Conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

A sociedade brasileira, assim como em todos os países do mundo, precisou passar por uma mudança de hábitos nos últimos dois anos. Sem alternativa, a disseminação de um vírus altamente contagioso e em muitas situações letal à vida humana, os indivíduos foram obrigados a rever a convivência social em prol de assegurar a sua saúde e de sua família.

Um dos efeitos da pandemia da covid-19 é o aumento do período de convivência familiar, anteriormente reduzido pelos compromissos externos que retiravam pais, mães e crianças de suas casas. Com as regras de isolamento, o trabalho, os estudos e demais atividades passaram a ser feitas em ambiente domiciliar.

Com isso, todas as situações vivenciadas em ambiente familiar foram intensificadas, não apenas os momentos de felicidade, mas também os de infelicidades tornaram-se mais frequentes e intensos, marcados por violências, entre outros fatores.

Desta feita, as vítimas de violência sexual intrafamiliar ficaram mais expostas aos seus agressores, especialmente aquelas em situação de vulnerabilidades, fato este que pode ter desencadeado o aumento dos crimes dessa natureza em período de pandemia.

É notório que não é apenas o covid-19 que tem aumentado, mas também os casos de abusos contra as crianças e adolescentes. Sobre a possibilidade de crescimento da violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes esta pesquisa se apresenta, compreendendo em seu conteúdo a violência em ambiente doméstico e as suas consequências segundo a legislação nacional.

## **MATERIAIS E MÉTODOS**

Realizada em Gurupi, Tocantins, a pesquisa científica tem como instituição de ensino envolvida a Universidade e Gurupi-Unirg e se insere no tipo bibliográfico, baseado em revisão de literatura jurídica. É ainda exploratória quanto aos seus objetivos, por conter entendimentos doutrinários e jurisprudenciais recentes e qualificados.

A metodologia selecionada para a análise dos dados e informações coletados consiste nas técnicas de análise qualitativa do texto (análise de conteúdo, análise do discurso, confrontamento de informações), uma vez que por ser revisão de literatura, expõe o que determina o ordenamento jurídico brasileiro com resultados apresentados na forma de transcrição de trechos, jurisprudências e informações coletadas no curso da pesquisa.

## **1 A PROTEÇÃO LEGAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Na qualidade de Estado Democrático de Direito, a República Federativa do Brasil tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988) e por tal motivo a proteção dos direitos e garantias individuais de todas as pessoas.

Foi a partir da Carta Magna que “O Direito da Criança e do Adolescente demarcou um campo especial no ordenamento brasileiro. A partir de 1988 crianças e adolescentes são reconhecidos na condição de sujeitos de direitos e não meros objetos de intervenção no mundo adulto” (MULLER, 2011, p. 1).

A Carta Cidadã se destacou das anteriores por ter dedicado um dispositivo para a proteção das crianças e dos adolescentes. O artigo 227 da Constituição é longo, constituído de 8 parágrafos, que deu as diretrizes para a regulamentação da matéria. O caput determina a responsabilidade da sociedade, do Estado e principalmente da família de dar acesso aos direitos dos menores de idade:

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. (BRASIL, 1988)

Nos parágrafos que compõem o artigo da lei maior, encontram-se os deveres do Estado e as medidas a serem tomadas pelo Poder Público para assegurar os direitos fundamentais. Especificamente, o §8º determinou a edição de uma lei que estabelecesse os direitos dos jovens, através de um estatuto próprio, e um plano nacional de juventude.

Em suma, a Constituição brasileira tornou as crianças e adolescentes sujeitos dos direitos fundamentais atribuídos a todos os cidadãos, e além disso, titulares de direitos

especiais, com base na sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (MULLER, 2011).

Dois anos após a promulgação da constituinte, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi sancionado pelo Congresso Nacional, através da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, que no seu artigo 2º apresenta quem são os destinatários da proteção legal: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. (BRASIL, 1990)

A Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), estabelece em seu artigo 4º o dever da família e da sociedade em resguardar os direitos das crianças e dos adolescentes.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990)

A vida, a saúde, a segurança e a dignidade humana das crianças e dos adolescentes é amplamente assegurada no ordenamento nacional e decorrem do princípio da proteção integral.

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento (Cury, Garrido & Marçura, 2002, p. 21).

Todavia, apesar de tudo o exposto, infelizmente, existem vários casos de violência contra crianças e adolescentes no Brasil e no mundo. Uma das formas corriqueiras é a de natureza sexual, mas várias são as modalidades praticadas dentro do ambiente familiar, por pessoas da própria família das vítimas vulneráveis.

## **2 AS ESPÉCIES DE VIOLENCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Para garantir a dignidade humana para as crianças e para os adolescentes, além de proporcionar mecanismos de sobrevivência, quais sejam educação, cultura, educação,

lazer, etc., é essencial blindar esses indivíduos daquelas situações que lhe colocam em perigo de dano não apenas físico, mas também, moral e psicológico.

Por violência entende-se “qualquer atitude ou ação que cause algum prejuízo físico ou moral a uma pessoa ou ser vivo. Violência também pode ser entendida como o ato que agride ou pretende agredir. Violência, quando uma atitude intencional, é sempre um tipo de ataque” (Significados, 2022).

A partir do conceito acima, é perceptível que a violência pode ser expressada de várias formas. Em se tratando de vítimas crianças e adolescentes, as seguintes espécies de violência se apresentam possíveis, as quais são apresentadas e definidas nos seguintes termos:

**2.1.1 NEGLIGÊNCIA:** forma de violência que tem como característica, ato de omissão por parte dos responsáveis da criança, em prover os cuidados básicos tais como: vacinação, alimentação, educação, higiene, e afeto e atenção.

**2.1.2 ABANDONO:** Assemelha-se a negligência, porém tem um diferencial, é caracterizado, por abandonar de forma parcial ou total, quando parcial a criança e adolescente fica por alguns dias sem a pessoa mais velha cuidando destes, e o abandono total é quando o responsável evadiu-se da residência, não mais retornando para responsabilizasse pela criança ou adolescente.

**2.1.3 VIOLENCIA PSICOLOGICA OU EMOCIONAL:** É uma forma de violência, que podemos chamá-la de silenciosa, ou mais difícil de ser identificada, pois a primeira vista não se apresenta visível de ser identificada. Lembrando que esta violência está geralmente acompanhada dos demais tipos de violência. Tem como características, o processo de humilhação, xingamentos, e rejeição. São comuns “certas frases como: “não sei por que você nasceu”, você é burra”, *você não presta para nada”, você é um atraso na minha vida*”.

**2.1.4 VIOLENCIA FISICA:** Este tipo é um dos mais fáceis de ser identificado, pois a criança geralmente apresenta marcas, escoriações, vermelhidões, hematomas e até mesmo algum membro do corpo quebrado. Muitas das vezes esse tipo de violência ocorre, com a justificativa do responsável de que é necessário “educar” “corrigir” e não admite ser uma violência praticada. Dependendo do grau da violência pode levar a morte da criança.



2.1.5 VIOLÊNCIA SEXUAL: É praticada, sem o consentimento da criança e adolescente, parte do princípio o abuso de autoridade perante a criança sendo obrigados a praticas sexuais. Pode ser classificada como abuso sexual intrafamiliar e extra familiar, exploração sexual comercial. [...]

2.1.6 BULLYING: Refere-se a atitudes de atos de violência de modo intencional e sistemático. A tradução da palavra BULLYING para a nossa língua portuguesa significa: brutal, tirano. Geralmente é praticada por um grupo de pessoas para com uma única pessoa, o ofendido (a), muitas das vezes as situações de Bullying são por questões relacionadas pela intolerância, em relação a orientação sexual, identidade de gênero, forma física, raça, etnia, nacionalidade. É praticado em qualquer ambiente, não se restringindo ao universo escolar (MELLO, 2017, p.1).

Evidente que muitas outras situações podem ocorrer e se caracterizar como violência, sendo que em todas elas devem ser coibidas pela sociedade, pelo Estado e principalmente pela família, responsáveis direitos pelo cuidado das crianças e dos adolescentes. Contudo, o problema maior reside em ser a violência praticada em ambiente intrafamiliar, com destaque para a forma sexual, objeto deste estudo.

### **3 A VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR**

Uma das espécies corriqueiras, a violência sexual contra crianças e adolescentes é caracterizada como um crime grave contra os direitos humanos, e que deve ser enfrentado, haja vista que se apresenta como um fenômeno violador da integridade física e psicológica de pessoas em fase peculiar de desenvolvimento (SILVA e MARQUES apud MOUSINHO e REIS, 2018, p. 01).

Dado a gravidade da conduta, o artigo 227 da Constituição determina expressamente que: “§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.” (BRASIL, 1988).

Infelizmente, existem situações em que o abuso sexual ocorre dentro de casa, mediante relação familiar preexistente. Essa violência intrafamiliar é marcada pela existência de uma relação de convivência com o abusador, diferentemente da que ocorre em outros ambientes em sociedades.

O abuso sexual intrafamiliar geralmente é alguém em que a criança, confia, tem respeito e que possui algum grau de parentesco seja, avos, tios, irmãos, pais, mães, padrastos, madrastas. Já o abuso sexual

extra familiar é alguém geralmente muito próximo a criança e que também há uma relação de proximidade e confiança tais como: pastores, padres, vizinhos, amigos da família dentre outros. Cabe destacar aqui, que eventualmente ocorre esse tipo de violência por pessoas desconhecidas (MELLO, 2017, p.1).

A violência sexual intrafamiliar pode ser observada nas mais diversas famílias, apesar de ser mais comuns em lares instáveis e desestruturados. O motivo dessa informação reside nos números oficiais nacionais.

O abuso sexual intrafamiliar entre criança e adolescente é uma prática que vem ocorrendo com frequência não só nas famílias conhecidas como desestruturadas, mas em todas as classes sociais independentes de cor, crenças ou poder aquisitivo, são atos que podem desenvolver na criança ou adolescente diversas psicopatologias. Estas consequências poderão ocorrer pois a vítima não tem estrutura psíquica e muitas vezes, física em seu desenvolvimento. No Brasil anualmente 6,5 milhões de crianças e adolescentes passam por algum tipo de violência doméstica, entre elas 18 mil são espancadas diariamente e 300 mil são vítimas de incesto. Os adolescentes entre 10 e 14 anos foram os mais atingidos por violência física, e em segundo lugar por violência sexual (AZEVEDO, ALVES E TAVARES, 2018, P.1).

É necessário que o Judiciário e a sociedade mantenham-se atentos a tais situações, uma vez que a violência sexual intrafamiliar se tornou um empecilho cujo enfrentamento da sociedade é preciso, uma vez que tal prática viola os direitos humanos das crianças e adolescentes e causam impactos profundos no seu desenvolvimento psicológico (SZEBOT, 2021).

A violência sexual contra crianças e adolescentes, enquanto manifestação da violência que acomete o segmento infanto-juvenil é negação dos direitos humanos porque viola a integridade física e psicológica dos sujeitos em fase peculiar de desenvolvimento, podendo deixar marcas profundas em seus corpos e mentes. É um fenômeno que os destitui a condição de detentores de direitos que é característico e específico dessa fase da vida, ao torná-los objeto de satisfação e desejo daquele que comete o ato violento, retirando sua posição de sujeito que ainda não adquiriu integralidade, que ainda está em fase de construção de personalidade (MOUSINHO e REIS, 2018, p. 03).

Neste sentido, devem ser criados mecanismos de intensificação da proteção das crianças e dos adolescentes.

Da breve análise dos princípios incorporados pela Doutrina da Proteção Integral, bem como do rol de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, conclui-se que os direitos fundamentais refletem a proteção integral preconizada, representando um avanço. Porém, o desafio que atinge a todos, sociedade, famílias e Estado, é o de transformar os direitos fundamentais em prática no atual momento histórico da infância e adolescência no Brasil, e não somente representar uma conquista formal. No sentido de concretizar os direitos e contribuir para a efetivação da cidadania, torna-se indispensável a implantação de políticas públicas, programas, atividades, ações do cotidiano que atendam crianças e adolescentes nas demandas próprias do seu desenvolvimento, atingindo de igual forma as suas famílias. É necessário um comprometimento efetivo com a criança e adolescente, para que seja fortalecida a nova ordem recomendada pela Doutrina da Proteção Integral, com vistas à promoção da sua dignidade humana e o pleno exercício da cidadania (MULLER, 2011, p.1).

De fato, a responsabilização dos autores de tais condutas é necessária e será mencionada a seguir, antes disso, são analisados os impactos que a Covid-19 causaram nos casos de violência sexual intrafamiliar no Brasil.

#### **4 OS IMPACTOS DA COVID-19 NOS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Com a mudança de hábitos, a sociedade foi marcada pela retomada de convívio doméstico e familiar. Muitas famílias, passaram a conviver por mais tempo, fato este ampliou não apenas os pontos positivos, mas também os negativos, intensificando os problemas e as violências em face das crianças e dos adolescentes, especialmente a sexual intrafamiliar.

Diante do fechamento das escolas e de outros espaços importantes para a construção de vínculos de confiança com adultos fora de casa, crianças e adolescentes ficaram ainda mais vulneráveis à violência sexual durante a pandemia da Covid-19, alertam o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), o Instituto Sou da Paz e o Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP). Esse foi um dos achados do

estudo produzido pelas três organizações, que teve como objetivos verificar os possíveis impactos do isolamento social na ocorrência e na notificação da violência sexual e dar visibilidade a esse grave e recorrente problema e à necessidade de avançar no enfrentamento (UNICEF, 2020, p. 1).

Em um período de convivência comum, a violência sexual intrafamiliar já consistia em uma preocupação social de alta relevância. Com a vinda das normas restritivas de convivência em combate à contaminação da Covid-19, que causou uma pandemia, a preocupação sofreu aumento significativo, ante a maior exposição das crianças e adolescentes ao convívio com abusadores sexuais.

Os fatos comprovam que, embora o isolamento em casa seja uma medida de controle que pode conter o desenvolvimento de um novo vírus denominado coronavírus, esse procedimento tem desencadeado um aumento nos casos de violência doméstica. Pois embora a casa geralmente seja um “lar”, um grande número de pessoas ainda sofre por causa do ambiente inseguro, pois muitos familiares precisam dividir o espaço com o agressor (BESSA, 2021, p.1).

Caso o ambiente familiar fosse um lugar seguro para todas as crianças e adolescentes, naturalmente, o isolamento social deveria significar a redução das violências sexuais. Contudo, o resultado foi o contrário, sendo comum as denúncias de violência física e psicológica no curso da pandemia da Covid-19.

Durante o isolamento social em decorrência da pandemia da Covid-19 no país, o canal de denúncias de violação aos direitos humanos já recebeu, até maio de 2021, 25,7 mil denúncias de violência física e 25,6 mil de violência psicológica. Crianças e adolescentes correspondem a 59,6% do total de ocorrências.

Em março de 2020 escolas de todo o país fecharam as portas para colaborar com medidas preventivas e de contenção da disseminação do vírus. Até hoje, 14 estados e o Distrito Federal continuam com instituições de ensino público sem aula presencial, diminuindo o contato de crianças e adolescentes com pessoas de fora do círculo familiar.

De acordo com o Departamento de Polícia Judiciária da Macro Região (Demacro), houve queda de 70% no número de ocorrência de abuso sexual e violência a jovens no estado de São Paulo em abril de 2020, quando em comparação com o mesmo mês de 2019. Isso

indica subnotificação, já que não há evidência de fatores favoráveis à diminuição da violência, a qual vinha crescendo nos anos anteriores.

Segundo um estudo realizado pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), o Instituto Sou da Paz e o Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), o fechamento das escolas foi vetor da diminuição de denúncias, já que professores frequentemente conseguiam identificar a vítima, além de tomar providências (RACIUNAS e O'KUIINGHTTONS, 2021, p. 1).

De fato, a UNICEF já constatou a redução das denúncias, apesar do crescente número observado nos anos anteriores. De acordo com estudo realizado, as denúncias de estupro de vulneráveis, que vinham crescendo nos últimos anos, reduziram significativamente no primeiro semestre de 2020 em 15% (quinze por cento) em comparação com o mesmo período do ano de 2019 (UNICEF, 2020).

O ano de 2020 teve queda de 4,5% nas denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes no Disque 100, em relação a 2019; foram 14.621 registros no primeiro ano da pandemia. Em 2021, até 12 de maio, o Disque 100 registrou mais de 6 mil denúncias de violência sexual infantil. A pandemia, que levou ao fechamento das escolas e lugares de sociabilidade das crianças e adolescentes, é apontada por fontes ouvidas pela Gênero e Número como uma das justificativas para a diminuição das denúncias. Segundo a Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (parte do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos), ano passado apenas 6% das denúncias de violência de qualquer tipo contra crianças e adolescentes foram realizadas pelas vítimas no Disque 100 (SILVA e MARTINS, 2021, p. 1).

Segundo a Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, a redução das denúncias não representam a redução da violência, uma vez que a baixa dos números decorrem das medidas impostas pela pandemia da Covid-19, responsável pelo afastamento das crianças e adolescentes de ambientes escolares e locais públicos em que as violências poderiam ser observadas por terceiros, os principais denunciadores dessas condutas criminosas, tendo a pandemia contribuído para a subnotificação da violência sexual intrafamiliar (SILVA e MARTINS, 2021).

Contudo, apesar de muitas famílias omitirem e até compactuarem com as violências sexuais contra crianças e adolescentes, a sociedade e o Estado possuem o dever constitucional de impedir a violação dos direitos humanos desses indivíduos, o que ocorre principalmente através da responsabilização dos envolvidos com essas práticas.

## **5 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AUTORES DO FATO PELA PRÁTICA DE VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR**

Em se tratando de práticas sexuais em ambiente familiar, o alto grau de reprovabilidade desses abusos se concretiza através da sua caracterização delitiva.

Os crimes de natureza sexual estão tipificados do artigo 213 a 218 do Código Penal, havendo crime próprio quando a vítima for considerada vulnerável, situação que compreende as crianças e adolescentes menores de 14 (catorze) anos de idade (BRASIL, 1940).

Quando se trata de crimes sexuais praticados contra vulneráveis, incide a majorante de pena prevista no inciso II do artigo 226 do Código Penal, que aumenta a pena “de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela” (Brasil, 1940).

No exemplo a seguir, o abuso sexual intrafamiliar levou à condenação do autor do fato, na forma majorada, com base no depoimento da vítima como prova suficiente à comprovação da materialidade delitiva e autoria.

APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ACUSADO CONDENADO À PENA DE 12 (DOZE) ANOS DE RECLUSÃO PELO CRIME DESCRITO NO ART. 217-A C/C ART. 226, INCISO II DO CÓDIGO PENAL. PLEITO ABSOLUTÓRIO, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E FALTA DE CONSTATAÇÃO DA VIOLÊNCIA SEXUAL PELO LAUDO PERICIAL. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COLHIDAS A PARTIR DAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DOS DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS. RELEVANCIA DA PALAVRA DA OFENDIDA. PERÍCIA PSICOLÓGICA QUE ATESTA A POSSIBILIDADE DE VIOLÊNCIA SEXUAL SOFRIDA PELA VÍTIMA, DESNECESSIDADE DE PRESENÇA DE RESQUÍCIOS FÍSICOS DOS ATOS LIBIDINOSOS EM LAUDO PERICIAL. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL, MAJORANTE PERTINENTE À CONDIÇÃO DE ASCENDENTE DO AGENTE DO DELITO. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. IMPERIOSIDADE DA REPREENSÃO DO ABUSO SEXUAL PRATICADO NO ÂMNITO INTRAFAMILIAR. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. (TJBA – Classe: Apelação. Número do processo: 0302463-33. 2012.8.05.0259, Relator: Soraya Moradilio Pint. Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma, Publicado em: 09/05/2019).

Além de responsabilizar criminalmente os autores dessa violência, em sendo titular do poder familiar, deverão ser desconstituídos desse direito e dever, conforme a jurisprudência exemplifica:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SITUAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA VERIFICADA. Genitores que não apresentam condições de proporcionar aos filhos adequado e saudável desenvolvimento. Juízo de procedência dos requerimentos iniciais do Parquet que tem arrimo na repetição crônica dos episódios de negligência e/ou violência intrafamiliar, marcados pelo descaso e pela indiferença dos pais em relação à prole, de modo que não se mostraram capazes de alcançar aos protegidos os cuidados de proteção mínimos de que nenhuma criança ou adolescente deve ser privada. Prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente. Sentença de procedência confirmada. APELO DESPROVIDO. (TJ-RS – AC: 70084537885 RS, Relator: Rosana Broglio Garbin, Data de Julgamento: 27/11/2020, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 07/12/2020).

Diante de tais informações, resta demonstrado que o ordenamento jurídico nacional criou mecanismos legais de proteção da criança e do adolescente, punindo penalmente aqueles que violem seus direitos e lhes causem violências, mas tais fatos devem ser levados ao conhecimento das autoridades. Desta forma, compete à sociedade e ao Poder Público contribuir para que tais condutas não ocorram, especialmente em um período conturbado como o decorrente de pandemia.

## **CONCLUSÃO**

Ao levar em consideração as modificações sociais advindas das novas regras de convivência determinadas pelo governo brasileiro, de todos os entes federativos, em razão da pandemia da Covid-19, as famílias passaram a conviver por mais tempo juntos. Ocorre que o aumento da convivência nem sempre é positivo.

A pandemia, portanto, modificou a sociedade e causou danos em todas as pessoas que precisaram se adequar à nova realidade. Quando se tratam de crianças e adolescentes, pessoas vulneráveis, há uma preocupação em acompanhar essas mudanças para que situações de violência não sejam facilitadas pelo isolamento social.

O crescimento da convivência ocasionou a sensação de aumento também dos episódios de violência intrafamiliar. Contudo esses fatos não foram necessariamente denunciados e os números oficiais provavelmente não refletem a totalidade de violências

praticadas, o que se atribui ao fato de as crianças e os adolescentes terem ficado sem contato com pessoas que poderiam denunciar às autoridades.

Se, por um lado, houve o aumento de denúncias, em muitos casos o socorro policial e das demais autoridades acaba sendo tardio, uma vez que, realizado o abuso sexual de crianças e adolescentes, está concretizado o prejuízo físico e psicológico ao qual as vítimas são submetidas.

Após realizada a pesquisa, a conclusão obtida consiste na necessidade de criação de mecanismos de proteção das vítimas em situação de vulnerabilidade em todas as circunstâncias possíveis, aplicando as penas cíveis e criminais aos responsáveis, a fim de assegurar o gozo pleno dos direitos individuais das crianças e dos adolescentes brasileiros.

## REFERENCIAS

AZEVEDO, Maria Beatriz; ALVES, Marta da Silva; TAVARES, Júlia Rita Ferreira. **Abuso Sexual Intrafamiliar em Adolescentes e Suas Reflexões**. Revista Psicologia para a América Latina, 2018. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-350X2018000100002](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2018000100002)>. Acesso em 20 mar. 2022.

BESSA, Roberts Fabiano Dantas. **Abuso infantil intrafamiliar: aumento de casos durante a pandemia**. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 12 nov. 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56542/abuso-infantil-intrafamiliar-aumento-de-casos-durante-a-pandemia>. Acesso em: 08 mar 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 04 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 26 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em 10 nov. 2021.

**BRASIL**. TJBA – Classe: Apelação. Número do processo: 0302463-33. 2012.8.05.0259, Relator: Soraya Moradilio Pint. Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma, Publicado em: 09/05/2019. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/706909554/apelacao-apl-3024633320128050250>>. Acesso em 26 mar. 2022.



**BRASIL.** TJ-RS – AC: 70084537885 RS, Relator: Rosana Broglio Garbin, Data de Julgamento: 27/11/2020, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 07/12/2020. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1138198584/apelacao-civel-ac-70084537885-rs>>. Acesso em 26 mar. 2022.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3ª ed., rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Flaviana Aparecida de. Atenção aos sinais: as várias formas de violência contra crianças e adolescentes, sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento. *Revista Âmbito Jurídico*, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/atencao-aos-sinais-as-varias-formas-de-violencia-contracrianças-e-adolescentes-sujeitos-em-condicao-peculiar-de-desenvolvimento/#:~:text=2.1%20%E2%80%93%20os%20principais%20tipos%20de,face%20de%20qualquer%20situa%C3%A7%C3%A3o%20de>>. Acesso em 15 mar. 2022.

MOUSINHO, Geysa Camila Silva; REIS, Renata Souza. **Abuso sexual intrafamiliar: Os determinantes para o silenciamento da família frente o abuso sexual de crianças e adolescentes**. Publicado em 2018. Disponível em: <<https://iesfma.com.br/wp-content/uploads/2017/10/ABUSO-SEXUAL-INTRAFAMILIAR-Os-determinantes-para-o-silenciamento-da-família-frente-o-abuso-sexual-de-crianças-e-adolescentes..pdf>>. Acesso em 10 nov. 2021.

MULLER, Crisna Maria. Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil. *Revista Âmbito Jurídico*, 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-89/direitos-fundamentais-a-protecao-integral-de-crianças-e-adolescentes-no-brasil/>>. Acesso em 04 mar. 2022.

RACIUNAS, Carolina; O'KUIINGHTONS, Cecília Mayrink. Violência Contra Crianças Aumenta Durante A Pandemia No Brasil. Publicado em 14 jun. 2021. Disponível em: <<https://agemt.pucsp.br/noticias/violencia-contracrianças-aumenta-durante-pandemia-no-brasil>>. Acesso em 20 mar. 2022.

SILVA, Vitória Régia da; MARTINS, Flávia Bozza. **Denúncias de violência sexual infantil no Disque 100 caem em 2020, mas pandemia pode impactar na subnotificação dos casos**. Publicado em 21 de maio de 2021. Disponível em: <<https://www.generonumero.media/violencia-sexual-infantil/#:~:text=Den%C3%BAncias%20de%20viol%C3%AAncia%20sexual%20infantil%20no%20Disque%20100%20caem%20em,impactar%20na%20subnotifica%C3%A7%C3%A3o%20dos%20casos&text=QUERO%20IR%20JUNTO!&text=O%20ano%20de%202020%20teve,no%20primeiro%20ano%20da%20pandemia>>. Acesso em 21 mar. 2022.

SZEBOT, Letícia Macedo Morilha. **Violência Sexual Intrafamiliar e a Proteção a Luz do ECA**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/violencia-sexual-intrafamiliar-e-a-protecao-a-luz-do-eca.htm>>. Acesso em 10 nov. 2021.

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância. Pandemia dificulta denúncia de violência sexual contra crianças e adolescentes no Estado de São Paulo, revela relatório. 2020. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/pandemia-dificulta-denuncia-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-em-sp>>. Acesso em 20 mar. 2022.

**Violência.** *Significados*, 2022. Disponível em: <<https://www.significadosbr.com.br/violencia>>. Acesso em 14 mar. 2022.

## OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NO TELETRABALHO E TELETRABALHO NO ENSINO DOCENTE DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19

**JOYCE DA SILVA ARCANJO:** Graduanda em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA) <sup>107</sup>

**VITÓRIA CAROLINE VIEIRA MOREIRA** <sup>108</sup>

(coautora)

**RODRIGO ARAÚJO SARAIVA** <sup>109</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho objetiva refletir a respeito das alterações trazidas quanto ao teletrabalho pela Lei nº 13.467/2017 na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) diante do conjunto de normas antes asseguradas constitucionalmente ao empregado, e se a referida alteração suprimiu direitos trabalhistas anteriormente assegurados pela Constituição Federal de 1988, assim como também efetuar uma revisão bibliográfica da recente modalidade de trabalho que se solidifica juntamente ao contexto sócio-econômico-cultural da era pós-industrial: o teletrabalho. Conceituado como uma prestação laboral à distância, tem como requisitos específicos para sua realização, à utilização dos meios de telecomunicação e de informática para lograr a comunicação adequada entre o teleempregado e empresa mediante vínculo empregatício. Com ênfase no regime de teletrabalho na educação do ensino remoto emergencial pelos Professores. Significando novas possibilidades de inserção no mercado de trabalho e de inclusão social para aqueles que estavam, até então, à margem do mercado de trabalho tradicional. As alterações nas relações trabalhistas com a atual reforma na legislação e, conseqüentemente, a análise das mudanças no direito do trabalho e a reestruturação das relações laborais.

**Palavras-chave:** Reforma Trabalhista. Direitos dos Trabalhadores na CRFB (1988). Teletrabalho.

### 1 INTRODUÇÃO

---

<sup>107</sup> E-mail: joycesarcanjo@gmail.com.

<sup>108</sup> Graduanda em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA), vitoriakarol98@gmail.com.

<sup>109</sup> Mestre em Criminologia pela Universidade Fernando Pessoa. Pós-graduado em Direito Civil, Processo Civil, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, rodrigoaviaras@hotmail.com.

A análise jurídica de algum conjunto normativo, de qualquer artigo de lei, ou de qualquer norma jurídica no contexto de um sistema constitucional supõe e passa, evidentemente, pelo exame e compreensão da lógica desse sistema constitucional e de seus pilares fundamentais. Desta forma, tal análise deve levar em consideração, igualmente, o conjunto de normas constitucionais específicas referentes ao tema abrangido pelo diploma normativo ou norma jurídica infraconstitucional. Não poderia ser diferente no tocante à reforma trabalhista aprovada pela Lei nº. 13.467, em 13 de julho de 2017.

A Constituição da República Federativa de 1988 deve, portanto, ser identificada a partir de seus pilares fundamentais, com a sua lógica jurídica estrutural, é o que será efetivado no presente trabalho. Somente depois de bem compreendida essa matriz estrutural da Constituição da República Federativa do Brasil, no que diz respeito ao direito social do trabalho, é que será feito o estudo do sentido da reforma trabalhista brasileira de 2017.

O núcleo estrutural da Constituição de 1988, naquilo que forma os seus princípios basilares e a distingue, significativamente, das constituições precedentes do País, situa-se em três pilares principais: a arquitetura constitucional de um Estado Democrático de Direito; a arquitetura principiológica ligadas aos direitos do homem e social da Constituição da República; e a concepção constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana.

O presente estudo tem como finalidade a abordagem a respeito das alterações realizadas na antiga legislação trabalhista promovidas pela atual e vigente reforma trabalhista nos pontos que venham a tocar os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal (1988) e os princípios do Direito do Trabalho.

No atual contexto das alterações provocadas nas leis trabalhistas, ocasionadas pela reforma trabalhista, verifica-se a regulamentação do teletrabalho, que embora já fosse utilizado por empresas e instituições públicas e privadas, teve sua regulamentação instituída com a reforma trabalhista no Brasil. O teletrabalho é uma modalidade de trabalho a distância, atualmente inserida na legislação trabalhista, tendo sido criado regras legais para o seu desempenho que até a presente reforma não havia legislação que o regulamentasse. Tal modalidade de trabalho cresceu muito no período pandêmico evitando mais desempregos e assegurando maior segurança, comodidade e autonomia ao trabalhador que tem a opção de exercer o seu ofício fora das dependências do empregador por intermédio de tecnologias de informação e comunicação.

Nesse contexto, por um lado, foi necessária a efetivação de tal modalidade laboral como efetiva forma de trabalho, não diferenciada da prestação de serviço realizada no estabelecimento empresarial. Noutra ponta de vista, essa modalidade de trabalho não foi integralmente regulamentada, uma vez que verifica-se que o texto da reforma só aponta o dever da igualdade salarial, seja no trabalho desenvolvido presencialmente nas dependências da Empresa, seja no labor desenvolvido em casa, mas ignorou pontos de tamanha importância, como os custos da produção e a produtividade propriamente dita.

Assim, após a discussão inicial acerca do direito do trabalho como direito social e fundamental previsto na Constituição Federal, o ponto de análise crítica que o presente trabalho partirá será sobre a importante, mas incompleta, regulamentação do teletrabalho como modalidade própria de labor.

Ademais, cada vez mais adentrando no assunto que se busca discutir, será analisada tal regulamentação proposta pela reforma trabalhista na seara educacional, pois mesmo que existisse, anteriormente à pandemia do Covid-19 os ensinamentos à distância, foi com tal momento pandêmico que se alargou tal prática docente no meio virtual, de modo integralizado.

Com isso, num terceiro momento, será analisado teletrabalho no meio acadêmico, como forma de possibilitar a continuidade do ensino em situação tão remota e extraordinária, bem como serão levantadas críticas com intuito reflexivo acerca do papel docente nesse momento e as dificuldades sociais e jurídicas envolvidas.

Para atingir tais objetivos e discutir o que se propõe, o prezado trabalho utilizará a metodologia de pesquisa bibliográfica, documental, como forma de analisar as doutrinas e artigos científicos, bem como jurisprudências pátrias que venham a suscitar o julgamento a respeito da temática do teletrabalho, demonstrando as tendências anteriores à reforma trabalhista e o momento posterior, inclusive no período pós-pandêmico ao qual inicia-se a viver.

## **2 O DIREITO SOCIAL DO TRABALHO E O CONTEXTO DA REFORMA TRABALHISTA**

A Constituição Federal de 1988, embora garanta a segurança jurídica das negociações coletivas de trabalho, tendo-se como fundamento a garantia da dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos fundamentais da pessoa humana e a garantia da valorização do trabalho, realizou uma escolha estrutural pelo modelo legislado das relações de trabalho, em que foi garantido de direitos o lado mais vulnerável da relação trabalhista, qual seja o trabalhador, e instituiu a observância do princípio da

norma mais favorável a este, quando exista conflito entre a norma estatal e regras negociadas, salvo nos casos em que o próprio Texto Máximo autorize a aplicação da regra mais prejudicial com previsão em negociação coletiva (incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º da CF/88)

Ensina Mauricio Godinho Delgado que:

O mais democrático e inclusivo Texto Máximo já produzido na História do Brasil realizou explícita, clara e estrutural escolha pelo modelo legislado de regulação trabalhista, indicando, inclusive, os caminhos mais coerentes para afirmação, desenvolvimento e melhoria. A partir dessa manifesta escolha constitucional, vindo do Texto Magno mais democrático construído em cinco séculos de história, torna-se inconsistente e meramente ideológica qualquer tese de rediscussão sobre a importação do modelo anglo-americano para a economia, a sociedade e a cultura brasileiras. Em conformidade com a Constituição de 1988, cabe, essencialmente, universalizar-se o estuário de regras e princípios trabalhistas na sociedade e economia brasileiras, elevando-se o patamar civilizatório mínimo de inclusão social e econômica na realidade do País, conferindo-se efetividade à mais importante política pública de inclusão social e econômica já construída nos marcos do capitalismo. Os aperfeiçoamentos necessários no plano do Direito Coletivo do trabalho – a respeito do qual a Constituição, de fato, reconheceu existir certa transição democrática – não têm a aptidão de recolocar em debate todo o sistema jurídico constitucionalizado. A estrutura, o sentido e o papel desse sistema jurídico trabalhista estão firmemente assentados pela própria Constituição da República (DELGADO, 2015, p. 30).

Em julho de 2017, após intensos debates e discussões, o então Presidente da República Michel Temer sancionou a Lei nº 13.467/2017 no dia 13 de julho, conhecida como a “Lei da Reforma Trabalhista”, que reformou diversos artigos da consolidação das leis trabalhista, trazendo novidades que a princípio preocupou a classe trabalhadora. O direito do trabalho ganhou uma nova roupagem capaz de flexibilizar o compromisso histórico e clássico de defender a parte mais frágil em uma relação capital versus proletariado.

De acordo com o autor Jack Balkin (1987) ideias e conceitos alteram-se à medida que a sociedade se modifica com o tempo e o cenário político e cultural também é modificado. E afirma que os juristas devem estar interessados em utilizar técnicas de desconstrução de ideias pois fornecem métodos para criticar as normas legais existentes e assim modificá-las de acordo com as mudanças sociais. Além disso, as técnicas desconstrutivas podem mostrar como os argumentos que justificam a inclusão no ordenamento jurídico de normas são informados e modificam o pensamento ideológico.

Por outro lado, é possível afirmar também que a ideia pugnada por Balkin também pode ser refletida ao revés, desconstruir, inserir, ampliar e modificar direitos.

Nesse ponto, a Lei nº 13.467/2017 reflete o pensamento ideológico em regular as relações de trabalho, notadamente, pelo neoliberalismo, que por via direta abalou as estruturas do direito do trabalho, abrindo um espaço de proteção ao interesse do que detém a força superior e dominante, isto é, o empregador.

Deste modo, o presente marco teórico fará uma reflexão em como as técnicas desconstrutivas através do pensamento ideológico motivou o legislador a trazer para a sociedade brasileira uma mudança significativa na legislação trabalhista.

Jack Balkin (1987) assegura que “os limites da justiça, são determinados pelos limites de quem é humano em oposição a quem é meramente “animal”, a reforma trabalhista é um exemplo que não se respeitou o limite do humano, do lado mais frágil na relação trabalhista, do tangível pelas limitações do cansaço, daquele que se esvai em seu esforço humano no fim do dia laboral, do respeito a trabalhadora humana que gera mais uma vida que ingressará no mundo que o recepcionará em um ambiente desumano e sem limites.

Historicamente, os avanços normativos no período pós industrialização criou um campo de proteção aos direitos dos operários, fruto dos movimentos sociais em busca de humanização, segurança e dignidade nas relações entre empregador e trabalhador.

O complexo e sensível ramo do direito trabalhista tem por finalidade a proteção aos direitos fundamentais do trabalhador, constituindo assim garantias de que a ordem jurídica não poderá retroceder em desfavor do cidadão, embora haja exceções prevista na magna carta.

A Constituição cidadã (1988) estabelece que um dos objetivos fundamentais da República é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária que garanta o desenvolvimento nacional e assim, possa reduzir as desigualdades sociais e regionais.

O texto constitucional confirma que nossa atual sociedade é multifacetária, com realidades sociais distintas. O Brasil é um país em desenvolvimento social, dado relevante que nos faz concluir que há uma desigualdade social considerável no país, muito visível nas relações laborais, e que se deve levar em conta quando se fala sobre mudança nas leis trabalhistas o que parece ter sido deixado a segundo plano na tramitação do projeto de lei da reforma trabalhista.

Segundo entende Vólia Bomfim (2017), o Welfare legitimou a pretensão universalista dos direitos dos trabalhadores em razão da centralidade do trabalho na organização da sociedade industrial. A princípio a atuação estatal é justamente proteger o hipossuficiente da famigerada lei do mercado, o trabalhador.

Conforme, Welfare State ilustra,

O Welfare State representa o direito que tem toda pessoa de ser protegida contra abusos do poder econômico, garantindo-lhe, por exemplo, renda mínima, alimentação, educação, saúde, habitação, independentemente da condição social do ser humano, tudo como forma de direito político e não como caridade (BOMFIM, *apud*, STREK p.64).

Em verdade, de um fenômeno mundial de precarização normativa das relações trabalhistas, com suporte ideológico político, econômico e social.

No entanto, não podemos esquecer que o direito do trabalho deve equilibrar os interesses divergentes, pois o capital depende do trabalhador e o trabalhador do capital, vice-versa, nesse ponto o Estado é o ponto de equilíbrio nessa relação. De um lado o empregador quer direitos e flexibilidade para admitir e admitir e do outro o trabalhador quer segurança e garantias trabalhistas. Além disso, é de se perceber que a característica marcante do direito do trabalho é proteção ao hipossuficiente.

A despeito da Lei nº 13.467/2017 é correto afirmar que a referida lei apresenta-se claramente como instrumento de garantia dos interesses dos empregadores e resultará em maior lucratividade e aumento significativos de seus rendimentos, a exemplo do novos modelos de contratos de trabalho, prestação de serviços por pessoa jurídica, a não integração ao salários de benefícios, trabalho em condições insalubres para gestantes, fim



das horas *in itinere*s, revogação de regras sobre a jornada de trabalho, dispensa das homologações pelos sindicatos, dentre outras que ferem princípios como da razoabilidade, lealdade e transparência.

### **3 O TELETRABALHO COMO ALTERNATIVA LABORAL E INSERÇÃO SOCIAL**

No decorrer do século XXI, houve um considerável crescimento no que diz respeito às tecnologias de informação, no Brasil. Tanto no que diz respeito ao desenvolvimento tecnológico, quanto à quantidade de usuários. As novas tecnologias, ligadas ao avanço da internet em alta velocidade, se disseminaram nas residências da atual população brasileira. Esse avanço também aumentou nos equipamentos telemáticos, o que originou no teletrabalho um preenchimento gradativo de um novo formato nas relações empregatícias, onde o empregado que detém aparelhos smartphones com acesso à internet, um computador ou notebook e internet de alta velocidade em sua residência é capaz de realizar as mesmas tarefas que realizaria no escritório onde trabalha. Esta revolução no âmbito do trabalho é considerada, ainda, uma nova perspectiva de inserção laboral na atualidade, cujo retorno é um processo mais rápido e diminuição de custos ao empregador (REIS, 2017).

Desta forma, o desenvolvimento das novas tecnologias, na forma do trabalho remoto ou teletrabalho, veio com o objetivo de impulsionar, reinserir socialmente parte da população, a exemplo da dona de casa e mãe que não pode sair de casa para trabalhar por não ter com quem deixar seus filhos, e, ao mesmo tempo, criar ferramentas, novas profissões e formatos de trabalho o que contribui para o trabalhador desenvolver seu labor de maneira mais aprazível, criativa, inovadora, com o condão de modernização do antigo modelo de serviço, incrementando na sua produção o contexto atual de trabalho, assim como também possibilita as mais diversas pessoas de diferentes classes sociais e níveis de educação a sua colocação no mercado de trabalho. Em outro formato, o teletrabalho é apontado como uma forma, dentre outras, de trabalho descentralizado. Assim, envolve não só a mudança no modelo de negócio, como a mudança na forma de distribuição de funções em um negócio ou empresa.

Cabe ressaltar, que o termo teletrabalho origina-se do inglês telecommuting ou telework, sendo Jack M. Nilles considerado seu criador (BERNARDINO, 2010; MELLO, 2011; NOGUEIRA; PATINI, 2012). “Tele” vem do grego e significa distância, e “commuting” corresponde ao termo que indica a viagem de ida e volta da residência do trabalhador para o trabalho (SAKUDA; VASCONCELOS, 2005), isto significa que o teletrabalho é uma forma

de trabalhar a distância, mas auferindo a mesma eficiência e resultado de um trabalho feito por alguém que está fisicamente no seu local de emprego.

Segundo entende a Organização Interacional do Trabalho (O.I.T) o teletrabalho se conceitua como qualquer trabalho realizado em locais fora do escritório ou sede da empresa, no qual o trabalhador não mantém contato pessoal direto com os colegas, entretanto pode entrar em contato com eles através de tecnologias de informação como a internet, um efeito positivo seria a diminuição de conflitos existentes com convivência diária entre colaboradores que coabitam no mesmo espaço físico de uma empresa.

É de suma importância ressaltar que existe uma diferença entre trabalho à distância e o teletrabalho. No primeiro caso, o trabalho é executado fora da sede patronal, entretanto não depende do uso de tecnologias de informação e de comunicação, já no segundo tipo, estes elementos são extremamente necessários para o desenvolvimento do teletrabalho.

Segundo Guadalupe, 2012, explica,

Teletrabalho é uma forma de flexibilizar o trabalho, atenuando a subordinação da empresa perante o empregado adaptando-se ao meio termo entre o empregado e o autônomo de forma que passe a ser parassubordinado, ou seja, maior gestão sem perder a subordinação da empresa e os riscos dessas que permanecem perante o trabalhador.

O teletrabalho e o trabalho em domicílio são espécies do trabalho à distância, mas seus conceitos não se confundem. Nem todo trabalho em domicílio não pode ser caracterizado como teletrabalho, uma vez que nem sempre se utiliza dos meios telemáticos e de internet para sua utilização. No teletrabalho é imprescindível o uso dos meios de tecnologias da informação.

Aponta Soares (1995, p. 75) que,

“O teletrabalho é visto como a solução ideal, pois conjuga a utilização de computadores com a descentralização”. O teletrabalho pode então ser visto como uma experiência em que acontece o redimensionamento temporo-espacial da organização do trabalho.

No teletrabalho como exposto a cima, a empresa pode funcionar 24 horas por dia, sete dias por semana, com os teletrabalhadores online de qualquer lugar do mundo, as

soluções ao cliente são resolvidas de forma mais rápida, quase que instantânea dentro dos limites de horário permitidos pela empresa. No teletrabalho pode-se exercer o trabalho em qualquer lugar que tenha uma boa, fazendo com que o seu alcance seja extraterritorial.

O fato de o empregado trabalhar longe da vista do empregador (...), não descaracteriza à inexistência da subordinação e a natureza da relação trabalhista, tampouco a continuidade do contrato de trabalho (ALMEIDA, 2005, p.69).

Barros e Da Silva (2010, p.3) pontuam que o perfil do teletrabalhador tem afinidade com os profissionais mais próximos da aposentadoria, com os concursados que moram distante da sua cidade de origem, com a mãe solo que não tem com quem deixar seus filhos e não dispõe de condições financeiras para pagar babás, com os trabalhadores casados e com filhos que objetivem conciliar as atividades laborais com a vida pessoal familiar.

O exercício da atividade laboral em movimento é também possível, sendo executado em geral por pessoas com baixa, média ou alta qualificação, basta que saibam se utilizar e tenham noções elementares da informática ou da telecomunicação.

Segundo depreende o autor Oliveira (2005, p.82) que entende: "O teletrabalho, além de significar novas opções de trabalho, veio mesmo para transformar o mundo do trabalho e interferir na forma de as pessoas viverem e se relacionarem". Há de se pesar o fato de que este tipo de trabalho pode vir a interferir na rotina doméstica da família do trabalhador, se o mesmo não tiver um senso de organização, disciplina e distribuição do tempo que se dedica às atividades, além de diminuir a convivência com outros profissionais, o que estreita sua rede social, ou seja, a capacidade de auto-supervisão é essencial a este profissional.

Algumas outras desvantagens para o teletrabalhador são a possibilidade de depressão em razão do isolamento social, aumento de custos com a produção se a empresa não se dispuser a arcar com os gastos, além de conflitos familiares em razão da proximidade física. Mesmo exercendo suas atividades fora da sede da empresa, o teletrabalhador não está isento de cumprir as normas de higiene e segurança do trabalho.

Garcia (2012, p.31) diz que "podem surgir desvantagens no teletrabalho, como a maior dificuldade de integração do empregado nos grupos dos demais trabalhadores, bem como na sua participação de atividades coletivas e sindicais".

Existem três níveis de interação que podem se estabelecer entre o empregador e o teletrabalhador, sendo eles: off line, one way line e on line. No trabalho offline inexistente a conexão interativa, ou seja, não se mantém um vínculo direto com a empresa; no segundo tipo predomina uma comunicação unidirecional não havendo transmissão simultânea entre a empresa e o teletrabalhador. E na última modalidade a comunicação é bidirecional resultando numa interação constante e contínua.

O teletrabalho, no Brasil, ainda está em fase experimental, embora alguns estudiosos e pesquisadores apontam uma considerável quantidade de aspectos negativos como os já citados ao presente trabalho, é inegável as vantagens oferecidas por essa nova formatação de trabalho, principalmente no período de pandemia, aonde vários empregos foram mantidos por poderem ser exercidos pelo teletrabalho, e outras novas profissões surgem a cada ano com o crescimento da tecnologia criando novos campos de trabalho e assim reinserindo várias famílias e classes de diferentes trabalhadores a uma renda mensal.

#### **4 O TELETRABALHO NO MEIO ACADÊMICO E O ENSINO EM SITUAÇÃO REMOTA E EXTRAORDINÁRIA**

Segundo demonstrado em pesquisas recentes, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), por volta de quatro em cada dez usuários de Internet que trabalharam durante o período pandêmico realizaram teletrabalho. A maior parte dessas pessoas foram o de trabalhadores que possuíam Ensino Superior, os pertencentes às classes AB e os com 60 anos ou mais. O teletrabalho esteve muito presente no meio acadêmico entre trabalhadores da educação, uma vez que as aulas presenciais na pandemia foram suspensas, da administração pública e de atividades profissionais, científicas e técnicas.

Dito isto, o notebook foi o instrumento mais utilizado por indivíduos mais escolarizados, das classes mais altas e mais velhos, o uso de celular predominou entre aqueles com menor escolaridade, de classes mais baixas e mais jovens. O acesso remoto a pastas e arquivos da empresa e software foram os itens de apoio ao teletrabalho mais fornecidos por parte das empresas em que trabalham, sendo que uma parcela de pessoas não receberam nenhum item de apoio, indicando ter sido essa uma adaptação em caráter emergencial. Em termos das ferramentas digitais utilizadas para realização das atividades de trabalho pela Internet, o uso de plataformas de videoconferência teve destaque entre usuários das classes AB, dando ênfase as reuniões de trabalho por diversas pessoas que estejam fisicamente em lugares diferentes.

A emergência sanitária gerada pela pandemia provocou o fechamento das escolas em todo o território nacional, com grandes impactos no desenvolvimento dos processos

de ensino e de aprendizagem. As medidas de isolamento e as aulas ministradas de forma remota transferiram a sala de aula para os domicílios de estudantes e professores, enquanto os recursos digitais passaram a serem os principais meios de interação entre as escolas e as famílias.

Dito isto, alguns artigos veiculados no site do SINEPE/RS mostram os grandes avanços no meio pandêmico:

De forma emergencial e com pouco tempo de planejamento e discussão (o que levaria meses em situação normal), professores e gestores escolares, público e privado, da educação básica a superior, tiveram que adaptar in real time (em tempo real) o currículo, atividades, conteúdos e aulas como um todo, que foram projetadas para uma experiência pessoal e presencial (mesmo que semipresencial), e transformá-las em um Ensino Remoto Emergencial totalmente experimental. Fazendo um recorte desse processo, podemos afirmar que nunca a educação foi tão inovadora. Foi a transformação digital mais rápida que se tem notícia num setor inteiro e ao mesmo tempo. (ENSINO, 2020).

Em grande parte dos estados e municípios, as aulas foram convertidas em atividades não presenciais. Entre as estratégias adotadas estiveram as transmissões televisivas e radiofônicas, a entrega de materiais impressos e o uso de meios digitais, como aplicativos, redes sociais e plataformas virtuais – medidas que foram implementadas por algumas redes de ensino desde a confirmação dos primeiros casos da doença no Brasil, em março de 2020. Quatro meses depois do início da adoção das primeiras estratégias de ensino remoto, foi aprovada a Lei nº 14.040/2020, com a finalidade de instituir normas excepcionais a serem implementadas por escolas e universidades como parte das medidas de enfrentamento à pandemia.

Além de propor a reorganização do calendário escolar, com a possibilidade de extensão das atividades do ano letivo de 2020 para 2021 e a desobrigação de cumprimento dos dias letivos estabelecidos pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996), a nova lei abriu a possibilidade de que as aulas continuassem a ocorrer integralmente ou parcialmente por meio de iniciativas não presenciais, isto é, o teletrabalho era a opção extraordinária e urgente de manterem as aulas e o trabalho de professores no meio acadêmico, e conseqüentemente serem mantidos os salários desses profissionais.

Diante desse cenário, restaram evidente as diferenças sociais e econômicas vivenciadas pelos estudantes para a realização de atividades educacionais e o acesso às vídeos aulas, sobretudo, o uso das tecnologias digitais se tornaram mais evidentes com a pandemia, tanto como forma de diversão, informação, aprendizado, ou como instrumento de trabalho. Posteriormente a isso, a tecnologia se tornou um ponto de atenção das políticas educacionais para a efetivação do direito de acesso amplo à educação e a pesquisa, principalmente considerando o prolongamento das atividades baseadas em ensino híbrido ou totalmente remoto durante o próximo ano letivo.

Durante a pandemia, a terceira edição do Painel TIC COVID-19 que tem como objetivo apurar informações sobre o uso da Internet durante a pandemia onde registrou um aumento na realização de atividades ou pesquisas escolares na Internet. Segundo a pesquisa quase 50% dos usuários de Internet com 16 anos ou mais e com grau de instrução até o Ensino Fundamental utilizaram a rede nos três meses anteriores à pesquisa para a realização de atividades escolares, percentual que era de 24% na população de referência da TIC Domicílios 2019.

Já com relação aos usuários do Ensino Médio também houve um crescimento na proporção dos usuários que passou de 39% para 52%, em relação ao mesmo período no ano anterior. Percentual que também aumentou com relação aos indivíduos da classe C (passando de 41% para 51%) e das classes Dedicção Exclusiva - DE (de 34% para 50%), o que evidencia a disseminação das atividades educacionais mediadas por recursos digitais entre camadas da população com menor acesso a essas oportunidades. Entre os usuários de Internet das classes AB, a realização dessas atividades já era reportada por mais da metade da população de referência da TIC Domicílios 2019 e se manteve estável no período (passando de 53% para 56%).

Sabe-se que no atual cenário da realidade brasileira tem exigido mudanças inegáveis ao modelo educacional utilizado, tanto no que diz respeito ao amplo acesso a educação por intermédio de tecnologias, quanto no que diz respeito ao teletrabalho dos profissionais da educação em um futuro próximo e distante. Como uma saída urgente e preventiva de propagação e transmissão do vírus, as atividades presenciais acadêmicas foram interrompidas e a continuidade do ensino foi alicerçada, pelos meios tecnológicos, pautados pela inovação e flexibilidade, com maior alcance geográfico e temporal. Todavia, aos professores restou a importante tarefa de se adaptarem ao novo formato e virtualizar o processo educativo em tempo recorde.

De forma contrária a esse cenário, entre os aspectos sociais, destacam-se as incompatibilidades do *homeoffice* com a vida pessoal. Desse modo, o distanciamento

físico, a transferência e adaptação do trabalho em casa, bem como a intromissão das tecnologias nas residências, têm causado uma sensação de perda da vida privada, um distanciamento entre aluno e professor, e familiar aos professores. O local de trabalho se tornou a residência privada dos professores. A vida *online* e *offline* foram misturadas pela expressão velada “estar mais próximo do aluno” e suas rotinas diárias foram totalmente modificadas.

Em relação aos aspectos tecnológicos, destacam-se a falta de recursos e a tecnofobia, e o fato de nem todos os professores que se utilizaram do teletrabalho no meio acadêmico tinham domínio de utilização dessa ferramenta. Estudo realizado através da análise de dados do IBGE Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) Covid-19 com docentes do nível superior, atuantes em instituições públicas e privadas brasileiras, revelou que 91,9% dos profissionais possuem equipamentos para ministrar aulas remotas. Desse total, apenas 11,3% recebem apoio financeiro das instituições como forma de melhorar e aperfeiçoar o suporte tecnológico e de acordo com o Censo da Educação Superior, em 2018 havia um total de 384.474 professores do ensino superior atuando na rede pública (45,2%) e privada (54,8%) no Brasil, sendo a idade de 38 anos a mais frequente entre os docentes.

Com base nas notícias, resta claro as grandes dificuldades no meio docente na pandemia, vejamos:

Segundo Cecília, os relatos mais frequentes dos professores expressam um volume de trabalho para além da carga horária contratada, o não fornecimento de equipamento por parte da instituição e o excesso de demandas. [...]. E destaca: “Estamos todos vivendo uma situação inusitada no país e no mundo. É grave. Os professores também estão abalados e tendo que se adaptar à realidade, assim como os estudantes e suas famílias”. (OCHÔA, 2020)

Nesse interim, a faixa etária de 38 anos representa os professores que nasceram na década de 1980, e, portanto, acompanharam a implantação e o desenvolvimento da *internet* no país. Já os professores com idade mais avançada, e os de família mais pobres que eram desprovidos de acesso à internet no decorrer do seu desenvolvimento e expansão, no país, são culturalmente mais resistentes às mudanças pedagógicas tecnodigitais, o que pode influenciar a capacidade de compreender e saber manusear de forma efetiva os equipamentos tecnológicos.

Outra dificuldade enfrentada pelos professores usuários de teletrabalho se refere aos aspectos pedagógicos, ou seja, à fragilidade no desenvolvimento de competências direcionadas às estratégias metodológicas e práticas didáticas pedagógicas do ensino online. De fato, estudo realizado no período pré-pandemia já demonstrava dificuldades na utilização de ferramentas tecnológicas, de plataformas digitais, aliado a isso a falta de formação específica, condição que tem se repetido durante a pandemia do COVID -19.

Portanto, cabe ressaltar que dentro da lógica educativa e formativa, é fundamental disponibilizar aos professores carga horária para planejamento, organização das disciplinas e capacitação na utilização de tecnologias que diz respeito ao teletrabalho, que já é uma realidade existente na educação, assegurada pela reforma trabalhista Lei de nº 13467/2017 e ratificada pelo COVID-19.

Assim como também reconhecer que a função central do professor não é utilizar recursos digitais de forma aleatória, ou aplicar tecnologias prontas, mas assumir plenamente o papel de construtor e direcionador do conhecimento, ainda que por trás de uma tela de computador. Isso implica em organizar e ajustar suas aulas e disciplinas para este novo formato *online*, de acordo com as necessidades de aprendizagem dos estudantes, buscando alternativas didáticas e adequadas que estimulem a participação, a inclusão e a assimilação da aprendizagem para tornar o novo formato de educação mais efetivo e eficaz aos alunos e professores.

## **CONCLUSÃO**

Pelo exposto ao presente trabalho, verificou-se que desde o surgimento do direito do trabalho até os dias atuais, busca-se a proteção e a segurança na relação existente entre empregado e empregador, e a legislação trabalhista tem a função precípua de assegurar e proteger a parte mais vulnerável da relação trabalhista, qual seja, o empregado. Pode-se verificar que os princípios que norteiam o mencionado ramo possuem basicamente a ideia única de resguardar o trabalhador de possíveis prejuízos causando pelo empregador, seja ele financeiro ou psicológico. As alterações trazidas pela atual reforma trabalhista lei nº 13.467, de 2017, trouxe uma maior flexibilidade ao contrato de trabalho o que foi benéfico ao empregador e reconheceu os empregados em regime de teletrabalho, mas em um contexto geral a reforma retrocedeu em alguns direitos, já explanados no presente trabalho, anteriormente assegurados aos trabalhadores e isso não foi bem recebido como ponto positivo a classe trabalhadora.



Nesse contexto, a permissão pela inovação legislativa da diminuição de alguns direitos antes assegurados aos trabalhadores poderá ocasionar um significativo prejuízo à classe trabalhadora, uma vez que pode surgir no meio laboral empresas em condições a diminuir as vantagens trabalhistas aos empregados e que se utilizem de práticas de fraudatórias para sonegar direitos diante de alguns permissivos da lei.

Já na seara da instituição e reconhecimento do teletrabalho, foi uma parte de extrema importância, em especial no período de pandemia e no meio acadêmico em situação remota e extraordinária, uma vez que, uma quantidade considerável de trabalhadores, principalmente das áreas de educação e atividades científicas, passaram a realizar trabalho a distância por conta da pandemia e assim garantiram seus salários e a continuidade do trabalho por questões de saúde coletiva.

A possibilidade de trabalhar remotamente, nem sempre foi reconhecida pela lei, contudo, não se apresentou de forma equitativa para o conjunto das ocupações e foi predominante entre indivíduos mais escolarizados e de melhores classes financeiras, já que nem todo mundo no país tem um computador em casa e internet. Além disso, os dados demonstrados através de pesquisas demonstraram a falta de preparo das empresas e dos profissionais para esta nova modalidade de trabalho, principalmente no que se refere à ausência de dispositivos e plataformas adequados e seguros para a realização das atividades profissionais.

Embora essa transformação tenha se iniciado por uma situação atípica, tanto no Brasil em outros países observa-se um movimento de institucionalização do teletrabalho entre as organizações, o que exigirá avanços regulatórios adequados ao novo implantado na modelo na educação.

Por todo exposto, é de extrema importância à efetiva observância do princípio da vedação do retrocesso social, principalmente nas relações de trabalho, não apenas pela função social da dignidade do trabalho, mas também pela segurança a parte mais vulnerável das relações trabalhistas, que tem por objetivo proteger os direitos sociais contra as investidas da atividade legiferante do Estado. Ao final, é permitido ao intérprete se valer da não aplicação da norma, por inválida, ou declarar a inconstitucionalidade de regra jurídica, ao constatar a redução ou supressão, real, de direitos sociais, sem a concessão de real contrapartida que mantenha o patamar mínimo civilizatório assegurado no ordenamento jurídico interno e internacional às relações existentes entre trabalhador e empregador.

O presente trabalho teve função social e primordial de conhecimento a respeito do direito do trabalho, em especial, nas alterações ocasionadas na Consolidação das Leis do Trabalho pela lei nº 13.467 (2017), e a importância do respeito ao princípio basilar da vedação ao retrocesso nas normas trabalhistas que protege o trabalhador do arbítrio causado pela supressão dos direitos ocasionados pelo legislador e o quanto ele é essencial para proteger as relações trabalhistas, na garantia de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, da mesma maneira que aprimorar os conhecimentos a respeito do teletrabalho, temática abordada e atualmente reconhecido e regulado pela lei.

#### **REFERÊNCIAS:**

AGOSTINHO, Tânia; MATTIOLI, Giulliana. Teletrabalho: uma alternativa de inserção laboral e inclusão social. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/67913/teletrabalho-uma-alternativa-de-insercao-laboral-e-inclusao-social/2>>. Acesso em 07.04.2022.

ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de; SOUZA, Gustavo Matheus Dias de. **Direitos fundamentais e a reforma trabalhista** – a escolha constitucional pelo modelo legislado das relações de trabalho. Disponível em: <[http://www.esamg.org.br/artigo/REV\\_Art%20Flavio%20e%20Gustavo\\_Direitos%20fundamentais%20e%20reforma%20trabalhista\\_40.pdf](http://www.esamg.org.br/artigo/REV_Art%20Flavio%20e%20Gustavo_Direitos%20fundamentais%20e%20reforma%20trabalhista_40.pdf)>. Acesso em 03.04.2022.

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

**BENTO, Bianca Aparecida.** Reforma trabalhista e a valorização do negociado sobre o legislado: o trabalho tem como enfoque principal expor a valorização do negociado sobre o legislado com o advento da Lei 13.467/17 - Reforma Trabalhista, diante da inserção do artigo 611–A. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11416/Reforma-trabalhista-e-a-valorizacao-do-negociado-sobre-o-legislado>>. Acesso em 07.04.2022.

**DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A matriz da constituição de 1988 como parâmetro para análise da reforma trabalhista da lei nº 13.467/2017.** Disponível em: <<https://escoladaanpt.org.br/artigos/a-matriz-da-constituicao-de-1988-como-parametro-para-analise-da-reforma-trabalhista-da-lei-n-13-467-2018/>>. Acesso em 07.04.2022.

**MENDES, Ricardo Augusto de Oliveira; OLIVEIRA, Lucio Carlos Dias; VEIGA, Anne Gabriela Bastos.** O teletrabalho como inovação laboral na atualidade: uma análise da inserção do teletrabalho no setor público brasileiro. Disponível em: <

[http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho\\_submissaoId\\_1090\\_10905cc918136cbcc.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho_submissaoId_1090_10905cc918136cbcc.pdf)>. Acesso em 11.04.2022.

SANTOS, Geórgia Maria Ricardo Félix dos; SILVA, Maria Elaine da; BELMONTE, Bernardo do Rego. COVID-19: ensino remoto emergencial e saúde mental de docentes universitários. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/rbsmi/a/b3TVbVHcCZRxkVZPFPK6PHF/?lang=pt> >. Acesso em 10.04.2022.

Santos HMR. **Os desafios de educar através da Zoom em contexto de pandemia:** investigando as experiências e perspectivas dos docentes portugueses. Prax Educ. 2020; 15: 1-17.

PAINEL TIC COVID-19 PESQUISA SOBRE O USO DA INTERNET NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS. ensino Remoto e Teletrabalho. 3ª ed. Nov. de 2020. Disponível em: < <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/2020110418261>

[6/painel\\_tic\\_covid19\\_3edicao\\_livro%20eetr%C3%B4nico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/2020110418261)>. Acesso em 09.04.2022.

**Ensino remoto emergencial:** a oportunidade da escola criar, experimentar, inovar e se reinventar. SINEPE/RS, Porto Alegre, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.sinepers.org.br/noticias/ensino-remoto-emergencial-a-oportunidade-da-escola-criar-experimentar-inovar-e-se-reinventar>. Acesso em: 09/05/2022.

OCHÔA, V. **Quarentena impõe teletrabalho na educação básica.** SINPRO/RS, Porto Alegre, 11 abr. 2020. Disponível em: <https://www.extraclasse.org.br/educa%C3%A7%C3%A3o/2020/04/quarentena-impoeteletrabalho-na-educacao-basica/>. Acesso em: 09/05/2022.

## EFETIVIDADE DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA ALIMENTÍCIA

**MARCIO LACERDA BEZERRA:**

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.<sup>110</sup>

**RESUMO:** A legislação brasileira prevê prisão civil para o devedor de pensão alimentícia, como uma forma coerciva, na tentativa de fazê-lo pagar de forma imediata a dívida, abatendo de imediato a necessidade do seu alimentando. A tentativa está voltada para assegurar os direitos desses alimentados que são, geralmente, menores de idade ou idosos. Quando se trata de menores de idade, esse mecanismo pode trazer prejuízos psicológicos, emocionais e psicossociais para crianças e adolescentes. Por isso, essa tratativa se tornou polêmica pelo fato de existir outros mecanismos que podem fazer com que o devedor possa pagar sua dívida. Perante a isto, este artigo tem como principal objetivo analisar como ocorre a prisão civil por dívida alimentícia. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica realizada em livros, leis e artigos publicados em sites como JurisBrasil. Como resultado, o mecanismo utilizado no Brasil se torna ineficaz perante de outros países, que podem colaborar para que a pensão seja paga de forma eficiente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pensão Alimentícia. Direito de Família. Direito Civil.

**ABSTRACT:** The Brazilian legislation foresees civil imprisonment for the alimony debtor, as a coercive way, in an attempt to make him/her pay the debt immediately, reducing the need of the alimony payee. The attempt is aimed at ensuring the rights of those who are being fed, who are usually minors or elderly. When it comes to minors, this mechanism can bring psychological, emotional, and psychosocial harm to children and adolescents. Therefore, this treatment has become controversial due to the fact that there are other mechanisms that can make the debtor pay his debt. In view of this, this article has as its main objective to analyze how the civil imprisonment for food debt occurs. This is a bibliographic research conducted in books, laws and articles published in sites such as JurisBrasil. As a result, the mechanism used in Brazil becomes ineffective before other countries, which can collaborate so that the pension is paid efficiently.

**KEYWORDS:** Alimony. Family Law. Civil Law

### 1 INTRODUÇÃO

Desde os períodos da antiguidade que busca-se punir com formas coercivas para fazer com que uma pessoa possa cumprir com uma obrigação perante a terceiros. Como no período romano, em que o devedor virava escravo perante uma dívida, podendo inclusive ficar sem partes do seu corpo como uma forma de pagamento.

---

<sup>110</sup> E-mail: marciobezerra1717@gmail.com

Pode-se também citar que no ano 428 a. C, essa punição com a retirada de uma parte do corpo passaria a ser abolida perante a *Lex Poetelia Papiria*, que por sua vez aboliu esse tipo de punição passando o devedor a não mais responder com seu corpo, mas sim com todo o seu patrimônio.

Outro avanço que ocorreu por esse âmbito, ocorreu no ano de 1934, no Brasil, com a decretação e promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, tratando pela primeira vez sobre o assunto relacionado à prisão civil por dívidas. Posteriormente, no ano de 1946, que passou a obter uma normatização da prisão civil por dívidas alimentícias.

Atualmente, a legislação brasileira prevê prisão civil para o devedor de pensão alimentícia, como uma forma coerciva, na tentativa de fazê-lo pagar de forma imediata a dívida, abatendo de imediato a necessidade do seu alimentando. A tentativa está voltada para assegurar os direitos desses alimentados que são, geralmente, menores de idade ou idosos.

Entretanto, essa tratativa se tornou polêmica pelo fato de existir outros mecanismos que podem fazer com que o devedor possa pagar sua dívida. Perante a isto, este artigo tem como principal objetivo analisar como ocorre a prisão civil por dívida alimentícia. Como objetivos específicos busca-se descrever o processo que se utiliza da prisão civil como mecanismo para fazer o devedor cumprir com suas obrigações alimentícias; apontar a desvantagem da prisão civil como uma alternativa que compromete a possibilidade do devedor conseguir pagar sua dívida; analisar as medidas alternativas em outros países como no caso da Colômbia e Chile e que podem servir de modelo para o Brasil.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica de caráter descritivo, realizada em artigos, revistas, livros, sites como o do JusBrasil e também serão consultadas as leis vigentes voltadas para o Código Civil e Código do Processo Civil. Todos os materiais consultados estarão em idioma português, com data de publicação dentro dos últimos 10 anos.

## **2 OBRIGAÇÃO DE ALIMENTAR**

### **2.1 O Código Civil e a pensão alimentícia**

A pensão alimentícia é o direito aos alimentos, que pode ser interpretada como a sobrevivência, isso porque não é de só de alimentos que vive uma pessoa, para que todas as suas necessidades básicas sejam supridas ela precisa também de saúde, educação e lazer. Nessa vertente, Gonçalves (2015, p.67) afirma que a palavra “alimentos” para a lei, não significa só que seja necessário para a sobrevivência, considerado como o mínimo que se poder oferecer para que uma pessoa se considere razoavelmente bem.

O doutrinador Tartuce (2017, p.540) descreve que “os alimentos podem ser conceituados como as prestações devidas para a satisfação das necessidades pessoais daquele que não pode provê-las pelo trabalho próprio”. Confirmando assim, a ideia principal de suprir as necessidades de quem é incapaz, mesmo em fase temporária, de se auto sustentar, como no caso de crianças que ainda não podem adentrar ao mercado de trabalho.

Nessa perspectiva, Cahali (2016, p.16) defende a tese de que “Constituem os alimentos uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à sua subsistência, à conservação da vida tanto física como moral e social do indivíduo”. Onde o direito a alimentos envolve o beneficiado em conexão com o mundo que ele vive, garantindo com que ele não fique excluído da sociedade devido à falta de recursos para viver com dignidade. Visto que dentro do art. 1.695 dentro do Código Civil discrimina que os alimentos são devidos quando o que os pretende não tem bens suficiente para que possa se prover, nem pela força do seu trabalho, sendo que aquele no qual é solicitado, possui tanto para si quanto para o que pretende e não irá comprometer o seu sustento.

O respaldo legal para a obrigação de prestar assistência com alimentos nas relações familiares teve sua origem no art. 1.694, do CC, *in verbis*: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros alimentos, inclusive para atender à sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Dentro dessas condições, pode-se incluir também, como reconhecimento do Supremo Tribunal Federal, o pedido de alimentos advindos das uniões homoafetivas, como uma forma de expandir e igualar o direito dos cônjuges. Essa compreensão é dada pelo legislador, sendo levadas em consideração a real necessidade de quem solicita e as condições financeiras e econômicas do pagador, e caso percebido que o pagador não tem condições de pagar uma pensão estipulada conforme a necessidade demonstrada pelo requisitante. Sendo compreendido e calculado conforme a realidade atual do ex (LÔBO, 2018, p. 351).

## **2.2 Conceito de Alimentos e sua natureza jurídica**

De acordo com Gomes (2018, p.34), os direitos relacionados a personalidade estão voltados para: direito à vida, ao seu corpo, à honra, à imagem e também ao nome. Além disso, todos possuem direito ao recato e também à liberdade. Além do direito moral. Dentro dessa vertente, pode-se afirmar que o direito aos alimentos pode ser como garantia fundamental à sobrevivência, visto que alimentos possuem importância relacionada a sua atribuição vital para o funcionamento do corpo humano. Assim, o direito a alimentos visa fornecimento de alimentos para um parente, cônjuge ou companheiro o que é necessária para sua subsistência. Dentro dessa configuração jurídica, pode-se afirmar que os alimentos podem ser considerados como a garantia da manutenção vital de uma pessoa.

Cahali (2016, p.45) afirma que os alimentos fazem parte de uma modalidade de assistência que é estabelecida por lei, voltados para ministrar os recursos que são necessários à subsistência e conservação da vida, que pode ser tanto física quanto social do ser humano. Com isso, tanto no sentido morfológico quanto no contexto jurídico, quando se trata de alimentos diretamente há a existência de um alimentante com o dever de alimentar ou fornecer verbas alimentícias perante a necessidade do alimentado relacionada a essa obrigação.

Com base nisso, Farias e Rosenvald (2022, p.55) afirmam que está incluso como alimentos tanto as despesas ordinárias quanto outros gastos como de assistência médica, habitação, cultura e lazer, bem como despesas extraordinárias que envolvem vestuário escolar, medicamentos, aquisição de livros educativos. Apenas gastos considerados supérfluos ou luxuosos ou qualquer outro que advém de vícios pessoais.

O direito a alimentos está destinado ao ser humano por causa da necessidade deste de obter proteção e amparo pelos seus semelhantes desde o momento do seu nascimento. Além disso, o indivíduo precisa se alimentar, visto que nos primeiros anos de sua vida se torna vulnerável e incapaz de conseguir subsistência, a não ser que alguém o provenha (VENOSA, 2018, p.155).

Assim, o conceito de alimentos dentro do âmbito jurídico envolve a aquisição de alimentos propriamente disto. Com isso, o beneficiário pode se alimentar, suprindo as necessidades substanciais que envolve suas características humanas. Com isso, os alimentos dentro do plano jurídico estão relacionados à integridade humana, bem como sua dignidade em se alimentar e manter suas atividades vitais além de obter outras garantias, tais quais: atender as necessidades de uma pessoa que não tem como prover sua própria subsistência (DIAS, 2022, p.56).

Ainda segundo a mesma autora, a obrigação de alimentar parte da responsabilidade familiar, mas os alimentos podem vir de variadas conjunturas. Os alimentos podem estar relacionados à previdência social, bem como resultado de uma responsabilidade civil por parte do devedor com relação a outro indivíduo. Visto que os alimentos tanto podem alimentar o corpo quanto a alma de um indivíduo, pois o mesmo se sente acolhido, protegido e amparado, principalmente quando está relacionado com um menor de idade, podendo envolver outros rumos como da educação. Por outro lado, não existe na atual jurisprudência outra concepção que não seja as que foram citadas anteriormente, pois todas afirmam a mesma premissa de que os alimentos são prestações advindas da obrigação de uma pessoa com outra, com o intuito de manter a sua sobrevivência (FARIAS; ROSENVALD, 2022, p.75)

Dessa maneira, o conceito voltado para alimentos é voltado para tudo que envolve o sustento, habitação e vestuário, bem como despesas médicas e escolares do alimentado.

Dessa forma, os alimentos atuam agasalhando os princípios constitucionais, reconhecendo assim o amplo conceito de dignidade humana. O entendimento sobre a importância dos alimentos está amparado pelos princípios que envolve os direitos humanos (DIAS, 2022, p. 34).

Torna-se notório que todos os âmbitos desse instituto estão direcionados às necessidades vitais do alimentando, levando em consideração as perspectivas voltadas para a dignidade humana. Visto que esse benefício está diretamente ligado com tanto a alimentação quanto com as demais necessidades básicas (FACHIN, 2015, p. 45).

Em vista disso, a doutrina classifica todos os alimentos como naturais, civis ou cômputos. Como naturais estão direcionados aos alimentos que são importantes para manter a subsistência do alimentante. Os outros alimentos voltados para o sustento incluem cura, vestuário e casa, sendo citados dentro do art. 1920 CC. Por outro lado, os alimentos civis estão voltados para a satisfação de todas as demais necessidades, envolvendo as necessidades intelectuais, morais, cuidados com a higiene, beleza, lazer e cultura (DIAS, 2022, p. 34).

Voltando-se a natureza desses alimentos, pode-se citar que são devidos a partir de causas jurídicas, podendo ser legítimos, voluntários ou indenizatórios. Os indenizatórios são devidos a partir de uma ato ou prática ilícita, denominada como *ex delicto* ( art. 948, II e art. 950 CC). Por outro lado, os alimentos que são voluntários são devidos por alguém que por lei não possuem obrigação de fornece-los, podendo ser resultado de uma declaração *inter vivo* ou ainda *causa mortis*, que por sua vez é manifestada em codicilo (BOLZAN, 2015, p. 155).

De acordo como retrata o art. 1.694 do Código Civil, pode os parentes, bem como cônjuges e seus companheiros pedir e reivindicar o direito a alimentos, para que possam viver de forma digna a suas condições sociais, assim como para que possa atender as necessidades de sua educação. Dada a devida importância que o Código Civil de 2002 separou dezessete artigos para tratar sobre o direito à alimentos, descritos entre os arts 1694 a 1710 (STUANI; ADAME, 2015)

## **2.2 Características da obrigação de alimentar**

Em vista disso, pode-se afirmar que o direito a alimentos é personalíssimo, porque é próprio da pessoa receber esse direito e por isso esta mesmo é a titular dessa pensão, podendo reivindicar esse direito a qualquer momento que sentir necessidades. Com base nisso, leva-se em consideração que o direito a alimentos possui características únicas, se diferenciando das demais obrigações, sendo, portanto, um direito irrenunciável, imprescritível, incomensável e também impenhorável (TARTUCE, 2017, p. 45).



Como irrenunciável, o direito a alimentos não pode ser renunciado, podendo ser admitido somente que o alimentado não exerça do seu direito. Contudo, quando há dispensa de alimentos permanece a possibilidade de reivindicá-los quando sentir a real necessidade. Com isso, são insuscetíveis de cessão, bem como compensação ou ainda penhora (MADALENO, 2021, p.78).

Assim, os alimentos possuem imprescritibilidade, isto é, não caducam, podendo ser requerido a qualquer momento por quem dele precisar, mesmo que o alimentado nunca tenha reivindicado seu direito, visto que é algo que não há validade e não se extingue pela falta de uso. Com isso, a pessoa que é titular do direito a alimentos possui consigo a faculdade de requerer ou não esse direito (MADALENO, 2021, p.77).

Voltando-se para suas características, no tocante de incompensabilidade da verba alimentícia, esta possui a natureza como *intuitu personae*, que descreve que não é permitida uma compensação voltada para valores prestados ao alimentando. Com base nisso, o prestador precisa pagar de forma integral o que foi outrora fixado em decisão provisória ou sentença, bem como não pode apontar a escusa de compensá-lo de outras formas, assim como compensar por conta de dívidas do alimentado (MADALENO, 2021, p.45).

Com base nisso, a obrigação do prestador está totalmente vinculada a uma decisão judicial. Por outro lado, ocorre alguns casos em que o devedor na tentativa de negociar a inadimplência recorre à afirmativas de que já prestaram outros valores para o(s) filho(s) e que por isso, acreditam que podem obter uma compensação da dívida. Com base nisso, os pedidos que possuem esse teor são indeferidos visto que a obrigação do devedor é prestar alimentos, dentro dos provimentos provisórios, sendo considerado os outros demais gastos que o dever possuiu como uma liberdade do alimentante (MADALENO, 2021, p. 45).

Dentro desse quesito, Farias e Rosevald (2022, p. 693) afirma que não deve haver uma compensação, nem em casos em que a obrigação precise ser paga com dinheiro e o devedor paga além do gênero alimentício, a mensalidade escolar, consulta médica. Visto que esses pagamentos são considerados como “mera liberalidade e por isso mesmo não tem o condão de quitar o débito total ou parcialmente.

Com relação às características voltadas à irrepetibilidade, os alimentos que foram pagos não podem ser devolvidos, mesmo que não tenha dispositivo legal que embase essa afirmativa. Sendo apenas considerado como um princípio sedimentado pela tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira com o principal objetivo de proteger o alimentando. Com base nisso, caso o devedor tenha realizado pagamento a mais a título de pensão alimentícia não poderá requerer o direito de reaver o indébito, pois considera-se o direito

a alimentos como algo fundamental máximo, relacionado à dignidade humana (MADALENO, 2018, p. 45).

Com relação às características de transmissibilidade, esta ainda há uma certa divergência dentro do ordenamento jurídico, pois há entendimentos diversificados sobre essa natureza. Isso ocorre por causa do entendimento dos doutrinadores e a dificuldade destes perante a admissão desse direito, visto que o direito de alimentos possui caráter personalíssimo. A aceitação da transmissibilidade no novo código civil é vista como inapropriada, pois fere de morte o princípio *intuitu personae*, visto que, o mais viável seria o cancelamento desse direito junto ao falecimento do alimentante ou alimentado. No entanto, ocorre que a obrigação recai para os herdeiros do devedor, caso esse faleça ou não tenha condições de realizar a pensão (FARIAS; ROSENVALD, 2022, p.88).

Referente à característica voltada para a obrigação, esta recai sobre os cônjuges e seus companheiros, bem como para seus pais e filhos, ficando extensivo também a todos os seus ascendentes. Em algumas hipóteses, pode recair também para o grau de parentesco mais próximo dentro do teor do art. 1.694 e 1.696 do CC. Portanto, pode-se considerar que é mútuo o dever e o direito, visto que aquele que hoje recebe esse direito pode, futuramente, ter que prover para um alimentando (DIAS, 2022, p.25).

Com relação a alternatividade, pode os alimentos serem providos tanto em pecúnia quanto *in natura*, podendo ser também vestuário, medicamentos dentre outros. Isso permite com que o credor possa ser prestado de forma direta. Em alguns casos podem ser considerados como compensação os alimentos pagos *in natura*, para evitar o enriquecimento indevido do alimentante, por ser entendido como um gesto que não é de liberdade do devedor (MADALENO, 2021, p. 95).

Se tratando de impenhorabilidade, Madaleno (2018, p.111), a impenhorabilidade é a exigência dos alimentos pode serem fundamentais para a manutenção da vida do credor, portanto, o seu fim é somente para o seu devido fim, que é assistencial e subsistencial. Mesmo que o valor alimentício possa ser alto, é vedada a penhora sobre qualquer valor que esteja relacionada à prestação alimentícia.

Com isso pode-se afirmar que a obrigação alimentícia advém de um vínculo sanguíneo que vem do credor e do devedor. Este entendimento vem de forma cristalina dos artigos 1.696 e 1697 do Código Civil como destaca *in verbis*:

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recai na obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais (BRASIL, 2002).

Contudo, existem situações em que o devedor passa a assistência para outras pessoas parentes próximas, como no caso de falecimento e de incapacidade. Quando ocorre a morte do devedor, pode-se entrar com a ação de exoneração de alimentos. Assim como acontece a extinção de alimentos, quando este completa 18 anos, com direito ao contraditório como descreve o STJ no item 4 da Edição nº 65 da Jurisprudência em Teses (2017, s.p.): “são devidos alimentos ao filho maior quando comprovada a frequência em curso universitário ou técnico, por força da obrigação parental de promover adequada formação profissional”, porém está incluso somente a graduação, os cursos além dessa titularidade são de custos do próprio filho.

Contudo, caso o pai ou mãe não consiga pagar a referida pensão por alguma eventualidade, ou faleceu ou ficou desempregado. A obrigação permanece, contudo agora quem irá pagar é quem possui o vínculo mais próximo, no caso os avós, os que vem no primeiro momento (ROSA, 2021, p. 122).

Dessa forma, que se o ex-marido não conseguir honrar com suas obrigações, poderão os parentes mais próximos pagarem a pensão alimentícia, onde será verificando primeiro se os pais têm condições, não encontrando viabilidade em ofertar para um indivíduo, logo em seguida os avós, ou irmãos dele. Caso nenhum deles obtenha esse favorecimento em efetuar o pagamento da pensão alimentícia, o mesmo decairá sobre os descendentes, o que nesse caso poderá ser um filho de um casamento anterior. Tendo como base o referencial de doutrinas, pode-se observar a sua aplicação dentro dos Tribunais Superiores:

CIVIL. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO COMPLEMENTAR E SUCESSIVA. LITISCONSÓRCIO. SOLIDARIEDADE. AUSÊNCIA. 1 - **A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade**, no sentido que "sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos." 2 - O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os corresponsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras. 3 - Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no pólo passivo da demanda. 4 -

Recurso especial conhecido e provido. [STJ/RECURSO ESPECIAL n.º 2004/0063876-0; Relator(a) - Ministro FERNANDO GONÇALVES; data do julgamento: 11/10/2005]

### **2.3 Prisão civil do devedor de alimentos**

De acordo com Gonçalves (2019, p.101) em situação de inadimplência com o dever de pagamento de pensão alimentícia, a execução está voltada para obrigar o devedor de realizar o pagamento de forma imediata, visando as necessidades reais do alimentando em que estas estão voltadas para prover o indivíduo devido a sua incapacidade de se auto prover. Para isso, precisam ser levados em consideração os pilares do Estado Democrático de Direito, que envolvem a aplicação da liberdade, igualdade e fraternidade.

Com base nisso, a prisão civil do devedor atua como uma forma de coação que tem como finalidade obter o adimplemento das prestações que estão devidas pelo alimentante. Com isso, há ainda a possibilidade do credor requerer que o devedor, no prazo de três dias pague a sua dívida e possa comprovar que o fez bem como possa também justificar a impossibilidade de realizá-lo, ficando sob pena, a sua prisão civil. Comprovada que a falta de pagamento ocorreu de forma voluntária, a prisão do devedor pode ser decretada. Nesse caso, o prazo para que o devedor possa estar preso, no caso de dívidas por alimentos definitivos ou provisórios, será em torno de sessenta dias, estando previsto no art. 19 da Lei de Alimentos de rito especial; em contrapartida, em casos de inadimplemento com os alimentos provisionais, o prazo é de, no máximo, três meses, como previsto perante o art. 733 § 1º, do Código de Processo Civil (ASSIS, 2018, p. 76).

Conforme discrimina Dal’Agnol (2015, p.55) apenas são penalizados com prisão civil, no Brasil, aqueles devedores que se escusaram o pagamento de forma voluntária, como está descrito no art. 5º, LXVII. Em contrapartida, existe a súmula vinculante, 25 do STF que possui uma interpretação contrária, discorrendo sobre o depositário infiel, com um novo entendimento considerando como ilícita a prisão civil do devedor seja qual for a modalidade de depósito.

Dentro desse contexto, pode-se citar o “Pacto de San José da Costa Rica”, do ano de 1969, que descreve a seguinte premissa: “ Ninguém deve ser detido por dívidas”, mas também traz cristalino que “ Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedida em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Por isso, considera-se que a prisão civil uma forma de fazer com que os alimentos sejam executados para àquele que precisa se alimentar. Assim como existem outros mecanismos tais como: desconto em folha de pagamento, desconto em renda e até a expropriação de bens. Não há dúvidas de que o descumprimento da obrigação de alimentar o alimentado de forma voluntária e inescusável, se torna um respaldo voltado para a prisão (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p.145).

No entanto, seguindo os mesmos autores, a prisão é considerada como a última alternativa, visto que para ser solicitada, esgotou-se as outras alternativas de reivindicar esse direito pelo alimentado. Pode-se considerar que a prisão civil é a forma mais violenta para se fazer cumprir esse direito, se subordinando a menor restrição possível. Contudo, se torna o procedimento mais importante, considerando que a fome ou a necessidade de obter alimentos é essencial para a vida, logo se o alimentante fere com esse direito pode estar colocando o seu alimentando em condições de risco, visto que a alimentação é imprescindível para a manutenção básica de um ser humano, principalmente se este não tem outros meios de obter alimentos.

Com base nisso, pode-se respaldar a importância da família ou do alimentante, quando este é menor de idade, perante seu dever de alimentá-lo, tendo base na própria Constituição Federal que descreve dentro do seu art. 227, que é dever da família e de toda a sociedade assegurar que a criança, jovem ou o adolescente seja visto como prioridade, assegurando-se que estes possam ter direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação. Além de ter que garantir que estes tenham acesso ao lazer, profissionalismo, liberdade e à convivência familiar, bem como com toda a comunidade ao seu redor, salvando-o de toda forma de negligência, crueldades e violências (BRASIL, 1988, s.p.).

Indo um pouco mais além na CF, pode-se encontrar o art. 229 que discrimina que os pais possuem o dever de assistir, criar e educar seus filhos menores de idade. Por outro lado, não se tratando de menores de idade, mas os pais em estado de velhice possuem o mesmo direito de seus filhos (BRASIL, 1988, s.p.).

Por outro lado, compreende-se que o devedor quando deixa de pagar os alimentos para o alimentado, está passível de prisão e estando preso, ainda assim, não se afasta da obrigação de continuar pagando a pensão. Visto que, mesmo preso o alimentante continua obtendo oportunidade de desempenhar atividades remuneradas que são capazes de permitir com que haja o pagamento de alimentos. Pois dentro da prisão existem atividades, bem como fora dependendo do regime prisional. Dentro dessa vertente, pode-se citar a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/1984, que por sua vez incentiva o preso a realizar atividades laborais, podendo ser um trabalho interno ou externo do condenado. No entanto, outros pontos precisam ser analisados para assegurar que o alimentado possa obter alimentos mesmo o alimentante estando preso, observando-se variáveis tais como: bens, valores em conta bancária ou ainda, se o preso é assegurado de auxílio-reclusão (WINTER, 2021, s.p.).

De acordo com Vilar (2015), a prisão é considerada como uma privação do direito de ir e vir sendo esta como uma forma de penalizar o indivíduo por um descumprimento de lei. Torna-se relevante informar que esse instituto é subdividido conforme o ordenamento jurídico e pelas doutrinas, visto que as modalidades de prisão são estabelecidas conforme o processo.

Dentro desse contexto, Mirabete (2015, p. 45) afirma que podem ocorrer prisões tanto penal, civil, militar ou ainda administrativa. Assim, a prisão processual, que também é conhecida como provisória, se torna uma prisão cautelar, que possui um sentido amplo, podendo incluir a prisão em flagrante, como cita os artigos 301 a 310. A prisão preventiva, que trata no art. 311 a 316, bem como prisão de renúncia, que é citada dentro dos art. 393, I. Junto da prisão temporária, que é discriminada dentro da Lei nº 7.960/1989.

Dentro dessa vertente, afirma o doutrinador Nucci (2013, p.376) que a prisão, que é uma privação da liberdade, tem o intuito de impedir que a pessoa possa ter o direito de ir e vir com o seu recolhimento realizado em cárcere, privando-o de sua liberdade, podendo ser dentro de casa ou em uma penitenciária.

Nessa visão, Branco (2020, p. 4) que a prisão também pode acontecer nas dependências policiais, bem como em um quartel ou até mesmo dentro de casa, denominada como prisão domiciliar, com o intuito de punir ou corrigir, limitando-o com uso de algemas.

No tocante da prisão civil, esta possui também como característica a restrição da liberdade do indivíduo perante a prática de um ato considerado ilícito perante as leis brasileiras. Em contrapartida, a prisão civil é diferente da penal, visto que aquela não possui caráter punitivo do Estado, pois possui o intuito de coagir o devedor para que este pague alimentos para o alimentando e faça este cumprir com a sua obrigação, sob a pena de ser restrita à sua liberdade. Quando preso continua possuindo suas obrigações e deve continuar provendo de alimentos. Mesmo restringindo um direito fundamental que é o de ir e vir, será fundamentada perante o direito fundamental extremo de alimentos, que está relacionado ao direito à vida do alimentando (STUANI; ADAME, 2015, p.112).

No entanto, em casos de impossibilidade comprovada de que o devedor está impossibilitado de pagar sua dívida de alimentos, ou apresente justificativa para o inadimplemento da prestação alimentar, o devedor não é preso, porque se assim o fizesse, o Estado estaria colocando o devedor em situação desumana, ferindo de morte todos os seus direitos de dignidade humana (STUANI; ADAME, 2015, p. 123).

Assim, a prisão civil tem a finalidade de intimidar o devedor para que este, se não tiver como comprovar que não possui incapacidade de pagar, estará sendo acusado de inadimplemento voluntário, isto é, não está pagando os alimentos para o seu respectivo alimentado por desejo próprio. Esta prisão então tem natureza de coação, para que este caso não cumpra com suas obrigações seja, em último caso, e mais extremo, tenha sua liberdade restrita. Contudo, antes disso, estabelece-se um prazo para que este devedor consiga voltar a pagar alimentos e se manter adimplente perante sua obrigação (CARNEIRO, 2015, p. 45).

## **2.4 Alternativas à prisão civil do devedor de alimentos**

A prisão civil traz prejuízos emocionais e psicológicos tanto para o devedor quanto para toda a família. De acordo com pesquisa realizada em uma escola sobre o sentimento que envolve as crianças e adolescentes sobre a prisão de algum familiar por inadimplência de alimentos, a maioria das crianças entrevistadas apontaram que sentem extrema tristeza, seguido de medo, angústia, falta de apetite e até mesmo alcança casos de depressão. Outros sentimentos também foram apontados pelas crianças que foram: saudade, sentir-se doente (KOSMINSKY; PINTO; MIYASHIRO, 2015, p. 13).

De acordo com os mesmos autores, a prisão de uma família traz para a família do devedor abalo psicossocial, bem como para o alimentando, pois possui um vínculo seja emocional ou sanguíneo. Além disso, as crianças e adolescentes pertencentes à pesquisa passam a se sentirem discriminados nos locais que mais frequentam, como na escola, pela condição de ter um familiar encarcerado.

No Chile, ao contrário do que é aplicado no Brasil, as medidas aplicadas para coagir o devedor é a suspensão da carteira de motorista por até seis meses ou mais. Além disso, pode-se solicitar o reembolso de imposto de renda para que este possa pagar a dívida de alimentos. Há casos que pode ter a prisão noturna por até 15 dias, isto é, o devedor terá que dormir na cadeia das 22h às 6h da manhã. Caso as medidas acima não sejam o suficiente para fazer o devedor pagar a dívida de alimentos, como caso extremo, é decretada a prisão do devedor por 15 dias. Além disso, o devedor fica impedido de sair do país e o seu salário fica retido para pagamento da pensão (ALIMONY, 2022, s.p.).

Em outro país, como a Colômbia, estabelece uma pena prisional de 32 a 72 meses e uma multa de 20 a 37,5 de salários mínimos, conforme o direito penal da Colômbia. Em um processo que ocorreu nesse respectivo país, a jurisprudência do próprio país tem se apresentado mais condizente com a realidade da Colômbia. Em uma decisão recente, o Supremo Tribunal de Justiça, perante a um devedor, pai e sem antecedentes legais pode se beneficiar da suspensão da condicional da execução, para que este conseguisse trabalhar e obter uma renda que de fato favorecesse a obrigação de fornecer os alimentos. Verifica-se que neste país busca-se uma solução mais eficiente do que manter o devedor preso como ocorre no Brasil (EL ESPECTADOR, 2018, s.p.)

No Brasil, desde o ano de 2016, os estados vanguardistas como Rio Grande do Sul, Paraná e Minas Gerais, adotaram um sistema menos agressivo que não impossibilite o devedor de conseguir pagar sua dívida e vem se mostrando eficaz perante os resultados, que é justamente o uso da tornozeleiras eletrônicas. Essa decisão buscou a solução imediata para essa busca de pagamento da pensão alimentícia. Visto que o devedor é intimado a comparecer no Departamento Penitenciário (Depen-PR) com a finalidade de coloca-la, sob pena de ficar em regime fechado. Esta decisão esteve voltada para evitar dar prejuízos ao próprio alimentado, sendo considerada um passo para uma jurisprudência mais humanizada, voltada para a realidade social (TJPR, 2016, s.p.).

### 3 CONCLUSÃO

De acordo com o que foi exposto, pode-se considerar que a prisão civil é utilizada como uma forma coerciva de fazer com que o devedor tenha celeridade no adimplemento da obrigação de pensão alimentícia, passando a pagar os alimentos para o requerente que, comprovado a sua incapacidade de se provisionar e de obter alimentos fica impedido de se alimentar.

No entanto, observa-se que a prisão por ser uma privação do direito de ir e vir, pode, ao invés de auxiliar o devedor a cumprir com suas obrigações pode atrapalhar, visto que, este terá a dívida ativa mesmo estando preso e a sua obrigação ainda continuará mesmo estando impossibilitado de buscar meios para pagar os alimentos. Entende-se que, ao estar preso, o Estado possa intervir auxiliando este preso por dívidas alimentícias de realizar atividades remuneradas dentro e fora das instalações presidiárias, pois caso contrário, o alimentando terá dificuldades de obter alimentos durante esse prazo, entrando em estado de vulnerabilidade, mendicância ou ainda, abstendo-se de riscos voltados para a manutenção de sua própria saúde e vida.

Também foi observado que no Brasil, o foco está em usar a prisão como uma forma coerciva para obrigar o devedor a pagar a dívida de alimentos, porém se este for preso fica impedido de trabalhar e mesmo que consiga, por se tornar um presidiário, acaba obtendo dificuldade conseguir emprego, por ser considerado um ponto negativo, que permite com que as oportunidades. Por outro lado, se for um indivíduo que é autônomo, a prisão impede o respectivo devedor de conseguir levantar proventos para pagar os alimentos, levando-se em consideração que a prisão condicional é fruto de uma análise que pode precisar de um tempo para ser aprovada.

De acordo com o que pode-se constatar nas pesquisas levantadas a prisão civil é o extremo dos atos para fazer com que o devedor possa pagar a sua dívida. Contudo, esse método envolve a tristeza da família do devedor, podendo causar danos psicológicos, emocionais e psicossociais para os alimentandos e familiares dos devedores. As relações de filhos de devedores podem ser prejudicadas dentro de espaços como escolas, pois a sociedade passa a ver com desdém pessoas ou famílias de presidiários, mesmo que a causa seja de pensão alimentícia.

Sugere-se com isso, estudos mais aprofundados sobre alternativas que podem ser aplicadas além da tornozeleira eletrônica, bem como mecanismos que possam punir os devedores mas que não o impeçam de conseguir meios de pagamento para os alimentos, tais como suspensão de documentos, multas, bloqueio de contas bancárias, penhora de bens para pagamento de dívida alimentícia.

### 4 REFERÊNCIAS



ALIMONY. **Pensión de alimentos em Chile** – Todo lo que debes saber. 2022. Disponível em: <[https://www-divorciofacil-cl.translate.google/pension-de-alimentos/?\\_x\\_tr\\_sl=es&\\_x\\_tr\\_tl=pt&\\_x\\_tr\\_hl=pt-BR&\\_x\\_tr\\_pto=op,sc](https://www-divorciofacil-cl.translate.google/pension-de-alimentos/?_x_tr_sl=es&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=op,sc)>. Acesso em 14 abr 2022.

ASSIS, A. **Manual da execução**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Revista dos tribunais, 2018.

BOLZAN, J.C. **Prisão civil do devedor de alimentos** – efeitos à luz da sociologia política. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Juruá Editora, 2015.

BRANCO, E.C. **Legislação penal especial**. 2ª Ed. São Paulo: AlfaCon, 2020.

CAHALI, Y. S. **Dos alimentos**. 6. Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, M.B. **Manual de Direito das Famílias**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

EL ESPECTADOR. **Conozca sobre el delito de inasistencia alimentaria**. 2018. Disponível em: <<https://translate.google.com/translate?hl=ptR&sl=es&u=https://www.elespectador.com/noticias/nacional/conozca-sobre-el-delito-de-inasistencia-alimentaria-articulo743424&prev=search>>. Acesso em 14 abr 2022.

FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. V. 1. 20ª Edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil Brasileiro 6: Direito de família**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 6: direito de família, 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KOSMINSKY, E.V.; PINTO, R.B.; MIYASHIRO, S.R.G. **Filhos de presidiários na escola: um estudo de caso em Marília – SP**. 2015. Disponível em: <<https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/ric/article/view/138#:~:text=Esta%20pesquisa%20trata%20das%20condi%C3%A7%C3%B5es,filhos%20que%20freq%C3%BCentam%20a%20escola.>> Acesso em 14 abr 2022.

LÔBO, P. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MADALENO, R. **Direito de família**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Forense, 2021.

MARINONI, L.G.; ARENHART, S.C.; MITIDIERO, D. **Código de processo civil comentado**. 7ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NUCCI, G.S. **Código de processo penal comentado**. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

ROSA, C.P. **Direito de família Contemporâneo**. 8.Ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

STUANI, C.J.; ADAME, A. Alternativas à prisão do devedor de pensão alimentícia. **Revista da Faculdade de Direito de Ajes** – Juína – MT. JURISPRUDENTIA. Ano 4, n.8, jul-dez, 2015.

TARTUCE, F. **Direito Civil**. Direito de Família. V. 5, 12. Ed. Revista Atual e Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TJPR. **Paraná inova com monitoramento por tornozeleiras eletrônicas**. 2016. Disponível em:< <https://bit.ly/3JCO2WY> >. Acesso em 14 abr 2022.

VENOSA, S. S. **Direito Civil** – Direito de Família. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

WINTER, A. **Pai preso tem que pagar pensão?** 2021. Disponível em:< <https://anacwinter.jusbrasil.com.br/noticias/1265887184/pai-presos-tem-que-pagar-pensao>>. Acesso em 11 abr 2022.

## COMENTÁRIOS A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:** Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. 111

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre a lei de introdução às normas de direito brasileiro. Ela possui aplicabilidade sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro, independentemente de serem normas de direito privado ou de direito público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei; Introdução; Normas; Direito brasileiro.

**RESUMEN:** Este artículo tiene como objetivo analizar brevemente la ley de introducción a las normas del derecho brasileño. Tiene aplicabilidad sobre todo el ordenamiento jurídico brasileño, independientemente de que se trate de normas de derecho privado o de derecho público.

**PALABRAS CLAVE:** Ley; Introducción; Normas; Derecho brasileño.

### INTRODUÇÃO

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) não é parte integrante do Código Civil e consiste em um diploma que disciplina a aplicação das leis em geral. Sua função é reger as normas, indicando como interpretá-las ou aplicá-las, determinando-lhe a vigência e a eficácia.

---

111 Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. E-mail: benignonovo@hotmail.com

A LINDB é reconhecida pela doutrina de norma sobre normas, uma vez que tem função essencial de dispor sobre o funcionamento das normas e dos atos no Direito brasileiro de maneira prévia e introdutória.

O Decreto lei nº 4.657/42 (LINDB) não sofreu nenhuma alteração ou revogação em qualquer de seus dispositivos com a entrada em vigor do novo código civil. Isso porque o objeto tratado pela lei de introdução é distinto do objeto do direito civil.

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro é conhecida também como "uma lei" sobre "as leis" cujo estudo é de fundamental importância pela aplicabilidade sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro.

## **DESENVOLVIMENTO**

A LINDB está em plena vigência no Direito Pátrio, não tendo sido revogada pelo Código Civil Brasileiro (Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002). Há que se ressaltar que a LINDB não é parte componente do Código Civil. Sua aplicação não se restringe tão somente ao Direito Civil, voltando-se aos mais variados ramos do Ordenamento Jurídico Brasileiro, como o próprio Direito Civil, o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, o Direito Penal, o Direito Empresarial, entre outros.

A Lei traz critérios de interpretação das normas, ou seja, trata de Hermenêutica Jurídica que é a Ciência da Interpretação; e, ainda, critérios de Integração, nos casos em que não há norma jurídica. A LINDB autoriza ao juiz que julgue valendo-se da analogia, do costume e dos princípios gerais de Direito, na hipótese de omissão na lei (lacunas do Direito).

### **Divisão da LINDB:**

1. Vigência das normas: artigos 1º e 2º;
2. Obrigatoriedade das normas: artigo 3º;
3. Integração das normas: artigo 4º;
4. Interpretação das normas: artigo 5º;
5. Aplicação da lei no tempo: artigo 6º;
6. Aplicação da lei no espaço: artigos 7º a 19;
7. Normas sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público: artigos 20 a 30.

Análise da LINDB-Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:

Art. 1º. Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

*Se a lei não especificar o prazo para que a mesma entre em vigor (vacatio legis), teremos por base este artigo da LINDB, que determina que entre em vigor 45 dias depois de oficialmente publicada.*

§ 1º. Nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada.

*A mesma situação descrita acima, difere apenas no prazo para sua entrada em vigor que no território nacional é de 45 dias e no exterior é de 3 meses. Sendo assim, se havia uma lei anterior a ela no exterior, ela prevalece por estes 3 meses ainda que no Brasil a lei nova já esteja em uso.*

§ 2º Revogado pela Lei nº. 12.036 de 2009

§ 3º. Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada à correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.

*Essa situação ocorre pra corrigir erros de ortografia ou pelo sentido da lei ter ficado confuso, exigindo assim uma correção para eliminar o erro ou esclarecer qual é o objeto da lei em questão. Sendo assim nada mais natural que todos os prazos que constavam na lei, passem a contar novamente da nova publicação.*

§ 4º. As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

*Como as correções às leis passam pelo mesmo processo de criação de uma lei, equiparam-se elas a uma lei nova.*

Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

*Exceto as leis de caráter temporário que já trazem expressas o tempo de sua validade, as leis brasileiras têm caráter permanente, ou seja, seguem em vigor até que se publique uma outra lei que a modifique ou revogue.*

§ 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

*A lei mais nova revoga a lei antiga, toda ou em parte, conforme a situação. Aparecerá de forma expressa ou tácita a revogação. A revogação se dá por incompatibilidade parcial*

*ou total, quando a matéria necessitar de uma regulação totalmente diferente em virtude da evolução de costumes.*

§ 2º. A lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

*A norma geral não revoga a especial assim como a especial não revoga a geral, podendo ambas reger a mesma matéria contanto que não haja choque entre elas. Se houver este choque caberá um método de resolução de antinomias.*

§ 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

*Sem grandes comentários, essa situação explicitada acima se justifica pelo fato do nosso ordenamento jurídico não admitir o dispositivo da reprivatização automática. A reprivatização só ocorre se expressamente for declarada.*

Art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

*A lei depois de tornada pública através de publicação oficial, respeitando o período de vacatio legis se houver, passa a vigorar para todos, não podendo ninguém alegar ignorância para justificar seu descumprimento.*

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

*Nem Sempre o Juiz vai encontrar uma lei que seja aplicável ao caso concreto, pois existem lacunas no Direito. Porém, não há situação que seja interesse do direito sem lei anterior que o defina, ou seja, ainda que não se encontre uma lei específica para resolver uma situação, deve-se usar a analogia se for possível encontrando casos julgados semelhantes, os costumes embora no sistema civil law este não tenha a mesma força como no sistema common law, e os princípios gerais do direito que são os norteadores das leis no nosso sistema jurídico.*

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

*O Juiz deverá aplicar a norma para o fim que ela se destina, ou seja, a sua interpretação deverá atender o melhor possível a situação, enquadrando a lei no caso concreto, evitando lacunas ou contradições normativas.*

Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

*A lei após entrar em vigor terá efeito imediato e geral, respeitando esses três dispositivos conforme ordena a CF1988. Valendo então durante a sua vigência, para futuras situações.*

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

*O ato jurídico perfeito é o já consumado que pela legislação anterior foi regido e que por este motivo (sendo ele já concluído), não será objeto de nenhuma lei nova.*

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

*Direito adquirido é quando o seu titular já teve o direito reconhecido por uma lei antiga, mesmo que venha a lei nova, esta não poderá atingi-lo. Podemos citar como exemplo uma pessoa que necessite de 35 anos de serviço para se aposentar, mas por escolha não se aposentou mesmo com 37 anos de serviço comprovados. Se na época que entrar em vigor uma nova lei nova exigindo 40 anos de serviços, esta lei não o atinge, pois quando ela entrou em vigor, ele já preenchia os requisitos da lei antiga.*

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

*A última sentença, decisão esta que não cabe a ninguém mais recorrer. É a decisão final sobre o caso. A coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito são dispositivos para promover a segurança jurídica.*

Art. 7º. A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

*A lei do país onde a pessoa tem domicílio (âmbito definitivo) determina as regras da ordem civil.*

§ 1º. Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração.

*Casamentos no Brasil serão regidos pela lei brasileira, no que concernem as formalidades para o casamento, bem como os impedimentos legais. Os direitos de família serão regidos pela lei do domicílio dos nubentes, brasileiros ou estrangeiros.*

§ 2º. O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes.

*Se a lei der competência ao agente consular ou diplomático, este poderá realizar casamentos de estrangeiros (de mesma pátria) fora de seu país, dentro de seu consulado ou fora dele. Brasileiros que se casarem com estrangeiros só poderão fazê-lo em consulado brasileiro.*

§ 3º. Tendo os nubentes domicílio diverso, regerà os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.

*A invalidade do matrimônio será apurada pela lei do domicílio comum dos cônjuges, ou pela lei do primeiro domicílio conjugal dos mesmos.*

§ 4º. O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal.

*As questões patrimoniais obedecerão às leis onde os cônjuges estiverem domiciliados, se estiverem domiciliados em países diferentes, será regido pela lei do lugar onde tiveram o primeiro domicílio conjugal.*

§ 5º O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro.

*O estrangeiro que se naturalizar pode com o aval de seu cônjuge, solicitar o regime parcial de bens, desde que resguarde o direito de terceiros, anteriores a naturalização.*

§ 6º O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de um ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no País. O Supremo Tribunal Federal, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais.

*O divórcio realizado no estrangeiro terá o prazo legal de um ano para ser reconhecido no Brasil, a não ser que tenha havido uma separação judicial também de um ano. O STF tem o poder de analisar documentos de divórcio dos brasileiros feitos no exterior, para que depois passe a ter todos os efeitos legais.*

§ 7º. Salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda.



*Tal regra serve para deixar claro que o domicílio eleito por um dos cônjuges, também é domicílio de seu companheiro e de seus filhos não emancipados, assim como o tutor ou curador estende os seu aos seus assistidos.*

§ 8º. Quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre.

*Será considerada domiciliada uma pessoa sem domicílio, em sua residência habitual, temporária ou acidental ou naquele local onde se encontre.*

Art. 8º. Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.

*A qualificação dos bens e os atos referentes a eles obedecem à lei do país onde se encontram.*

§ 1º. Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens moveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares.

*Para bens moveis que podem ser transportados (para uso pessoal ou em razão de negócio) para os mais diversos lugares, será aplicada a lei do lugar do domicílio do proprietário. Pois se não fosse assim, o bem móvel estaria sujeito as mais diversas legislações territoriais.*

§ 2º. O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa penhada.

*O penhor é regulado pela lei de onde quem empenhou a coisa tenha residência fixa (domicílio). Vale a regra de onde a coisa de situa.*

Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

*As obrigações são regidas pela lei de onde forem realizadas as mesmas.*

§ 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas às peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

*A lei estrangeira será observada no Brasil, no caso de uma obrigação ter sido contraída no exterior e a lei brasileira irá disciplinar os atos para a execução da mesma.*

§ 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

*As obrigações de um contrato são reguladas pela lei do local onde reside o proponente. Se os contratantes estiverem em estados diversos será o local em que o contrato foi proposto.*

Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

*A lei que vai reger a sucessão será a de onde estava domiciliado o defunto. Se o mesmo tinha dois domicílios, será competente o foro onde foi requerido primeiro.*

§ 1º. A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável à lei pessoal do de cujus.

*A sucessão de bens de estrangeiros será regulada pela lei brasileira em benefício de seus herdeiros brasileiros, a não ser que aquilo que a lei pessoal do de cujus determine seja mais vantajosa.*

§ 2º. A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder.

*A capacidade para suceder é disciplinada pela lei do domicílio do falecido, enquanto que a capacidade de exercer o direito de suceder é regulada pela do domicílio do autor da herança e pela lei pessoal do sucessor.*

Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

*As pessoas jurídicas de direito privado obedecem a lei do Estado onde foram criadas.*

§ 1º. Não poderão, entretanto ter no Brasil, filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.

*As empresas estrangeiras para terem filiais no Brasil devem passar pela aprovação do governo brasileiro ficando sujeitas a lei brasileira.*

§ 2º. Os Governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou susceptíveis de desapropriação.

*Os governos estrangeiros ou seus representantes constituídos não podem adquirir imóveis ou susceptíveis de desapropriação, visando preservar a soberania nacional se por algum motivo ocorrerem crises diplomáticas.*

§ 3º. Os Governos estrangeiros podem adquirir a propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares.

*É à exceção do parágrafo anterior, que dispõe que pessoas jurídicas de direito público externo podem adquirir sua sede para fins diplomáticos ou consulares.*

Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.

*A autoridade brasileira é competente para julgar o réu domiciliado no Brasil seja ela brasileira ou estrangeira.*

§ 1º. Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações, relativas a imóveis situados no Brasil.

*Somente a autoridade brasileira compete qualificar ou julgar ações sobre aos imóveis situados no Brasil.*

§ 2º. A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o exequatur e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências.

*A autoridade brasileira cumprirá aquilo que o estado estrangeiro solicitar através de carta rogatória, mediante a lei brasileira, excluindo as situações de execução como arresto e sequestro, por exemplo.*

Art. 13. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.

*A prova dos fatos ocorridos no país estrangeiro rege-se pela lei do mesmo, enquanto que nos tribunais brasileiros não se admite provas que a lei brasileira desconheça ou não autorize.*

Art. 14. Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência.

*No caso do juiz aplicar a lei estrangeira por não ser aplicável a lei brasileira, no direito internacional privado, poderá ele exigir de quem a usa, prova de texto e de sua vigência.*

Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que, foi proferida;
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas.

*As sentenças proferidas no estrangeiro não têm obrigatoriedade em outro por questões de soberania e independência de jurisdições, para o caso de alguma sentença estrangeira ser executada no Brasil, depende de uma serie de requisitos que são os elencados acima.*

Art. 16. Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei.

*Quando for necessário aplicar a lei estrangeira, será observada essa lei, não sendo válida qualquer remissão que esta faça a outra lei.*

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

*Não terão eficácia às leis do país estrangeiro que de alguma forma ofender o país em sua soberania, ordem ou bons costumes.*

Art. 18. Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileira ou brasileiro nascido no país da sede do Consulado.

*As autoridades consulares brasileiras têm competência para celebrar para brasileiros os atos estabelecidos no artigo 18. Mesmo que o país onde estiver o consulado não reconhecer nenhum dos atos, os mesmos terão validade no Brasil.*

Art. 19. Reputam-se válidos todos os atos indicados no artigo anterior e celebrados pelos cônsules brasileiros na vigência do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, desde que satisfaçam todos os requisitos legais.

*Os atos celebrados pelos cônsules brasileiros são válidos desde que cumpram todos os requisitos legais.*

Parágrafo único. No caso em que a celebração desses atos tiver sido recusada pelas autoridades consulares, com fundamento no artigo 18 do mesmo Decreto-lei, ao interessado é facultado renovar o pedido dentro em 90 (noventa) dias contados da data da publicação desta lei.

*Se a autoridade consular negar a celebração de algum ato previsto no artigo 18, poderá ser pedido novamente dentro do prazo de noventa dias.*

A Lei nº 13.655/2018 acrescenta à LINDB o art. 20, cujo caput possui a seguinte redação:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Justificativa dos juristas que auxiliaram na elaboração do anteprojeto

O art. 20 da LINDB tem por finalidade reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução.

Esfera administrativa

Consiste na instância que se passa dentro da própria Administração Pública, normalmente em um processo administrativo.

Esfera controladora

Aqui a Lei está se referindo precipuamente aos Tribunais de Contas, que são órgãos de controle externo.

Esfera judicial

São os processos que tramitam no Poder Judiciário.

O que são valores jurídicos abstratos?

O Decreto nº 9.830/2019 fornece a seguinte definição:

Art. 3º (...)

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

O art. 20 da LINDB introduz a necessidade de o órgão julgador considerar um argumento metajurídico no momento de decidir, qual seja, as “consequências práticas da decisão”.

Em outras palavras, a análise das consequências práticas da decisão passa a fazer parte das razões de decidir.

Essa conclusão é reforçada pelo art. 3º do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou o dispositivo:

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

Resumo:

- Não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
- Isso vale para decisões proferidas nas esferas administrativas (ex: em um PAD), controladora (ex: julgamento das contas de um administrador público pelo TCE) e judicial (ex: em uma ação civil pública pedindo melhores condições do sistema carcerário)

Tentativa de mitigar a força normativa dos princípios

A Constituição Federal é repleta de “valores jurídicos abstratos”. São inúmeros exemplos: “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV), “moralidade” (art. 37, caput), “bem-estar e a justiça sociais” (art. 193), “meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225).

Esses valores jurídicos abstratos são normalmente classificados como princípios. Isso porque os princípios são normas que possuem um grau de abstração maior que as regras.

Em um período histórico chamado de “positivismo”, que ficou no passado, os princípios, pelo fato de terem esse alto grau de abstração, não eram nem considerados como normas jurídicas.

Com base na força normativa dos princípios constitucionais, o Poder Judiciário, nos últimos anos, condenou o Poder Público a implementar uma série de medidas destinadas a assegurar direitos que estavam sendo desrespeitados. Vamos lembrar alguns exemplos:

- Município condenado a fornecer vaga em creche a criança de até 5 anos de idade (STF. RE 956475, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/05/2016).

- Administração Pública condenada a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento (STF. 1ª Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014).
- Estado condenado a garantir o direito a acessibilidade em prédios públicos (STF. 1ª Turma. RE 440028/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/10/2013).
- Poder Público condenado a realizar obras emergenciais em estabelecimento prisional (STF. Plenário. RE 592581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/8/2015).

Todas essas decisões foram proferidas com fundamento em princípios constitucionais, ou seja, com base em “valores jurídicos abstratos”. O que o legislador pretendeu, portanto, foi, indiretamente, tentar tolher o ativismo judicial em matérias envolvendo implementação de direitos.

#### Previsão contraditória

Vale ressaltar que esse art. 20 revela uma enorme contradição. Isso porque ele defende que o julgador não deve decidir com base em “valores jurídicos abstratos” sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Ocorre que a própria Lei nº 13.655/2018 introduz na LINDB uma série de expressões jurídicas abstratas, como por exemplo: “segurança jurídica de interesse geral”, “interesses gerais da época”, regularização “de modo proporcional e equânime”, “obstáculos e dificuldades reais do gestor”, “orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado” etc.

#### MOTIVAÇÃO DEVERÁ DEMONSTRAR A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO

Veja o que diz o parágrafo único do art. 20 da LINDB:

Art. 20. (...)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

#### Motivação

Todas as decisões sejam elas proferidas pelos órgãos administrativos, controladores ou judiciais, devem ser motivadas.

Isso significa que o administrador, conselheiro ou magistrado, ao tomar uma decisão, deverá indicar os motivos de fato e de direito que o levaram a agir daquela maneira.

## Novo requisito da motivação

O administrador, conselheiro ou magistrado quando for...

- impor alguma medida ou
- invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa

... deverá demonstrar que a decisão tomada é necessária e a mais adequada.

... explicando, inclusive, as razões pelas quais não são cabíveis outras possíveis alternativas.

Motivação = contextualização dos fatos + exposição dos fundamentos de mérito e jurídicos

### Motivação per relationem

A motivação por meio da qual se faz remissão ou referência às alegações de uma das partes, a precedente ou a decisão anterior nos autos do mesmo processo é chamada pela doutrina e jurisprudência de motivação ou fundamentação per relationem ou aliunde. Também é denominada de motivação referenciada, por referência ou por remissão.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

### Justificativa dos juristas que auxiliaram na elaboração do anteprojeto

O art. 21 "exige o exercício responsável da função judicante do agente estatal. Invalidar atos, contratos, processos configura atividade altamente relevante, que importa em consequências imediatas a bens e direitos alheios. Decisões irresponsáveis que desconsiderem situações juridicamente constituídas e possíveis consequências aos envolvidos são incompatíveis com o Direito. É justamente por isso que o projeto busca garantir que o julgador (nas esferas administrativa, controladora e judicial), ao invalidar atos, contratos, processos e demais instrumentos, indique, de modo expresse, as consequências jurídicas e administrativas decorrentes de sua decisão." (<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>)

### Exigências de motivação



Conjugando os arts. 20 e 21 da LINDB, podemos concluir que a decisão que acarrete a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá...

- demonstrar a necessidade e adequação da invalidação;
- demonstrar as razões pelas quais não são cabíveis outras possíveis alternativas;
- indicar, de modo expresse, suas consequências jurídicas e administrativas.

#### Art. 21 (...)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Exemplo de aplicação do dispositivo: no caso de invalidação de contrato administrativo, a autoridade pública julgadora que determinar a invalidação deverá definir se serão ou não preservados os efeitos do contrato, como, por exemplo, se os terceiros de boa-fé terão seus direitos garantidos. Deverá, ainda, decidir se é ou não o caso de pagamento de indenização ao particular que já executou as prestações, conforme disciplinado pelo art. 59 da Lei nº 8.666/93. (<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>)

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Uma das principais teses de defesa dos administradores públicos nos processos que tramitam nos Tribunais de Contas ou nas ações de improbidade administrativa é a de que não cumpriram determinada regra por conta das dificuldades práticas vivenciadas, em especial quando se trata de Municípios do interior do Estado. Alega-se, por exemplo, que não se apresentou a prestação de contas porque a internet no interior é ruim. Argumenta-se também que não se apresentou o balanço contábil porque no Município não há contadores e assim por diante.

Em geral, tais argumentos não são acolhidos porque os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário entendem que essas dificuldades são previamente conhecidas e que os administradores públicos já deveriam se preparar para elas.

Assim, o objetivo do dispositivo foi o de tentar “abrandar” essa jurisprudência pugnando que o órgão julgador considere não apenas a literalidade das regras que o administrador tenha eventualmente violado, mas também as dificuldades práticas que ele enfrentou e que possam justificar esse descumprimento.

O grupo de juristas que auxiliou na elaboração do anteprojeto assim justificou a nova previsão legal:

“(…) a norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas.

As condicionantes envolvem considerar (i) os obstáculos e a realidade fática do gestor, (ii) as políticas públicas acaso existentes e (iii) o direito dos administrados envolvidos. Seria pouco razoável admitir que as normas pudessem ser ignoradas ou lidas em descompasso com o contexto fático em que a gestão pública a ela submetida se insere.” (<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>)

Interessante também fazer um contraponto e trazer a crítica da Professora Irene Nohara a esse dispositivo:

“Os elaboradores do texto normativo chamam essa exigência de primado da realidade. Todavia, podem existir vários olhares sobre essa previsão, por exemplo: (a) desnecessária, pois já deveria estar pressuposta na interpretação jurídica feita na área da gestão, que não pode se estabelecer sem que se considere a realidade; (b) ineficaz, porque podem existir interpretações variáveis e que não deixam de ser especulativas, abstratas, portanto, sobre quais seriam os obstáculos e dificuldades; e, por fim, (c) perigosa: se for utilizada como uma brecha capciosa para se alegar que, por exemplo, como a realidade não nos permitiu cumprir adequadamente as exigências legais, então, podemos nos eximir de garantir direitos...

(...)

Aqui é interessante que essa determinação normativa não seja utilizada, portanto, como um pretexto para o argumento no sentido de que a realidade vence o direito... ou seja, que se as circunstâncias de cumprimento da lei forem muito penosas, vamos questionar tal requisito, ou pior, negociar o seu cumprimento por um regime de transição, conforme será visto na sequência...

## MUDANÇA DE INTERPRETAÇÃO OU ORIENTAÇÃO E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Se houver uma mudança na forma como tradicionalmente a Administração Pública, os Tribunais de Contas ou o Poder Judiciário interpretavam determinada norma, deverá ser previsto um regime de transição.

Este regime de transição representa a concessão de um prazo para que os administradores públicos e demais pessoas afetadas pela nova orientação possam se adaptar à nova interpretação. É como se fosse uma modulação dos efeitos.

## REVISÃO DEVERÁ LEVAR EM CONTA A ORIENTAÇÃO VIGENTE NA ÉPOCA DA PRÁTICA DO ATO

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Veja como o dispositivo é complementado pelo Regulamento da Lei:

Art. 5º A decisão que determinar a revisão quanto à validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos cuja produção de efeitos esteja em curso ou que tenha sido concluída levará em consideração as orientações gerais da época.

§ 1º É vedado declarar inválida situação plenamente constituída devido à mudança posterior de orientação geral.

§ 2º O disposto no § 1º não exclui a possibilidade de suspensão de efeitos futuros de relação em curso.

(...)

Algumas vezes demoram anos para que a Administração Pública (controle interno), o Tribunal de Contas ou o Poder Judiciário examine a validade de um ato ou contrato administrativo (em sentido amplo) que já tenha se completado. Nesse período, pode

acontecer de o entendimento vigente ter se alterado. Caso isso aconteça, o ato deverá ser analisado conforme as orientações gerais da época e as situações por elas regidas deverão ser declaradas válidas, mesmo que apresentem vícios.

## PROMISSO PARA ELIMINAR IRREGULARIDADE, INCERTEZA JURÍDICA OU SITUAÇÃO CONTENCIOSA NA APLICAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO

Em que consiste esse compromisso

O art. 26 da LINDB prevê a possibilidade de a autoridade administrativa celebrar um acordo (compromisso) com os particulares com o objetivo de eliminar eventual irregularidade, incerteza jurídica ou um litígio (situação contenciosa). Ex: determinado particular estava desenvolvendo clandestinamente atividade econômica que exigiria prévia licença. Esta situação é descoberta e o art. 26 permite que seja realizada uma negociação entre a autoridade administrativa e este particular a fim de sanar essa irregularidade.

Para que esse compromisso seja realizado, é indispensável a prévia manifestação do órgão jurídico (ex: AGU, PGE, PGM). Em alguns casos de maior repercussão, é necessária também a realização de audiência pública.

Confira a redação do caput do art. 26:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

Assim, na hipótese de a autoridade entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público, poderá celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável e as seguintes condições:

- I - após oitiva do órgão jurídico;
- II - após realização de consulta pública, caso seja cabível; e
- III - presença de razões de relevante interesse geral

Requisitos do termo de compromisso:

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).

Segundo o § 2º do art. 10 do Decreto nº 9.830/2019, o compromisso deverá prever:

- a) as obrigações das partes;
- b) o prazo e o modo para seu cumprimento;
- c) a forma de fiscalização quanto a sua observância;
- d) os fundamentos de fato e de direito;
- e) a sua eficácia de título executivo extrajudicial; e
- f) as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Eficácia

O compromisso firmado somente produzirá efeitos a partir de sua publicação.

Processo administrativo que subsidiará a decisão

O processo que subsidiar a decisão de celebrar o compromisso será instruído com:

I - o parecer técnico conclusivo do órgão competente sobre a viabilidade técnica, operacional e, quando for o caso, sobre as obrigações orçamentário-financeiras a serem assumidas;

II - o parecer conclusivo do órgão jurídico sobre a viabilidade jurídica do compromisso, que conterà a análise da minuta proposta;

III - a minuta do compromisso, que conterà as alterações decorrentes das análises técnica e jurídica previstas nos incisos I e II; e

IV - a cópia de outros documentos que possam auxiliar na decisão de celebrar o compromisso.

Se depender de autorização do AGU e de Ministro de Estado

Decreto nº 9.830/2019

Art. 10 (...)

§ 5º Na hipótese de o compromisso depender de autorização do Advogado-Geral da União e de Ministro de Estado, nos termos do disposto no § 4º do art. 1º ou no art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, ou ser firmado pela Advocacia-Geral da União, o processo de que trata o § 3º será acompanhado de manifestação de interesse da autoridade máxima do órgão ou da entidade da administração pública na celebração do compromisso.

§ 6º Na hipótese de que trata o § 5º, a decisão final quanto à celebração do compromisso será do Advogado-Geral da União, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997.

Termo de ajustamento de gestão

Como vimos acima, o art. 26 da LINDB prevê a possibilidade de a autoridade administrativa celebrar um termo de compromisso com os particulares com o objetivo de eliminar eventual irregularidade, incerteza jurídica ou um litígio (situação contenciosa).

O Decreto nº 9.830/2019, por sua vez, prevê um novo instrumento, qual seja, um termo de ajustamento que pode ser celebrado entre o agente público e o órgão de controle interno da administração pública.

Assim, se o órgão de controle interno detectar que algum procedimento não está sendo feito de forma adequada, o Decreto prevê a possibilidade de ser celebrado um termo de ajustamento de gestão para corrigir a falha ou aprimorar o procedimento.

Vale ressaltar que esse termo de ajustamento não pode ser celebrado se o agente público houver agido com dolo ou erro grosseiro e isso tiver causado prejuízo ao erário.

Veja a redação do dispositivo:

Art. 11. Poderá ser celebrado termo de ajustamento de gestão entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.

§ 1º A decisão de celebrar o termo de ajustamento de gestão será motivada na forma do disposto no art. 2º.

§ 2º Não será celebrado termo de ajustamento de gestão na hipótese de ocorrência de dano ao erário praticado por agentes públicos que agirem com dolo ou erro grosseiro.

§ 3º A assinatura de termo de ajustamento de gestão será comunicada ao órgão central do sistema de controle interno.

### IMPOSIÇÃO DE COMPENSAÇÃO

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

Veja a opinião da Sociedade Brasileira de Direito Público a respeito desse artigo:

“O dispositivo em questão visa evitar que partes, públicas ou privadas, em processo na esfera administrativa, controladora ou judicial auferam benefícios indevidos ou sofram prejuízos anormais ou injustos resultantes do próprio processo ou da conduta de qualquer dos envolvidos. O art. 27 tomou o cuidado de exigir que a decisão que impõe compensação seja motivada e precedida da oitiva das partes. Há, também nesse caso, a possibilidade de celebração de compromisso processual entre os envolvidos.”

### RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

O Decreto nº 9.830/2019 foi mais enfático que o art. 28 da LINB e afirmou que o agente público somente responderá em caso de dolo ou erro grosseiro:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

Dolo

Abrange tanto os casos de dolo direto como também eventual.

Erro grosseiro = culpa grave

Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia (art. 12, § 1º do Decreto).

Assim, para o Decreto, erro grosseiro é aquele no qual o agente atuou com culpa grave. Isso significa que, se o agente teve culpa leve ou levíssima, ele não poderá ser responsabilizado.

Comprovação do dolo ou grosseiro é indispensável para a responsabilização do agente

Decreto nº 9.830/2019

Art. 12 (...)

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

Complexidade da matéria e atribuições do agente devem ser consideradas

Ao se analisar se o agente atuou com dolo ou cometeu um erro grosseiro, deve-se levar em consideração a complexidade da matéria e as atribuições exercidas pelo agente público.

Decreto nº 9.830/2019

Art. 12 (...)

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

Grande prejuízo, por si só, não configura o dolo ou erro grosseiro

Decreto nº 9.830/2019

Art. 12 (...)



§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

Responsabilidades do parecerista e do decisor devem ser analisadas de forma independente

Imagine que o administrador público tomou uma decisão com base em um parecer exarado pelo assessor jurídico do órgão ou entidade. Posteriormente, detectou-se que esse assessor jurídico agiu com dolo ou culpa grave (erro grosseiro). Neste caso, o parecerista poderá ser responsabilizado, nos termos do art. 28 da LINDB. Vale ressaltar, no entanto, que o simples fato de ter ficado comprovado que o parecerista agiu com dolo ou erro grosseiro não levará, automaticamente, à responsabilização do decisor (administrador que tomou a decisão com fundamento neste parecer).

Para que o decisor seja responsabilizado será necessário que fique demonstrado que ele:

- tinha condições de aferir que o parecerista agia com dolo ou erro grosseiro; ou
- estivesse em conluio com o parecerista.

Esse entendimento – que decorre da ideia de responsabilidade pessoal e subjetiva – foi explicitado no Decreto nº 9.830/2019:

Decreto nº 9.830/2019

Art. 12 (...)

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

Responsabilidade do parecerista na jurisprudência do STF

Ressalte-se que existe um precedente do STF, bem anterior ao art. 28 da LINDB, reconhecendo a responsabilidade de advogado público pela emissão de parecer de natureza opinativa, desde que configurada a existência de culpa ou erro grosseiro:

(...) 3. Esta Suprema Corte firmou o entendimento de que “salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa” (MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/08). (...)

STF. 1ª Turma. MS 27867 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 18/9/2012 (Info 680).

Segundo a doutrina e o voto do Min. Joaquim Barbosa no MS 24.631/DF (DJ 01/02/2008), existe três espécies de parecer:

Facultativo

Obrigatório

Vinculante

O administrador NÃO É obrigado a solicitar o parecer do órgão jurídico.

O administrador é obrigado a solicitar o parecer do órgão jurídico.

O administrador É obrigado a solicitar o parecer do órgão jurídico.

O administrador pode discordar da conclusão exposta pelo parecer, desde que o faça fundamentadamente.

O administrador pode discordar da conclusão exposta pelo parecer, desde que o faça fundamentadamente com base em um novo parecer.

O administrador NÃO pode discordar da conclusão exposta pelo parecer.

Ou o administrador decide nos termos da conclusão do parecer, ou, então, não decide.

Em regra, o parecerista não tem responsabilidade pelo ato administrativo.

Contudo, o parecerista pode ser responsabilizado se ficar configurada a existência de culpa ou erro grosseiro.

Em regra, o parecerista não tem responsabilidade pelo ato administrativo.

Contudo, o parecerista pode ser responsabilizado se ficar configurada a existência de culpa ou erro grosseiro.

Há uma partilha do poder de decisão entre o administrador e o parecerista, já que a decisão do administrador deve ser de acordo com o parecer.

Logo, o parecerista responde solidariamente com o administrador pela prática do ato, não sendo necessário demonstrar culpa ou erro grosseiro.

O superior hierárquico do agente que atuou com dolo ou erro grosseiro também deverá ser responsabilizado pelo fato de não ter fiscalizado adequadamente seu subordinado?

Dependente. O superior do agente que atuou com dolo ou erro grosseiro somente responderá se comprovar que houve falha em seu dever de vigilância e que isso decorreu de dolo ou de culpa grave (erro grosseiro):

Decreto nº 9.830/2019

Art. 12 (...)

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

Dever de diligência e eficiência

Decreto nº 9.830/2019

Art. 12 (...)

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

#### DIREITO DE REGRESSO, DEFESA JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Se um servidor público, no exercício de suas funções, pratica ato ilícito que causa prejuízo a alguém, ele poderá ser responsabilizado?

SIM. No entanto, essa responsabilidade é:

- subjetiva (terá que ser provado o dolo ou a culpa do servidor); e
- regressiva (primeiro o Estado terá que ser condenado a indenizar a vítima e, em seguida, o Poder Público cobra do servidor a quantia paga).

Esse regime de responsabilidade está previsto na parte final do § 6º do art. 37 da Constituição:

Art. 37 (...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O art. 14 do Decreto nº 9.830/2019 traz uma previsão que, a meu ver, vai de encontro ao art. 37, § 6º da CF/88, senão vejamos. Veja a redação do dispositivo regulamentar:

Art. 14. No âmbito do Poder Executivo federal, o direito de regresso previsto no § 6º do art. 37 da Constituição somente será exercido na hipótese de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas, nos termos do disposto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, e com observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

O art. 14 do Decreto afirma que o agente público somente responderá regressivamente em caso de dolo ou erro grosseiro. Assim, este dispositivo se afasta da regra constitucional. Isso porque a CF/88 se contenta com dolo ou culpa.

A doutrina divide a culpa em três subespécies: culpa grave, leve e levíssima.

O erro grosseiro é sinônimo de culpa grave. Assim, é como se o art. 14 do Decreto dissesse: o agente público somente responde em caso de dolo ou culpa grave.

Possibilidade de a AGU fazer a defesa jurídica do servidor público federal demandado

Decreto nº 9.830/2019

Art. 15. O agente público federal que tiver que se defender, judicial ou extrajudicialmente, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas atribuições institucionais, poderá solicitar à Advocacia-Geral da União que avalie a verossimilhança de suas alegações e a consequente possibilidade de realizar sua defesa, nos termos do disposto no art. 22 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, e nas demais normas de regência.

**DECISÃO QUE IMPUSER SANÇÃO AO AGENTE PÚBLICO**

Decreto nº 9.830/2019

Art. 16. A decisão que impuser sanção ao agente público considerará:

- I - a natureza e a gravidade da infração cometida;
- II - os danos que dela provierem para a administração pública;
- III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;
- IV - os antecedentes do agente;
- V - o nexo de causalidade; e

VI - a culpabilidade do agente.

§ 1º A motivação da decisão a que se refere o caput observará o disposto neste Decreto.

§ 2º As sanções aplicadas ao agente público serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções da mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 17. O disposto no art. 12 não afasta a possibilidade de aplicação de sanções previstas em normas disciplinares, inclusive nos casos de ação ou de omissão culposas de natureza leve.

Vamos lembrar o que afirma o art. 12 do Decreto:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

O que esse art. 17 quer dizer é o seguinte: mesmo o agente não seja pessoalmente responsabilizado (em termos cíveis e criminais) por ter agido com culpa leve, ainda assim poderá responder por sanções disciplinares.

#### CONSULTA PÚBLICA

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º (VETADO).

“O art. 29, ao prever a consulta pública prévia à edição de atos normativos por autoridade administrativa, procura trazer transparência e previsibilidade à atividade normativa do Executivo. Trata-se de medida consentânea com as melhores práticas.”

Decreto nº 9.830/2019

Art. 18. A edição de atos normativos por autoridade administrativa poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico.

§ 1º A decisão pela convocação de consulta pública será motivada na forma do disposto no art. 3º.

§ 2º A convocação de consulta pública conterá a minuta do ato normativo, disponibilizará a motivação do ato e fixará o prazo e as demais condições.

§ 3º A autoridade decisora não será obrigada a comentar ou considerar individualmente as manifestações apresentadas e poderá agrupar manifestações por conexão e eliminar aquelas repetitivas ou de conteúdo não conexo ou irrelevante para a matéria em apreciação.

§ 4º As propostas de consulta pública que envolverem atos normativos sujeitos a despacho presidencial serão formuladas nos termos do disposto no Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017.

#### INSTRUMENTOS PARA AUMENTAR A SEGURANÇA JURÍDICA

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

#### Parecer do AGU e de consultorias jurídicas e súmulas da AGU

Os arts. 40 e 41 da LC 73/93 preveem a possibilidade de o Advogado-Geral da União exarar parecer que, se aprovado pelo Presidente da República e publicado juntamente com o despacho presidencial, assume caráter vinculante para a Administração Pública Federal:

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

O Decreto nº 9.830/2019 repete a LC 73/93:

Art. 20. O parecer do Advogado-Geral da União de que tratam os art. 40 e art. 41 da Lei Complementar nº 73, 10 de fevereiro de 1993, aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União juntamente com o despacho presidencial, vincula os órgãos e as entidades da administração pública federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 1º O parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

§ 2º Os pareceres de que tratam o caput e o § 1º têm prevalência sobre outros mecanismos de uniformização de entendimento.

Art. 21. Os pareceres das consultorias jurídicas e dos órgãos de assessoramento jurídico, de que trata o art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 1993, aprovados pelo respectivo Ministro de Estado, vinculam o órgão e as respectivas entidades vinculadas.

#### Enunciados

Decreto nº 9.830/2019

Art. 23. A autoridade máxima de órgão ou da entidade da administração pública poderá editar enunciados que vinculem o próprio órgão ou a entidade e os seus órgãos subordinados.

#### Transparência

Art. 24. Compete aos órgãos e às entidades da administração pública manter atualizados, em seus sítios eletrônicos, as normas complementares, as orientações normativas, as súmulas e os enunciados a que se referem os art. 19 ao art. 23.

### CONCLUSÃO

A LINDB é uma norma jurídica que visa regulamentar outras normas, composta por apenas 30 artigos nos quais aborda a vigência da lei, a aplicação da norma jurídica no tempo e no espaço e as fontes do direito, tendo como objetivo orientar a aplicação do código civil, diminuindo controvérsias que foram surgindo desde a sua primeira edição, em 1916. Vale pontuar que se trata de uma norma ATEMPORAL visto que serviu para introduzir diversos códigos e leis.

Ela possui aplicabilidade sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro, independentemente de serem normas de direito privado ou de direito público. Esta Lei se

aplica a todas as normas de direito privado e de direito público, exceto se houver disposição em sentido contrário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9469.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9469.htm)>. Acesso em: 01 abr. de 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm#:~:text=LEI%20N%20o%2010.406%2C%20DE%2010%20DE%20JANEIRO%20DE%202002&text=Institui%20o%20C%3B%20digo%20Civil.&text=Art.,e%20deveres%20na%20ordem%20civil](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm#:~:text=LEI%20N%20o%2010.406%2C%20DE%2010%20DE%20JANEIRO%20DE%202002&text=Institui%20o%20C%3B%20digo%20Civil.&text=Art.,e%20deveres%20na%20ordem%20civil)>. Acesso em: 01 abr. de 2022.

BRASIL. Lei nº 12.036, de 1º de outubro de 2009. **Altera o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, para adequá-lo à Constituição Federal em vigor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/L12036.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/L12036.htm)>. Acesso em: 01 abr. de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm)>. Acesso em: 01 abr. de 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. **Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm)>. Acesso em: 01 abr. de 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm)>. Acesso em: 01 abr. de 2022.

BRASIL. Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017. **Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de**



**propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado.**

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9191.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.191%2C%20DE%201%2C%BA%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202017&text=Estabelece%20as%20normas%20e%20as,Rep%C3%ABlica%20pelos%20Ministros%20de%20Estado](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9191.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.191%2C%20DE%201%2C%BA%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202017&text=Estabelece%20as%20normas%20e%20as,Rep%C3%ABlica%20pelos%20Ministros%20de%20Estado)>. Acesso em: 01 abr. de 2022.

BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. **Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm)>. Acesso em: 01 abr. de 2022.

CONJUR. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em: 01 abr. de 2022.

## **A RECUSA EM REALIZAR O TESTE DO BAFÔMETRO E O PRINCÍPIO DE NÃO PRODUIR PROVA CONTRA SI MESMO**

**BEATRIZ DE MENDONÇA BATISTA EUZÉBIO**<sup>112</sup>:

Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Brasil de Fernandópolis do Estado de São Paulo.

ALEX LOPES APPOLONI

(orientador)

**RESUMO:** As leis de trânsito brasileiras descrevem a necessidade de quantificar o teor de álcool dos condutores para a comprovação do crime de embriaguez ao volante. Esse assunto tem gerado muitas controvérsias em questão de que essa obrigatoriedade possa violar princípios constitucionais e de direito. Analisou se o bafômetro na constituição e nos princípios legais é obrigatório e se tal é válido como prova e verificando se será lícita ou ilícita. A legislação brasileira também estipula "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado a assistência da família e de advogados" (art. 5º CF, LXII), e a premissa: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º LVII, CF). Então aí vem a pergunta: o motorista será considerado culpado se se recusar a fazer o teste do bafômetro?

**Palavras-chave:** Trânsito, Bafômetro, Princípios, Direitos e Garantias, Ilícitude e Lícitude.

**ABSTRACT:** Brazilian traffic laws describe the need to quantify the alcohol content of drivers to prove the crime of drunk driving. This issue often generated controversial in question that this obligation may violate constitutional principles and law. It analyzed whether the breathalyzer in the constitution and in the legal principles is mandatory and whether this is valid as evidence and checking whether it will be lawful or illegal. Brazilian law also stipulates the exclusion of his rights, including to remain silent, being assured the assistance of his family and lawyers (art. 5 CF, LXII), and the premise: "no one will be considered guilty until the transit in res judicata of a condemnatory criminal sentence (art. 5 ° LVII, CF). So here comes the question: will the driver be found guilty if he doesn't take the breathalyzer test?

**Keywords:** Traffic, Breathalyzer, Principles, Rights and Guarantees, Illicitness and Lawfulness.

---

112 Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Brasil de Fernandópolis do Estado de São Paulo.

E-mail: beatriz.2020c@gmail.com.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Conceito breve e histórico da embriaguez. 3. Princípios. 3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana. 3.2 Princípio da presunção de inocência. 3.3 Princípio da ofensividade. 4. Ilicitude ou Licidade. 5. Direitos e Garantias. 6. Considerações finais. 7. Referências Bibliográficas

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei n.º 11.705, de 19 de junho de 2008 (conversão da Medida Provisória n.º 415/2008), que alterou a também Lei Federal n.º 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro — CTB), trouxe novas alterações à realidade do trânsito brasileiro. Como tudo no país teve uma grande repercussão, essa lei foi chamada de "Lei Seca" e enfrentou inquietação social em sua busca pela redução dos acidentes de trânsito. No § 3º, o legislador acrescentou que para os motoristas que "recusarem" algum dos seguintes procedimentos, serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas especificadas no artigo 165 do CTB: teste de alcoolemia, exame clínico, conhecimento profissional ou outro exame por meio técnico ou meios científicos, por meio de equipamentos homologados pelo CONTRAN, que podem comprovar seu estado de embriaguez.

Neste presente estudo, objetiva-se examinar as principais alterações legislativas no Código de Trânsito Brasileiro referentes ao crime de embriaguez (art.306) através das Leis 11.705/2008 e 12.960/2012, tratando o problema da aplicação da chamada "Lei Seca", referente a produção de provas, pois muitos motoristas alegam que "ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo", se dispondo da livre e espontânea vontade na colheita de suas informações sobre o nível de embriaguez.

Serão abordados os princípios como uma forma de informar, orientar e inspirar regras gerais, apresentados como uma forma de mostrar como o problema em si possui uma temática controvertida no que tange à preocupação com a proteção do interesse coletivo (princípio do direito à vida e da segurança pública) e, por outro lado, a preservação do interesse individual dos motoristas (princípio do silêncio e da não autoincriminação) contra possíveis abusos do Estado quando da resistência à realização do teste do etilômetro.

Portanto, o estudo constitui assim um profundo debate jurídico, tanto na doutrina como nos tribunais do país, porque exige um critério entre uma sentença individual de não produzir provas contra si próprio e o interesse social e ao analisar tudo, surgiu um grande problema que teoricamente levaria à violação da constituição. Ninguém pode fornecer evidências contra si mesmo. O que faz com que o cidadão tenha essa situação polêmica e a falta de informação sobre seus direitos. Após ingerir qualquer bebida alcoólica, caso esteja dirigindo um veículo automotor, ele pode ir para a cadeia, revogar a carteira de habilitação por doze meses e pagar multas pesadas e ainda assim responder um processo

criminal. Sendo o principal problema: o motorista envolvido em um acidente de trânsito faz um teste de bafômetro e ao apresentar recusa, será considerado culpado?

## 2 CONCEITO BREVE E HISTÓRICO DA EMBRIAGUEZ

A palavra “embriaguez” deriva do latim *inebriare* (embriagar-se, embebedar-se) e, segundo Costa Júnior, no âmbito do Direito Penal, a “[...]intoxicação, aguda e transitória, causada pelo álcool ou substância análoga, que elimina ou diminui no agente sua capacidade de entendimento ou de autodeterminação” (ALBUQUERQUE; OLIVEIRA, p. 79).

Na Medicina Legal, embriaguez é o “conjunto das perturbações psíquicas e somáticas, de caráter transitório, resultantes da intoxicação aguda pela ingestão de bebida alcoólica ou pelo uso de outro inebriante”. Já a Organização Mundial da Saúde (OMS) define embriaguez como:

Toda forma de ingestão de álcool que excede ao consumo tradicional, aos hábitos sociais da comunidade considerada, quaisquer que sejam os fatores etiológicos responsáveis e qualquer que seja a origem desses fatores, como a hereditariedade, a constituição física ou as alterações fisiopatológicas adquiridas (GOMES, 2012, p.47).

Desde 2008, os níveis de tolerância ao álcool no sangue caíram drasticamente e hoje, a Lei 12.760 estipula que qualquer quantidade de álcool pode sujeitar o motorista às penalidades do Código. Essa lei nº 11.705/2008 é chamada de Lei Seca e revisou a redação dos artigos 165 e 276 do Código da Estrada, de forma que a partir de agora qualquer quantidade de álcool seja encontrada no organismo do condutor passou a ser proibida.

O Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 165, prevê que dirigir sob o efeito do álcool é infração gravíssima, citada como:

“Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

Infração gravíssima.

Penalidade multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses." (BRASIL, 1997).

Sendo assim, sem tocar no assunto de constitucionalidade ou não do artigo, tendo que a aplicação das penalidades pela simples recusa, de alguma forma antecipa a afirmação do estado de embriaguez e viola de forma clara os princípios constitucionais assegurados a todos, o que se torna inadmissível e exclui uma possível infração de trânsito.

### **3 PRINCÍPIOS**

Em linhas gerais, um princípio é uma fonte de conhecimento em um ramo incomensurável do direito, por meio do qual se geram ideias, normas e normas jurídicas que garantem a ordem jurídica.

Os princípios constitucionais são mencionados por Bonavides (2001. p.259) como: "o oxigênio das constituições na época do pós-positivismos. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido ferem a valoração de sua ordem normativa".

Os princípios assumem um papel cada vez mais importante e vital para os ordenamentos jurídicos, segundo a doutrina contemporânea, principalmente se analisados sob a égide dos valores neles compreendidos. São eles que devem nortear, com o prestígio e destaque que lhes são peculiares, a interpretação, aplicação e mutação do Direito pelos tribunais. Mesmo para os autores que entendem não haver hierarquia entre princípio e regra constitucionais, existem, pelo menos, funções distintas dentro do ordenamento jurídico. (CRUZ, 2006, p. 13)

Miguel Reale aduz que "princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis".

Apesar de sua relevância, os princípios têm caráter subsidiário do direito e é utilizado por juízes nos casos em que esta não supre seu objetivo, servindo como respostas às lacunas, assim como analogia e costumes.

#### **3.1 PRINCÍPIO da Dignidade da Pessoa Humana**

O princípio da dignidade humana é um conceito filosófico abstrato, que determina o valor intrínseco da moralidade, do espírito e da honra de cada pessoa.

Se os seres humanos são sempre a fonte de todos os valores humanos, não há nada mais importante e valioso do que proteger a dignidade pessoal. É a partir desse pensamento que o princípio da dignidade humana tem desempenhado um papel importante no ordenamento jurídico brasileiro.

Na concepção de Moraes, tal princípio “concede unidade aos direitos garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”.

### **3.2 Princípio da Presunção de Inocência**

O inciso LVII estipula o princípio da presunção de inocência, também conhecido como “princípio da não culpabilidade”. Segundo ele, qualquer pessoa só pode ser considerada culpada após seu julgamento final, respeitar o devido processo legal e, portanto, cumprir com o direito de se opor ao litígio e total defesa (na seção LIV) e quando já não é mais possível recorrer da decisão do tribunal.

Além de nortear o processo penal brasileiro, esse princípio também garante que o Estado não atue de forma autoritária, mas sim que garanta um processo penal justo e democrático como condição necessária para a aplicação da pena, ou seja, para lidar com os culpados do país, e com isso todas as consequências negativas para a liberdade, patrimônio e reputação dos cidadãos.

O princípio da não autoincriminação citado no Brasil pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, que promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, colocando em seu artigo 14, §3, g que toda pessoa acusada do cometimento de um ato ilícito terá direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Portanto, a presunção de inocência é a garantia constitucional fundamental da democracia e do Estado de direito, e é extremamente importante para salvar e guardar a dignidade dos cidadãos.

### **3.3 Princípio da Ofensividade**

O princípio da ofensa informa que não há crime quando o comportamento não oferece ao mesmo um perigo concreto, real, eficaz e que seja comprovada lesão ao bem jurídico em causa.

O professor Luiz Flávio Gomes ensina:

O princípio do fato não permite que o direito penal se ocupe das intenções e pensamentos das pessoas, do seu modo de viver ou de pensar, das suas atitudes internas (enquanto não exteriorizada a conduta delitiva).

O princípio da ofensividade considera inconstitucionais todos crimes classificados pela doutrina como “delitos de perigo abstrato”, visto que, somente admite a existência de uma infração penal quando houver efetiva lesão ou real perigo de lesão ao bem jurídico.

Segundo o professor Luiz Flávio Gomes:

*Nullum crimen sine iniuria*: o resultado jurídico é o quinto requisito do fato materialmente típico (da tipicidade penal) e o primeiro de natureza axiológica (ou valorativa). Pertence, como se vê, à tipicidade material (e, em consequência, à tipicidade penal, porque, como vimos, tipicidade penal = tipicidade formal + tipicidade material).

Em suma, não há tipicidade penal, se não há ofensa ao bem jurídico, isto é, sem resultado jurídico (que significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido).

Muitos positivistas estudiosos do Direito Penal criticam este o Princípio da Ofensividade sob a afirmação de que não ele não tem previsão legal no Brasil. *Data venia*, estão equivocados, já que o art. 98, inciso I da Constituição Federal de 1988 prevê:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Assim, quando a Carta Magna trata a infração penal de menor potencial ofensivo, aponta que o Direito Penal deve guiar-se pela ofensividade, ou seja, pela conduta que cause lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico tutelado pela lei.

#### **4 ILICITUDE OU LICITUDE**

Para analisar se o fato é ilícito, devemos primeiro verificar se é típico e, em seguida, se não há motivo legítimo para excluir a ilicitude, se houver um motivo legítimo ou excluindo a mesma, o fato é lícito. Portanto, a menos que seja excessivo caso contrário, não serão punidos (parágrafo único do artigo 23 do Código Penal).

No direito, licitude é tudo o que é legal ou está em conformidade com a lei e a legitimidade.

De acordo com essa doutrina, pode-se entender que é ilícito aplicar o crime de desobediência ao autor que se recusa a cumprir qualquer perícia probatória, pois seu crime pode ser caracterizado, pois, viola o princípio do *nemo tenetur se detegere*, que se opõe à autoincriminação, porque, como vimos, a obrigação de apresentar provas é do autor e não do acusado.

A respeito da extensão dada ao princípio da não autoincriminação nos ensina SOUZA:

[...]tem sido dada uma incabível elasticidade à norma constitucional sobre o direito de permanecer calado, no sentido de que ela isentaria o réu de colaborar para a formação de prova contra si. Ficaria, assim, a seu alvedrio fornecer para fins de exames padrões gráficos ou vocais, amostras de sangue ou saliva, impressões digitais, etc. Dar uma soprada no etilômetro, também só se quiser. Tem-se, para tanto, invocado o aforismo *nemo se detegere tenetur* (isto é, ninguém é obrigado a revelar-se). Mas dito postulado só é agasalhado pela Constituição naquele mencionado aspecto de direito ao silêncio, que foi e é uma necessidade para coibir uma tendência de arrancar confissões, que se extorquiam até de inocentes. Prejudicar a obtenção de provas, porém, sem ferir direitos fundamentais, só servirá para favorecer a impunidade.

O Tribunal de Alçada era uma instância do poder judiciário paulista o qual foi extinto, porém eles tinham uma posição importante no seguinte sentido:

“Se a norma adjetiva determina que a autoridade manda, é porque a pessoa intimada tem que atender ao mando. Se não atender, comete delito de desobediência, por ter sido, a ordem, legal e amparada em norma vigente. A ampla defesa nada mais faz do que assegurar aos acusados todos os meios legais para a defesa, inclusive fornecendo defensores aos que não os possuem. Ela, entretanto, não concede ao acusado o direito de não atender a determinações legais, pois, se assim fosse, estaria em conflito com o disposto no inciso II,



do art. 5º, da mesma Carta Magna, que reza que todos os cidadãos são obrigados a fazer algo, desde que exista lei determinando, ao afirmar que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.'. (AC. nº 542.671/6, 6ª Câmara, Rel. Dês. Almeida Braga, Julgado em 07/06/1.989).

No entanto, os bafômetros são frequentemente medidos e, em alguns casos, são usados como prova contra motoristas de veículos. Conforme analisamos, a prova do bafômetro só é realizada se não for ilegal ou ilícita entendemos por ilegal aquela que afronta a lei processual, como por exemplo advogados, médicos e outras pessoas que devem manter em sigilo devido à sua profissão. Neste caso, a prova é inválida porque não está em conformidade com a lei processual penal, porque a prova ilegal é obtida por meios ilegais, em violação à lei material, neste caso, o ato ilícito ocorreu na forma de obtenção de provas.

## **5 DIREITOS E GARANTIAS**

O juiz observará se os direitos previstos na Constituição Federal e outras leis foram prejudicadas de alguma forma.

De acordo com Bastos (2018, p. 01) "Os direitos e garantias fundamentais, como o próprio nome já revela, são direitos garantidos, hoje, a todos os seres humanos, enquanto indivíduos de direito. Tratam-se, assim, de garantias formalizadas ao longo do tempo, inerentes aos indivíduos. E, em razão disso, costumam andar atrelados às concepções de direitos humanos".

No que diz respeito a parte dessa doutrina, a obrigatoriedade de realização do teste do bafômetro viola princípios constitucionais e direitos humanos básicos, como a presunção de inocência, o direito ao silêncio e a plena defesa. Outra parte da doutrina entende que a aplicação do teste de bafômetro é plenamente constitucional, pois busca defender os valores consagrados nos princípios constitucionais superiores e visa a proteção da vida humana, da segurança pessoal e patrimonial das comunidades e paz social.

Como define Alexandre de Moraes: "[...] o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina."

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Detran / RS recorreu do projeto de apelação de segunda instância do RS do Ministério da Fazenda do JEC, indicando que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu o impacto geral do recurso especial 1.224.374, que discutiu a

constitucionalidade das multas por recusa de teste de bafômetro. Portanto, os argumentos apresentados ao final da sentença são obrigatórios em todos os casos do órgão judiciário.

Dados da Polícia Rodoviária Federal e da Polícia Militar não deixam dúvidas ao confirmar as questões levantadas, a previsão do artigo 306 do CTB e o contido da garantia de não produção de prova contra si mesmo, o bafômetro não tem se mostrado eficiente como meio de provas, tornando a lei em questão para modo de eficácia social e jurídica

Esta pesquisa tem grande significado social, como há violação dos direitos individuais e garantias de liberdade de ir e vir, presunção de inocência, não autoincriminação, individualização da pena, e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Mostra também a importância teórica e prática do conhecimento dos elementos subjetivos que norteiam o indivíduo que dirige um crime veicular.

Portanto, pode-se concluir por meio de pesquisas que, levando em consideração o problema da embriaguez de muitos motoristas, a legislação pertinente está se tornando cada vez mais rigorosa.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÂMBITO JURÍDICO. **O uso do álcool e o mercado de trabalho: Perspectivas críticas para a justa causa na rescisão do contrato individual de trabalho. Embriaguez.**

**Alcoolismo.** Justa Causa Doença, 2009. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-65/o-uso-do-alcool-e-o-mercado-de-trabalhoperspectivas-criticas-para-a-justa-causa-na-rescisao-do-contratoindividualdetrabalho/#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde,por%20exemplo%2C%20a%20hereditariedade%2C%20a.> Acesso em: 01 de agosto de 2021.

AURUM. **O princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico.**

**Direito Constitucional, 2020.** Disponível em: [https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-](https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-dignidadedapessoahumana/#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20dignidade%20da%20pessoa%20humana%20se%20refere%20%C3%A0,sendo%20fundamento%20basilar%20da%20Rep%C3%ABlica.)

[dignidadedapessoahumana/#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20dignidade%20da%20pessoa%20humana%20se%20refere%20%C3%A0,sendo%20fundamento%20basilar%20da%20Rep%C3%ABlica.](https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-dignidadedapessoahumana/#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20dignidade%20da%20pessoa%20humana%20se%20refere%20%C3%A0,sendo%20fundamento%20basilar%20da%20Rep%C3%ABlica.) Acesso em: 07 de setembro de 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2001.p. 259.

BRASIL. **Artigo 165 da Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997-** Código de Trânsito Brasileiro, aplicando infração administrativa aos que se recusarem a realizar o teste do bafômetro.

BRASIL. **Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008. Regulamenta os artigos 276 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997** - Código de Trânsito Brasileiro, disciplinando a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos de crime de trânsito. Brasília. Senado. 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de D. Penal, volume 1: parte geral (artigos 1º a 120)**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Jus Brasil. 1941.

CRUZ, Paulo Márcio. **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2006.

JUSBASIL. **Conceito de Ilicitude ou Antijuricidade. Elementos do crime**, 2018.

Disponível em:

<https://guilhermecnascimento.jusbrasil.com.br/artigos/615337017/conceito-deilicitudeouantijuricidade#:~:text=Sendo%20assim%2C%20para%20analisar%20que,n%C3%A3o%20%C3%A9%20pass%C3%ADvel%20de%20puni%C3%A7%C3%A3o%2>. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.61

PASCHOAL, Janina. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. **Direito a não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

SOUZA, José Barcelos de. **“Bafômetro”, intervenções corporais e direitos fundamentais –parte II**. Artigo publicado no Jornal O Tempo, Belo Horizonte: 2005.

Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI13201,31047Bafometro+intervencoes+corporais+e+direitos+fundamentais+Parte+II>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

ZART, Ricardo Emilio. **O direito de não fazer prova contra si mesmo e o crime de embriaguez na direção de veículo automotor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2616, 30 ago. 2010. Disponível em: [O direito de não fazer prova contra si mesmo e o crime de embriaguez na direção de veículo automotor - Jus.com.br | Jus Navigandi](http://jus.com.br/artigos/2616/o-direito-de-nao-fazer-prova-contra-si-mesmo-e-o-crime-de-embriaguez-na-direcao-de-veiculo-automotor). Acesso em: 16/07/2021.

## OS TRAÇOS JURÍDICOS-SANITÁRIOS DA PANDEMIA DA GRIPE ESPANHOLA E COVID-19 NO BRASIL

**RAYLLA MACIEL DA SILVA:**

Bacharelada em Direito pela Universidade Católica do Tocantins<sup>113</sup>

**VINICIUS PINHEIRO MARQUES**<sup>114</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo aborda alguns aspectos sociais e jurídicos envolvendo o número de mortes e pessoas infectadas que tiveram na época do Covid-19 e da gripe espanhola e os traços jurídicos sanitários que são semelhantes nas duas épocas para gerar o despertar da população em geral sobre o assunto abordado. Queremos com este artigo gerar discussões e reflexões quanto ao tema, para que, possa vir a ser explorado em outros projetos científicos. Ao mesmo tempo que a pesquisa busca mostrar que hoje, 103 anos depois de uma epidemia que matou milhões de pessoas por causa de uma gripe viral muito forte e muito contagiosa é comum encontrar atualmente mudanças que foram feitas naquela época refletindo na legislação atual. Com o tamanho da gravidade e contaminação da gripe espanhola, foi necessário o Estado fazer algumas alterações na legislação brasileira para ajudar na luta contra essa pandemia, que inclusive algumas dessas alterações estão sendo usadas, ou ainda refletem atualmente no período pandêmico do covid-19 que também trouxe algumas alterações legislativas para ajudar no combate dessa pandemia. Portanto, tem o objetivo de identificar as alterações legislativas jurídicas sanitárias que aconteceram na pandemia da gripe espanhola no Brasil que ainda refletem nas leis criadas no período pandêmico do covid-19. E através do método descritivo bibliográfico, narraremos fatos e acontecimentos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pandemia; Covid-19; Gripe Espanhola; Traços Jurídicos

**ABSTRACT:** This article deals with the very high number of deaths and infected people during the Covid-19 and Spanish flu seasons, and the similar health legal traits of the two epochs, in order to awaken the general population to the subject in question. With this article, we want to generate discussions and reflections on the subject, so that it can be explored in other scientific projects. At the same time that the research seeks to show that

---

113E-mail: [raylla.silva@a.catolica-to.edu.br](mailto:raylla.silva@a.catolica-to.edu.br)

114 Orientador: Pós-Doutor em Educação pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Advogado e autor de livro e artigos científicos.

today, 103 years after an epidemic that killed millions of people because of a very strong and very contagious viral flu, it is common to find changes that were made at that time reflected in the current legislation. With the size of the gravity and contamination of the Spanish flu, it was necessary for the State to make some changes in Brazilian legislation to help in the fight against this pandemic, that even some of these changes are being used, or still reflect currently in the pandemic period of covid-19 that also brought some legislative changes to help in the fight of this pandemic. Therefore, the objective of this paper is to identify the changes in health laws that occurred during the Spanish flu pandemic in Brazil and that are still reflected in the laws created during the covid-19 pandemic period. Through the descriptive bibliographic method, we will narrate facts and events.

**KEYWORDS:** Pandemic; Covid-19; Spanish Flu; Legal Traces

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo fala de alguns aspectos envolvendo a epidemia da gripe espanhola e da atual pandemia gerada pelo COVID-19 e com ela trás abordagens críticas sob o ponto de vista da pesquisa acadêmica que merecem ser registradas no contexto da atualidade.

Convém observar que após a ocorrência da pandemia a 103 anos atrás, depois de uma epidemia que matou milhões de pessoas por causa de uma gripe viral muito forte e muito contagiosa, é comum encontrar atualmente semelhanças de mudanças que foram feitas naquela época refletindo na legislação atual, diante disso cabe mostrar possíveis soluções e as ações dos órgãos competentes sobre tais casos. Com as alterações legislativas jurídicas sanitárias que aconteceram na pandemia da gripe espanhola no Brasil, convém apresentar quais dispositivos a época ainda refletem no período pandêmico do covid-19.

Entre os assuntos mais comentados nos dias atuais, o vírus covid-19 é um dos que estão em maior evidência, em 1918, era a gripe espanhola. A pesquisa objetiva abordar o tema em um sentido amplo, identificando as principais alterações e mudanças legislativas das duas épocas abordadas e destacando as alterações jurídicas que foram feitas na época da gripe espanhola que até hoje refletem na pandemia do covid-19 para o combate desses vírus.

A proposta é mostrar as diferentes mudanças e alterações jurídicas que os governantes no Brasil, tiveram a 103 anos atrás para combater a gripe espanhola no país inteiro e que algumas delas, até hoje serve para ajudar no combate da pandemia do coronavirus. Com este artigo, será apresentado as mudanças legislativas que mesmo depois de tanto tempo, ainda refletem na pandemia atualmente e que possivelmente

ajudaram no problema em 1918 e agora também nos tempos atuais. Assim, com a análise comparativa dos períodos será possível evidenciar os efeitos em cada época. Em arremate, novas contribuições acadêmicas podem advir partindo-se do presente artigo.

Através do método hipotético dedutivo com referências bibliográficas, partindo-se de alguns fatos, acontecimentos e a evolução legislativa que foram necessárias para o combate da gripe espanhola e possivelmente do covid-19, e as que refletem uma na outra nos tempos atuais e também descrever como/se as ações impostas pelos governantes nas duas épocas funcionaram.

### **1. Gripe Espanhola e Covid 19: marcos e percepções**

Inicialmente, a gripe espanhola aconteceu no começo do ano de 1918 e se prolongou até o final do ano de 1920 (TASCHNER, 2018), é certo que trazendo com ela uma multidão de horrores por onde passava, destruindo tudo a sua volta, como saúde mental, saúde física, famílias e entre outras coisas. Quando essa epidemia surgiu, o mundo estava finalizando a primeira guerra mundial, onde tinha milhares de pessoas sofridas, doentes e maltratadas em consequência da guerra e a epidemia chegou aprofundando mais ainda esses sofrimentos, trazendo milhões de mortes no mundo inteiro, nesse sentido, salienta-se o registro da bióloga abaixo:

No dia 4 de março de 1918, um soldado da base militar de Fort Riley, nos Estados Unidos, ficou de cama, com sintomas de uma forte gripe. Esse acampamento no Kansas treinava cidadãos americanos para a Primeira Guerra Mundial. Naquela semana de março, mais de 200 soldados adoeceram também. Em apenas 14 dias, mais de mil militares foram parar em hospitais — e o mal se alastrou por outros acampamentos. No pico da epidemia, mais de 1 500 militares reportaram a enfermidade em um único dia. A doença se espalhou rapidamente pelos EUA e pegou carona com os soldados americanos que embarcaram para a Europa. (TASCHNER, 2018)

Conforme a observação, conclui-se que além de ser de fácil contágio, essa gripe era bastante dolorosa e fatal. As pessoas estavam morrendo muito rápido pois a infecção aumentava em pouco tempo após a contaminação. Silva (2020) relata que essa gripe foi conhecida mundialmente como espanhola pois era na Espanha que mostrava informações na TV sobre a gripe, o país estava neutro na guerra e possuíam uma imprensa livre.

Como forma de acrescentar maior clareza ao registro acima, Sousa (2008, p.102-103) diz que essa epidemia ainda chegou a ter três ondas de contaminação. A primeira que parou em março de 1918, que não teve taxa de mortalidade tão alta, a segunda, que foi a mais forte, que se espalhou em março de 1918 e a terceira que foi menos forte que se

estendeu no início de 1919 até em alguns lugares, início de 1920, retomando-se a gravidade do tema, Taschner entende que:

O mundo estava em guerra. E guerra de trincheiras, onde soldados doentes se aglomeravam em locais inóspitos — ambiente mais que propício ao contágio. Além disso, os recrutas que escapavam das balas carregavam o vírus pelos campos de batalha e aos seus países de origem. Os hospitais de campanha, por sua vez, alojavam uma multidão de infectados, que disseminavam a doença. Por fim, nações devastadas pelos conflitos sofriam com a escassez de suprimentos, deixando a população debilitada. (TASCHNER, 2018)

Seguindo o mesmo raciocínio, Taschner diz (2018) que uma característica intrigante até hoje foi: o ataque do influenza costuma ser mais forte em crianças e idosos, que possuem sistema imune mais frágil. Em 1918, porém, as principais vítimas foram os adultos jovens — tanto civis quanto soldados no front. Uma hipótese é que, justamente por ter uma imunidade mais proativa, a resposta do organismo jovem era vigorosa demais. Resultado: uma tempestade inflamatória que agredia os pulmões e encurtava a vida.

Devido a todos esses acontecimento, a onda de contágio só aumentava cada vez mais e as pessoas estavam doente psicologicamente e/ou fisicamente. É evidente que a guerra foi a favor da gripe desde o início da primeira onda de contágio, pois com os soldados nesses tipos de ambientes frequentados e com suas debilitações em consequência da guerra, se tornava mais fácil a transmissão do vírus entre as pessoas. E assim essa gripe foi se espalhando de país a país por todo o mundo.

Conforme diz Silva , no início da primeira onda de contágio no Brasil, cerca de setembro de 1918, a população brasileira só acompanhou a manifestação da epidemia pela TV, e não se preocupou tanto com a doença por acreditar que não chegaria no Brasil. As pessoas achavam que pelo fato da doença está bem longe, quando chegasse próximo do país já teria acabado e ficaria por lá mesmo e por isso ninguém se cuidou, nem procurou adotar métodos para impedir da gripe vim com muita força para o brasil. (SILVA, 2020)

Ainda segundo Silva (2020), a gripe chegou no Brasil através do navio Demerara que veio da Inglaterra e trouxe várias pessoas para o país e logo se espalhou. Silva afirma que “Logo a doença se espalhou pelo país, pois não havia medicamentos que a combatessem. A difusão foi rápida e afetou, sobretudo, as cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo e em seguida todo o país foi atingido”.

Acredita-se que naquela época não possuía remédio específico para essa gripe. Silva (2020) conta que os médicos passavam remédios para amenizar sintomas, e pediam para a população não causarem aglomeração, se protegerem e ter algumas higenes de

cuidado para a diminuição do contágio. Essa epidemia causou milhares de mortes e contaminou outros milhares deixando a população em estado de calamidade. Os leitos e hospitais, estavam todos lotados e cada dia que se passava, mais famílias sofriam. Inclusive o presidente eleito Rodrigues Alves, que não conseguiu nem tomar a posse, pois resistiu a doença. O covid-19 foi identificado a primeira vez na China em dezembro de 2019.

No entanto, sabe-se que “Em 30 de janeiro de 2020 foi declarado pela OMS como uma epidemia de emergência de saúde pública de importância internacional e em 11 de março de 2020, foi declarado como uma pandemia.” (OLIVEIRA; DUARTE; FRANÇA; GARCIA.2020, p.1).

Seguramente, o Covid-19 é a epidemia atual e, assim como a gripe espanhola, se espalhou no mundo inteiro rapidamente, deixando muitas mortes e muita destruição. Ele é um vírus também de fácil transmissão, que ajuda facilmente na sua contaminação. O vírus afeta tanto jovens, quanto pessoas mais velhas. Já se ouve na mídia casos de pessoas jovens que veio a óbito em razão dos efeitos desse vírus.

Com a chegada desse vírus no mundo inteiro, as pessoas tiveram que mudar vários hábitos cotidianos e tiveram que se adaptar a novas mudanças para combater essa pandemia. A autora Regadas (2020), afirma dizendo “O governo adotou ações rígidas e implantou o isolamento social. O comércio foi fechado e as pessoas tiveram que trabalhar home office. O uso de máscaras se tornou obrigatório e medidas de higienização foram implantadas. ”

As duas epidemias apresentadas que é o Covid-19 e a Gripe Espanhola assustaram o mundo inteiro, deixando muitas pessoas transtornadas com o tamanho do estrago que elas causaram e no caso do covid-19, atualmente ainda causa na vida da população. Ambas trouxeram muitas mudanças no dia a dia das pessoas e junto com elas medo, frustração, falta de instabilidade e em alguns casos problemas psicológicos seríssimos. Mudanças como higiênicas, isolamento social, uso de máscara, distanciamento etc, são alguns hábitos que foi necessário ter em ambas as pandemias.

Tanto a gripe espanhola quanto a Covid-19 foram dois vírus que se espalharam rapidamente no mundo inteiro matando milhões de pessoas, trazendo muitas tristezas, e destruição psicológica e também econômica. As pessoas estavam morrendo tanto do vírus em si, como também da fome, e o caos estava e está instalado nos tempos atuais, em todos os países do mundo.

Conforme diz Alves, em uma entrevista ao hotsite do IFCH, ela destaca que:

[...] apesar dos 100 anos que as separam, Gripe Espanhola e Coronavírus tem também em comum a dificuldade dos poderes públicos em lidar com a quantidade muito grande de óbitos, ao não



conseguirem dar um destino rápido aos corpos das pessoas mortas e ao terem que realizar sepultamentos em covas coletivas, situações presentes há um século e que já são observadas novamente nos países mais afetados pela pandemia. (ALVES., 2020, p.2)

Como na época da gripe espanhola, a população brasileira incluindo o Presidente da República renegaram a gravidade do vírus do COVID-19 no início das contaminações quando começou mostrar nas mídias brasileiras sobre a epidemia atual. Acreditava que o vírus jamais chegaria no Brasil. O presidente Jair inclusive chegou a dizer em entrevista para a TV nacional que o vírus “é apenas uma gripezinha”. E toda a população estava vivendo sua vida normalmente, ignorando as notícias. Após passado algum tempo, o vírus chegou no Brasil e todos estavam despreparados para o tamanho da gravidade do mesmo, fazendo com que as dificuldades de controle de contaminação fossem dificultadas.

Segundo Alves em sua entrevista:

No dia 24 de março, nosso atual presidente da República deu um pronunciamento em rede nacional, no mesmo tom usado por Carlos Seidl há 102 anos atrás. Insistiu que [...] alguns governadores estariam equivocados ao decretar isolamento social, que o pânico gerado pela doença foi fruto do sensacionalismo da imprensa. Além disso, o presidente pediu que as pessoas retornassem ao trabalho, voltassem a normalidade assim como as pessoas que viveram em 1918 tentaram fazer no início daquele surto epidêmico”. (ALVES, 2020, p.4)

Vale ressaltar que a atual pandemia do COVID-19 é mais estabelecida, a tecnologia dessa época e os conhecimentos da ciência dessa época são muito mais avançados do que em 1918 e a busca pela vacina contra o vírus se torna mais rápida nos tempos de hoje.

De acordo com Alves que cita que:

Ao contrário da Gripe Espanhola, o atual surto tem sua origem já estabelecida, suas formas de propagação bem conhecidos e maneiras de evitar a contaminação. A situação está gerando uma corrida contra o tempo na busca por um remédio para curar os doentes e por uma vacina para tentar evitar novos casos. Não há comparação entre o conhecimento científico de um século atrás e o atual. (ALVES,2020, p.4)

O Brasil tanto em 1918 quanto agora em 2021, está sofrendo com esse vírus altamente contagioso e os casos só aumentam cada dia mais. A economia do país que já não estava das melhores, piorou significativamente. Milhares de pessoas estão morrendo

por dia e com isso várias famílias vão sofrendo as consequências desse vírus. A fome também está matando muita gente, por causa da impossibilidade de ir trabalhar, as empresas e pequenos negócios estão sendo fechados e até falta de leitos e UTI está começando no país inteiro.

De acordo com Alves (2020, p.7) “atualmente, além da doença em si, estamos enfrentando igualmente uma crise econômica gerada pelo isolamento, que se somou aos problemas econômicos que o país já possuía.”

Por consequência da crise econômica gerada, Rocha e Meirinho destaca que “O covid-19 ensejou um verdadeiro caos absoluto, atacando os sistemas social e econômico mundial, e para que não alastre ainda mais seus efeitos maléficos, diversos países tomaram uma série de medidas drásticas e necessárias.” (ROCHA; MEIRINHO, 2020). Ambos autores contam que:

Em tempos de crise e de dificuldades econômicas, pode aceitar-se que os direitos humanos – incluindo os direitos econômicos, sociais e culturais – não se “expandam”. (...) neste sentido, a austeridade pode ser profundamente contraproducente, com maior impacto sobre os mais vulneráveis devido aos cortes nos benefícios sociais, que são, por regra, os primeiros a ser concretizados (pensões, apoios à deficiência, subsídio de desemprego, etc.). [...], portanto, como ocorreu no caso da gripe espanhola, a saída está, inexoravelmente, na valorização dos direitos fundamentais prestacionais, e a revalorização do direito do trabalho, recolocando a Constituição da República em seu devido lugar, qual seja, no ápice do ordenamento jurídico brasileiro. (ROCHA; MEIRINHO, 2020)

Acredita que nesses tempos de crise econômica e social, os mais afetados foram as famílias de baixa renda tanto no COVID-19, quanto na gripe espanhola. Principalmente porque nem ir trabalhar as pessoas não podiam pelo risco de se contaminar ou contaminar outras pessoas. Assim, os governantes possuem o dever de ajudar essas pessoas, garantindo os seus direitos.

## **2. Mudanças legislativas para o combate da gripe espanhola e do COVID-19 no Brasil**

Foram feitas diversas mudanças jurídicas para o combate tanto da epidemia da gripe, quando do covid-19. As duas pandemias foram grande ameaça real no mundo todo, fazendo com que o Estado mudasse obrigatoriamente algumas coisas no código sanitário para combatê-los. Algumas mudanças nos tempos atuais ainda estão sendo obrigatórias.

De acordo com o autor Carlos Fioravanti (2020, p.1) a pandemia do coronavírus guarda semelhanças com a da gripe espanhola, também de alcance mundial, com um

impacto devastador: infectou cerca de 500 milhões de pessoas, o equivalente a um terço da população mundial na época, e matou entre 25 milhões e 50 milhões, em geral com 20 a 40 anos, de 1918 a 1920.

Diante disso, Goulart (2005, p. 101-142), no estudo revisitando a espanhola, ela traz um depoimento de uma testemunha do acontecimento naquela época, que foi concedido a autora. Nelson Antonio Freire que dizia (1990)

Não tinha na cidade, rua em que pelo menos em uma casa, a família inteira fenecera. Em muitas, todos da família estavam acamados, e cabia a quem pela rua passasse alimentar e dar remédios. [...] as pessoas colocavam panos negros nas janelas e portas das casas, para que eles soubessem que ali tinha gente doente e viessem socorrer. (apud GOULART, , p. 101-142, 2005)

Segundo a mesma autora (2005, p. 101-142) “A espanhola trouxe à tona os empecilhos estabelecidos pelo Legislativo, e a estrutura administrativa que se encarregava dos segmentos funcionais da assistência pública de saúde e higiene e do desenvolvimento das políticas e das instituições sanitárias”. Pelo que diz o autor Duarte (2009, p.54), com essa epidemia violenta e forte e que não possuía um medicamento para o combate dessa doença, o serviço sanitário adotou algumas medidas para melhorar e ajudar a combater essa gripe.

De acordo com Duarte (2009, p.59) no ano de 1918 foi decretado o novo código sanitário que ficou em vigor até 1970. O autor conta também que naquela época, os governadores tinham total autonomia para adotar as medidas para melhoria contra a epidemia. Em alguns locais foram feitos decretos de medidas de desinfecções de locais suspeitos, fizeram novas enfermarias, isolamento, uso de máscaras de pano, fechamentos de locais públicos e privados, na época as escolas que possuíam eram privadas. Muitos comércios e indústrias também tiveram que fechar por conta da maioria dos funcionários se infectar.

Com a gravidade dos fatos ocorrido, o Estado também adotou medidas legislativas e mudanças jurídicas para esse combate. Duarte afirma que

O Código Sanitário foi amplamente discutido e emendado no Congresso Legislativo do Estado, por mais de um ano, resultando na absorção de parte das demandas sociais e das reivindicações dos movimentos grevistas do ano anterior, que acabaram sendo incorporadas em alguns artigos dessa lei. Absorveu também os dispositivos do Código Sanitário Rural que havia sido promulgado com um dos itens da legislação que reorganizava o Serviço Sanitário

do Estado no final de 1917, por conta do empenho do Dr. Artur Neiva. Os 800 artigos desse novo código estavam divididos em títulos e subdivididos nos capítulos e seções. (DUARTE, p.59, 2009)

De acordo com o autor acima, vale ressaltar também que “Desse código, visando correlacioná-lo com a epidemia de gripe espanhola, destacam-se também, algumas partes do TÍTULO IV, que através dos Artigos 554 a 613 detalhava e sistematizava as ações de profilaxia geral das doenças transmissíveis como - a notificação, o isolamento, a desinfecção e a vigilância médica. ” (DUARTE, p.61, 2009).

Ainda segundo, Duarte no código possuía o seguinte texto :

Da notificação Artigo 555 – Occorrendo um caso de doença transmissível, será o facto levado imediatamente ao conhecimento da auctoridade sanitária ou do Prefeito Municipal, sendo obrigado a fazer esta notificação: a) o responsável pela casa, b) o proprietário da habitação coletiva, c) o medico que prestou cuidados à pessoa acometida. Artigo 562 – São consideradas doenças de notificação compulsória: a variola, a escarlatina e as febres eruptivas; a peste; a cholera; a febre amarella; a diphtheria; a febre typhoide e as doenças paratyphicas; a tuberculose aberta; a lepra; o impaludismo; a ancylostomose; a ophtalmia granulosa (trachoma) e a conjuntivite purulenta; as dysenterias; a paralisia infantil ou Doença de Heine Medin; a meningite cerebro-espinhal epidemica; a coqueluche e a parotidite nos collégios, asylos e habitações collectivas; e, as epizotias que se transmitem ao homem. Do isolamento Artigo 569 – É obrigatório o isolamento do enfermo de qualquer das doenças comprehendidas no artigo 562 com excepção da ancylostomose, dysenteria e trachoma. Da desinfecção Artigo 588 – Ordenada a desinfecção pela auctoridade sanitária, ninguem poderá della se eximir, nem embarçar, perturbar ou impedir sua execução, sob pena de multa de duzentos réis, podendo a auctoridade sanitária requisitar auxilio da polícia para que se execute a operação sanitária. Da vigilância médica Artigo 604 – As pessoas sujeitas à vigilância médica poderão retirar-se do predio ou localidade em que se acharem desde que indiquem à auctoridade sanitária o seu ponto de destino e obtenham a necessária auctorização. (DUARTE, p.61-62, 2009)

Com o fim da gripe espanhola, consequentemente as pessoas estavam com medo, o país inteiro em luto por milhares de pessoas mortas no mundo e um cenário de extrema tristeza entre todos. Com isso e com medo dessas epidemias castróficas, entende-se que o Estado melhorou algumas medidas da legislação para o combate tanto da doença,

quanto pra proteger a população de pessoas que infringem as leis e põe outras em perigo propagando as doenças por infringiram leis de combate, como destaca Duarte a seguir:

Passada a crise sanitária ocasionada pela epidemia de gripe espanhola e lentamente retornando a vida normal na cidade, o artigo 562 do Código Sanitário que trata das doenças de notificação compulsória, foi alterado com a inclusão da "influenza" como uma das moléstias de notificação compulsória, por resolução do Diretor Geral do Serviço Sanitário do Estado, publicada em 19 de março de 1919. O Estado passou a se interessar pela doença, agora sob vigilância por força de lei. (DUARTE, 2009, p.69.)

Nesse sentido, Duarte (2009, p.69) afirma que "apesar de a gripe espanhola ter posto em cheque o Código Sanitário de 1918, ele consolidou-se com o passar dos anos e novidades no campo da saúde pública foram por ele introduzidas, (...) seu texto sofreu múltiplas emendas, quando revogado em 1970".

Contudo, a epidemia do covid-19 tanto quanto, a gripe espanhola, também é um vírus que deixa muitas marcas maldosas por onde passa e traz muitas destruições. Esse vírus já matou milhares de pessoas e está assustando cada vez mais a população brasileira e do mundo inteiro, pois além de ser um vírus muito forte e mortal, está desenvolvendo novas mutações e piorando mais ainda a situação. O mundo inteiro devastado socialmente e economicamente.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, o Covid-19 chegou ao Brasil em fevereiro de 2020, e com ele trouxe muitas preocupações, mudando a vida das pessoas e deixando o país em estado de horror. Pessoas morrendo, parentes sem poder se quer enterrar seus entes querido, pilhas de caixão crescendo cada vez mais e sem haver uma cura para o vírus.

Todos os países do mundo estavam em estado de horror e destruição e a contaminação se espalhava rapidamente. Por conta disso, o Estado começou a fazer recomendações de saúde para a população para tentar combater o vírus, como distanciamento social, uso de máscaras, isolamento, higienização das mãos com álcool em gel, sabão líquido, entre outras recomendações. Os autores abaixo afirmam, dizendo que:

No que se refere aos aspectos sociais, o Ministério da Saúde lançou uma série de recomendações para a população a fim de informá-la quanto a questões de transmissão, prevenção e procedimentos em caso de contágio da doença. Uma das principais consequências, nesse sentido, foi o distanciamento social como medida de prevenção da disseminação do COVID-19, sendo a população

amplamente orientada quanto à necessidade de sair de seus ambientes domiciliares apenas em caso de necessidade (DUARTE *et al.*, 2020, p.3402)

Com o avanço dos casos do covid-19, foram implantando cada dia mais, medidas para tentar combater o vírus e diminui a quantidade de contaminados. Porém, infelizmente no Brasil, faltou médicos, faltou leitos suficientes para os infectados, faltou oxigênio nos pontos de saúde. Milhares de pessoas até hoje estão morrendo por dia, virou um estado de horror na sociedade. E as responsabilidades civís do estado não sendo cumpridas devidamente.

Esse cenário impactou o ordenamento jurídico, trazendo leis, como a Lei N° 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, mudanças de leis, medidas provisórias, criação de decretos e entre outras, trazendo medidas de emergência para combater esse vírus.

Segundo o Congresso Remoto em Notas N° 1(2020):

Entre 15 de março e fim de junho de 2020, 32 leis foram aprovadas, considerados os seguintes tipos de propostas legislativas: projetos de lei ordinária (PL), projetos de lei complementar (PLP), projetos de lei do Congresso Nacional, projetos de decreto legislativo (PDL) e medidas provisórias (MPV). O Poder Executivo tem autoria de 47% dessas leis, a Câmara 38% e o Senado 16%. Metade das propostas aprovadas têm relação direta e evidente com a Covid-19. O dado surpreendente é que, das 16 propostas aprovadas relativas à pandemia, 13 são de autoria do Congresso e apenas 3 do Poder Executivo.

Diante disso, um dos Ministros que tomou medidas para o combate do covid-19 foi Alexandre de Moraes, (2020), o mesmo conta que:

Tomou decisões importantes sobre o Suspensão de pagamento de dívidas de Estados com a União funcionamento do Estado e a conduta do Poder Executivo no enfrentamento ao novo coronavírus. Suspensão de restrições à Lei de Acesso a Informação, Afastamento de exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Suspensão de pagamento de dívidas de Estados com a União, Governos estaduais e municipais têm autonomia para determinar isolamento social (ADPF 672 / DF), entre outras.

Diversas decisões foram tomadas sobre o agravamento do covid-19 para controle das vagas de UTI nos hospitais. Nesse sentido, a jurisprudência da emenda do TJTO :

TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE. RECURSO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DE PALMAS. VAGA EM UTI- COVID19. COMPETÊNCIA DE GESTÃO DA EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À PANDEMIA. DESCABE AO PODER JUDICIÁRIO DEFINIR QUAL PACIENTE DEVE OCUPAR AQUELA VAGA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. RECOMENDAÇÃO Nº 92/2021. (Agravo de instrumento nº 0007445-61.2021.8.27.2700/TO.TJTO 2021. Relator Juiz Jocy Gomes de Almeida.)

Contudo, os estados do Brasil começaram a lançar um boletim epidemiológico para informar a quantidade pessoas infectadas, quantidades de pessoas que já se curaram do covid 19 e as que estão em observação. Com isso, a jurisprudência do STF:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ATOS DO PODER PÚBLICO. RESTRIÇÃO À DIVULGAÇÃO DE DADOS RELACIONADOS À *COVID-19*. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA TRANSPARÊNCIA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA DIVULGAÇÃO DIÁRIA DOS DADOS EPIDEMIOLÓGICOS RELATIVOS À PANDEMIA. MEDIDAS CAUTELARES REFERENDADAS. 1. Além de prever a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde, a Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade. Precedentes: ADI 6347 MC-Ref, ADI 6351 MC-Ref e ADI 6353 MC-Ref, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 14/8/2020. 2. A gravidade da emergência causada pela *COVID-19* exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, entre elas o fornecimento de todas as informações necessárias para o planejamento e o combate à pandemia. 3. O risco decorrente da interrupção abrupta da coleta e divulgação de informações epidemiológicas, imprescindíveis para a análise da série histórica de evolução da pandemia (*COVID-19*), fundamenta a manutenção da divulgação integral de todos os dados que o Ministério da Saúde realizou até 4 de junho 2020, e o Governo

do Distrito Federal até 18 de agosto passado, sob pena de dano irreparável. 4. Julgamento conjunto das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 690, 691 e 692. Medidas cautelares referendadas. (ADPF 690 MC-Ref, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 18-03-2021 PUBLIC 19-03-2021)

Seguindo o pensamento de Rocha e Meirinho “ Esperamos que as lições tenham sido aprendidas e apreendidas pelos economistas, políticos, juristas e “policemakers”: no final de contas, o que importa são as pessoas”. (ROCHA; MEIRINHO,2020).

Mesmo com todas essas medidas impostas ao código sanitário, a economia e a sociedade toda ficou abalada. Ausência de algumas responsabilidades do estado em alguns setores. Vidas estão morrendo por falta da valorização de seus direitos. Alguns erros que foram cometidos a 103 anos atrás, continuam a serem feitos nos tempos atuais.

### **3.Mudanças no comportamento social para evitar a contaminação do covid-19**

Inicialmente, na pandemia no Brasil em fevereiro de 2020, as pessoas foram obrigadas a seguir mudanças no comportamento para ajudar a evitar a contaminação do covid-19. A OMS instituiu as medidas essenciais para a prevenção e enfrentamento da pandemia a serem adotadas, que incluem: higienização de mãos e superfícies, evitar tocar olhos, nariz e boca, uso de máscara e manutenção do isolamento social. (NASCIMENTO *et al.*, p.2 2020)

Contudo, a pandemia gerada pela Covid-19 acelerou processos que já eram esperados, como o aumento do uso de tecnologias tanto para lazer, consumo e/ou educação. A partir destes, é possível construir estratégias norteadoras não apenas para esse período específico, mas para momentos de crise em geral com efeitos globais. (NASCIMENTO *et al.*, p.8 2020)

Diante disso, o Estado passou várias recomendações para evitar a contaminação, como distanciamento social, uso obrigatório de máscaras, álcool em gel 70, quarentena e etc. A lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 foi feita para impor medidas para evitar a contaminação.

Diante de tantas mudanças, as pessoas começaram a criar hábitos no dia a dia. Assim, os autores abaixo cita alguns dessas mudanças de comportamento:

Observa-se que de acordo com a percepção dos cidadãos brasileiros, durante o período de isolamento social, os itens que mereceram maior destaque, dentre as mudanças comportamentais, estão relacionadas ao aumento do consumo de internet, bem como do aumento de medidas preventivas à Covid-19, tais como lavar as mãos



com maior frequência e de forma correta e aumento do consumo de materiais e equipamentos de higiene e proteção individual. Tais mudanças são notadamente observadas no cotidiano dos brasileiros. (NASCIMENTO *et al.* P.6, 2020)

Em 06 de fevereiro de 2020, o presidente da república, sancionou a lei n.º 13.919 (Brasil) para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diante disso no artigo 2, inciso I e II e artigo 5 e 6 dessa referida lei fala sobre:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. O artigo 3 inteiro fala de medidas adotadas decorrente do coronavírus. Art. 5º Toda pessoa colaborará com as autoridades sanitárias na comunicação imediata de: I - possíveis contatos com agentes infecciosos do coronavírus; II - circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação pelo coronavírus. Art. 6º É obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação. (Brasil,2020)

Segundo a empresa de consultoria EY Parthenon, o mundo pós covid-19 pode ser um mundo de menos privacidade. Como 71% das pessoas continuam preocupadas com a possibilidade de contrair o coronavírus, questões como permitir que sua temperatura seja medida para que elas possam entrar em algum estabelecimento (entre 70% e 72%) e o uso de tecnologias de reconhecimento facial (58%) passam a ser mais aceitas, em um contexto de evitar uma propagação ainda maior da pandemia ou novas ondas de infecção. (PARTHENON, Ey. p.8, 2020)

Contudo, vale citar também a chegada da vacina para o combate do covid-19. No Brasil e em todos os países do mundo começaram a vacinar desde os mais velhos e com problemas de saúde graves, aos mais novos, o que se tornou um grande passo a frente na luta contra o vírus e seus efeitos graves. A primeira pessoa a se vacinar no Brasil foi a

enfermeira Mônica Calazans em São Paulo no dia 17 de Janeiro de 2021, segundo o que foi dito no G1 notícias e transmitido na TV em rede Nacional. (G1, 2022)

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, há várias semelhanças e diferenças entre as duas pandemias. Principalmente erros e acertos que tiveram na primeira pandemia que se repetiram na pandemia do covid-19. As medidas de distanciamento, de uso de máscara, de isolamento por exemplo foram praticamente as mesmas em ambas as pandemias.

A pandemia do covid-19 traz bastante semelhanças com a da gripe espanhola mundialmente, ambas deixaram impactos devastadores a sociedade. Foram muitas mortes, muitas crises econômicas, muitas dores físicas e mentais e muitas famílias destruídas psicologicamente em ambas as pandemias.

Quando passou a pandemia da gripe espanhola de 1918, foi incluída a *influenza* no artigo 562 do Código Sanitário publicada em 19 de março de 1919. O Estado começou a mandar fazer mais estudos sobre o vírus e estudar mais sobre métodos para evitar novas pandemias e pra aprender a lidar com as próximas se viessem, com força de lei. Com o passar do tempo o código sanitário teve múltiplas emendas até ser revogado em 1970, de lá pros tempos atuais, tiveram várias mudanças e novas leis pra ajudar no combate de epidemias como essas.

Diante disso, na pandemia do covid-19 já foi menos chocante, pois as autoridades já tinham uma noção de como fazer pra evitar ou diminuir as perdas e danos que causam essas epidemias apesar de não conhecer nada do novo vírus assustador. E com a ajuda da tecnologia bem mais avançada do que a 103 anos atrás, está sendo mais vantajoso pra conter esse vírus atual que já mecheu com a saúde de diversas famílias no mundo inteiro.

Em conclusão, com a ajuda da vacina atualmente (2022), a gravidade do vírus tem diminuído, principalmente nas pessoas idosas e com comorbidades, que são os casos em que o covid-19 é mais perigoso e causa mais mortes. Com isso, as pessoas estão aprendendo a se adaptar com todas as mudanças no dia a dia e cuidados que ainda se devem ter, pois além do covid-19 em si, ainda estão surgindo novas variantes mais fortes e mais perigosas nos tempos atuais, pois o vírus do covid-19 está sofrendo mutações. Diante disso, a população deverá continuar seguindo as orientações da OMS para ajudar a combater esse vírus.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Gabrielle Werenicz. **Uma comparação entre a pandemia de Gripe Espanhola e a pandemia de Coronavírus.** 17 de abril de 2020 Disponível em:  
[https://viana.ifes.edu.br/images/stories/APNP/Gripe\\_Espanhola/Uma\\_compara%C3%A7%C3%A3o\\_entre\\_a\\_pandemia\\_de\\_gripe\\_espanhola\\_e\\_a\\_pandemia\\_de\\_coronav%C3%93rus.pdf](https://viana.ifes.edu.br/images/stories/APNP/Gripe_Espanhola/Uma_compara%C3%A7%C3%A3o_entre_a_pandemia_de_gripe_espanhola_e_a_pandemia_de_coronav%C3%93rus.pdf)

C3%A3o entre a pandemia de Gripe Espanhola e a pandemia de Coronav%C3%ADrus.pdf Acesso: 12 de Abril de 2021

**BRASIL CUTURA.** Saiba o que foi a "Gripe espanhola", 27 de março de 2020

BRASIL, **Lei Federal 13.979 de 06 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2020. Disponível em : [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm) Acesso: 11 de Janeiro de 2022

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** ADPF 690 MC-Ref / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES. julgado em 23/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 18-03-2021 PUBLIC 19-03-2021. Disponível em : <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur442588/false>

**CONGRESSO REMOTO DE NOTAS N°1, 2020,** O que virou lei na pandemia?, Agosto de 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/o-que-virou-lei-na-pandemia/> Acesso: 07 de Abril de 2021 Disponível em: <https://www.brasilcultura.com.br/cultura-popular/saiba-o-que-foi-a-gripe-espanhola/> Acesso: 07 de Abril de 2021

DUARTE, Ivomar Gomes. **O código sanitário estadual de 1918 e a epidemia de gripe espanhola.** Cad. hist. ciênc. vol.5 no.1 São Paulo jun. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.butantan.gov.br/arquivos/28/PDF/v5n1a04.pdf> Acesso 06 de abril de 2021.

DUARTE, Michael de Quadros; SANTO, Manuela Almeida da Silva; LIMA, Carolina Palmeiro; GIORDANI, Jaqueline Portella; TRENTINI, Clarissa Marceli, **"COVID-19 e os impactos na saúde mental: uma amostra do Rio Grande do Sul, Brasil."** Ciênc. Saúde coletiva vol.25 no.9 Rio de Janeiro Sept. 2020 Epub Aug 28, 2020. Disponível: <https://www.scielo.br/j/csc/a/ghSHWNYkP6gqJm4LQVhkB7g/?lang=pt&format=pdf> Acesso em 07 de Abril de 2021

FIORAVANTI, Carlos. **Semelhanças entre a gripe espanhola e a covid-19.** Pesquisa FAPESP. 2020. Disponível em : <https://revistapesquisa.fapesp.br/semelhancas-entre-a-gripe-espanhola-e-a-covid-19/>. Acesso : 11 de Janeiro de 2022.

**G1.** Enfermeira Mônica Calazans, 1ª pessoa a ser vacinada contra a Covid no Brasil, filia-se ao MDB. 05 de jan. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/01/05/enfermeira-monica-calazans-1a-pessoa-a-ser-vacinada-contr-a-covid-no-brasil-filia-se-ao-mdb.ghtml> Acesso: 11 de Janeiro de 2022.

GOULART, Adriana da Costa. **Revisitando a espanhola: a gripe pandêmica de 1918 no Rio de Janeiro.** Hist. cienc. saude-Manguinhos [online]. 2005, vol.12, n.1

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/Wkqm45R4ptVzTqSpKxJhfRh/?lang=pt&format=pdf> Acesso 06 de Abril de 2021

MORAES, Alexandre de. **Conheça as principais decisões do Ministro Alexandre de Moraes durante a pandemia do novo coronavírus,** 2020. Disponível em:

<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/831027583/conheca-as-principais-decisoes-do-ministro-alexandre-de-moraes-durante-a-pandemia-do-novo-coronavirus> Acesso : 07 de Abril de 2021.

NASCIMENTO, Ítalo Carlos Soares do; MAIA, Ana Jeniffer Reboucas; SANTOS, Andressa, Ruth Sousa; MELO, Geison Calyo Varela de. **Mudanças comportamentais dos brasileiros no período da pandemia da covid-19.** 2020. Acesso: 27 de Novembro de 2021. Disponível em: <https://engemausp.submissao.com.br/22/arquivos/115.pdf>

OLIVEIRA, Wanderson Kleber de; DUARTE, Elizete; FRANÇA, Giovanny Vinícius Araújo; GARCIA, Leila Posenato. **Como o Brasil pode deter o COVID-19.** Epidemiol.

**Serv.Saúde** vol.29 no.2 Brasília,p.1 Maio 2020. Disponível em:

<http://scielo.iec.gov.br/pdf/ess/v29n2/2237-9622-ess-29-02-e2020044.pdf> Acesso em: 10 de Maio de 2021.

PARTHENON, Ey. Consumo e Pandemia: As mudanças de hábitos e padrões de comportamento provocados pelo coronavírus. Revista **Veja/Insights.** 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/CPL/Downloads/ey-consumo-e-pandemia.pdf> Acesso em: 12 de Janeiro de 2022.

REGADAS, Anna. **Pós Pandemia: as mudanças de comportamento da**

**sociedade.Câmara Municipal de Fortaleza.** 06 de Agosto de 2020. Disponível em :

<https://www.cmfor.ce.gov.br/2020/08/06/pos-pandemia-as-mudancas-de-comportamento-da-sociedade/> Acesso: 11 de Maio de 2021.

ROCHA, Claudio Jannoti da; MEIRINHO, Augusto Grieco Santanna. **A GRIPE ESPANHOLA (1917-1920) E O CORONAVÍRUS (2019-2020): a fundamentalidade dos direitos sociais em momentos de pandemia,** Editora RTM, 2020.

Disponível em: <https://editorartm.com.br/a-gripe-espanhola-1917-1920-e-o-coronavirus-2019-2020-a-fundamentalidade-dos-direitos-sociais-em-momentos-de-pandemia/>

Acesso : 12 de Abril de 2021

SILVA, Daniel Neves. "Gripe espanhola"; **Brasil Escola.** Disponível em:

<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/i-guerra-mundial-gripe-espanhola-inimigos-visiveis-invisiveis.htm> . Acesso em 06 de abril de 2021.

SOUZA, Christiane M. Cruz de. **A gripe espanhola na Bahia: saúde, política e medicina em tempos de epidemia.** Tese (Doutorado em História das Ciências da Saúde), Casa de Oswaldo Cruz, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro.p.2, 2007. Disponível em: <http://www.ppghcs.coc.fiocruz.br/images/teses/souzacmc.pdf> Acesso dia 15 de Maio de 2021

TASCHNER, Natalia Pasternak, **Gripe espanhola: 100 anos da mãe das pandemias, Revista Veja\Saúde**, abril,2018. Disponível em : <https://saude.abril.com.br/blog/cientistas-explicam/gripe-espanhola-100-anos-da-mae-das-pandemias/> Acesso em 06 de abril de 2021.

TOCANTINS. **Tribunal de Justiça do Tocantins** (Turmas das camaras civeis). Processo originário: Nº 0006959-86.2021.8.27.2729/TO do município de Palmas-TO. Agravo de instrumento. tutela antecipada antecedente. recurso interposto pelo município de palmas. vaga em uti- covid-19, competência de gestão da execução das medidas de enfrentamento à pandemia.Agravo de instrumento. Relator: Juiz Jocy Gomes de Almeida. 15 de Setembro de 2021. Disponível em: <HTTPS://JURISPRUDENCIA.TJTO.JUS.BR/CONSULTA.PHP?Q=COVID+19>

## O SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO E O JUIZ DAS GARANTIAS

**MARYANA FERREIRA VIEIRA:**

Graduada em Direito pela UFRN. Pós Graduada em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes.

**Resumo:** A Lei nº 13.964/2019, promulgada em 24 de dezembro de 2019 e conhecida como Pacote Anticrime, trouxe ao nosso ordenamento jurídico a figura do juiz das garantias, que se afigura como um consectário do princípio acusatório e cuja aplicabilidade foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, o presente artigo se propõe a trazer uma reflexão e análise acerca do instituto, os seus fundamentos e aplicabilidade, bem como o entendimento jurisprudencial acerca da temática.

**Palavras-chave:** Pacote Anticrime. Princípio acusatório. Juiz das garantias. Código de Processo Penal.

**Sumário:** Introdução. 1. O autoritarismo do CPP e o sistema acusatório. 2. Juiz das garantias. 3. Discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a temática. 4. Considerações finais. Referências bibliográficas

### Introdução

A temática abordada no presente artigo traz uma reflexão sobre a figura do juiz das garantias, defendido por alguns estudiosos, criticado por outros e cujos dispositivos que tratam de sua aplicação tiveram a sua eficácia suspensa pelo STF. O estudo aqui proposto objetiva realizar uma análise do tema e do entendimento jurisprudencial correlato.

Nesse contexto, o assunto é abordado à luz dos conceitos aplicáveis, no viés dos princípios e valores consagrados pela Constituição Federal de 1988, coletando-se informes e concepções oriundos da legislação e doutrina relacionadas ao assunto, além de fontes bibliográficas e consultas jurisprudenciais.

### 1.O autoritarismo do CPP e o sistema acusatório

Sabe-se que o Código de Processo Penal atualmente vigente no Brasil tem fortes traços de autoritarismo, considerando que foi promulgado no ano de 1941, ocasião em que o país vivenciava uma experiência ditatorial. Sob a égide de uma ditadura, podemos afirmar que vigorava um sistema repleto de medidas excepcionais, concentração e usurpação de poderes.

Nesse contexto, destaca-se a redação da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, que é clara ao dispor em seu n. II:

“De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. (...)”

Ocorre que, na contramão dos princípios que nortearam a promulgação do Código de Processo Penal, a Constituição Federal de 1988 consagrou valores que priorizam a dignidade da pessoa humana e uma série de direitos e garantias fundamentais que trazem como consectário lógico a aplicação, no Brasil, do sistema acusatório como modelo de processo penal que tem como principal característica a separação entre as funções de acusar, defender e julgar. Nesse sentido são as lições de Renato Brasileiro de Lima, consoante se passa a expor:

“ O sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz de maneira equidistante e imparcial. (...) Como corolário, tem-se que o processo penal se constitui de um *actum trium personarum*, integrado por sujeitos parciais e um imparcial – partes e juiz, respectivamente. Somente assim será possível preservar o juiz na condição de terceiro desinteressado em relação às partes, estando alheio aos interesses processuais. Mas esta mera separação das funções de acusar e julgar não basta para a caracterização do sistema acusatório, porquanto a imparcialidade do magistrado não estará resguardada enquanto o juiz não for estranho à atividade investigatória e instrutória. Com efeito, nada adianta a existência de pessoas diversas no exercício das funções do magistrado e do órgão estatal de acusação se, na prática, há, por parte daquele, uma usurpação das atribuições deste, explícita ou implicitamente, a exemplo do que ocorre quando o magistrado requisita a instauração de um inquérito policial, dá início a um

processo penal de ofício (processo judicialiforme), produz provas e decreta prisões cautelares sem requerimento das partes.”<sup>115</sup>

É nesse sentido que a Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso I, consagrou o sistema processual penal acusatório, ao dispor que a iniciativa para propositura da Ação Penal Pública, é do Ministério Público. Outrossim, é nesse sentido que surge o Pacote Anticrime e a figura do Juiz das garantias, como uma forma de se buscar a reformulação criminal de modo a garantir maior efetividade a determinados valores constitucionalmente assegurados, como ocorreu com a edição dos artigos 3ºA a 3ºF do Código de Processo Penal, que surgem com o intuito de consagrar a adoção do sistema acusatório e da garantia da imparcialidade no processo penal, trazendo a figura do Juiz das garantias.

## 2. Juiz das garantias

A partir da necessidade de mudança da nossa legislação processual penal, e consequente adequação à nova ordem constitucional, a Lei nº 13.964/2019, promulgada em 24 de dezembro de 2019, trouxe os artigos 3ºA a 3º-F do Código de Processo Penal, dispositivos esses que, como será analisado a seguir, estão tendo a constitucionalidade questionada no STF.

Por meio da redação do art. 3ºA ficou consagrado que o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

O artigo 3ºB, *caput*, consagra a figura do juiz das garantias, como sendo o juiz responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, como uma forma de garantir a imparcialidade do juiz da instrução e julgamento, que irá proferir a sentença.

Assim sendo, as atividades do juiz de garantias serão exercidas na fase de investigação, cabendo a ele, inclusive, a decisão de aceitar ou não aceitar a exordial acusatória oferecida pelo Ministério Público ou pelo ofendido.

Nas lições de Aury Lopes Jr, “o juiz das garantias é o guardião da legalidade, mas a ele é vedada a determinação de perícias ou requisição de documento de outros órgãos para investigar.”<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.pg. 43/44.

<sup>116</sup> LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (e-book) Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=u3PWDwAAQBAJ&pg=PT183&hl=pt->



O assunto é abordado com maestria pelo doutrinador Renato Brasileiro de Lima, consoante trecho que se passa a expor em razão de representar uma explanação esclarecedora sobre a temática:

“A inovação introduzida pela Lei n. 13.964/19 guarda relação, portanto, com o reconhecimento explícito, por parte da legislação processual penal, do entendimento de que não há condições mínimas de imparcialidade num processo penal que autoriza que o mesmo julgador que interveio na fase investigatória tenha competência, mais adiante, para apreciar o mérito da imputação, condenando ou absolvendo o acusado. Ou seja, diante de possíveis prejuízos causados à imparcialidade do magistrado decorrentes do contato que teve com os elementos informativos produzidos na investigação preliminar, e as tomadas de decisões que teve que fazer, decretando, por exemplo, medidas cautelares pessoais, o que se está a buscar com a nova figura do juiz das garantias é o seu afastamento definitivo da fase processual, preservando-se, assim, sua imparcialidade para o julgamento do feito sem quaisquer pré-julgamentos, para que possa, enfim, adentrar o julgamento do feito sem amarras que possam comprometer sua imparcialidade, deixando de ser, assim, um terceiro involuntariamente manipulado no processo. Trata-se, pois, de uma verdadeira espécie de blindagem da garantia da imparcialidade.”<sup>117</sup>

### **3. Discussões doutrinárias e jurisprudenciais**

Em que pese a importância da figura do Juiz das garantias para assegurar a imparcialidade como corolário do princípio da presunção da inocência e do devido processo legal, o art. 3º-B, assim como outros dispositivos introduzidos pelo Pacote Anticrime, sofreram duras críticas pela doutrina e estão sendo questionados perante o STF.

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento daqueles que militam contra a aplicação do instituto, trazendo argumentos como o fato de que a alteração impactará fortemente o Poder Judiciário em seu aspecto orçamentário, considerando que a alteração geraria custos dispendiosos ao Estado.

---

[BR&source=gbs\\_selected\\_pages&cad=2#v=onepage&q=juiz%20das%20garantias&f=false](#). Acesso em: 02 de outubro de 2021.

<sup>117</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020. pg. 115.

Nesse sentido, na seara jurisprudencial, é importante destacar que os dispositivos legais que tratam do juiz das garantias e seus consectários tiveram a sua eficácia suspensa a partir da medida cautelar proferida pelo Min. Luiz Fux na condição de Ministro Relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (j. 22/01/2020), todas ajuizadas com o objetivo de questionar a constitucionalidade formal e material da Lei nº 13.964/19.

Dentre os argumentos contrários à implementação do juiz das garantias e favoráveis à suspensão da eficácia dos dispositivos legais, podemos citar a violação à autonomia funcional do Poder Judiciário, considerando que a implantação do instituto irá alterar a divisão e a organização de serviços judiciários de forma substancial, exigindo “completa reorganização da Justiça criminal do país, preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa própria<sup>118</sup>”.

Ademais, observou-se que a implantação geraria uma violação à autonomia financeira do Judiciário, considerando que a medida causará um impacto financeiro relevante, haja vista que exigirá que o Poder Judiciário redistribua recursos humanos e materiais para a implementação da figura do juiz das garantias. Além desses aspectos materiais, a mudança também é questionada em virtude de suposta inconstitucionalidade formal, sobre a qual não adentraremos ao mérito por extrapolar os objetivos deste trabalho.

Transcreve-se abaixo trecho da decisão do Ministro Luiz Fux sobre o assunto:

“O juiz das garantias é instituto que corrobora os mais avançados parâmetros internacionais relativos às garantias do processo penal, tanto que diversos países já o adotam, não sendo uma novidade no cenário do direito comparado. A atuação do juiz na fase preliminar da investigação e a afetação da imparcialidade é tema que desperta, há tempos, a atenção do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. (...) O sistema instituído pela Lei nº 13.964/2019 avança em relação às centrais ou aos departamentos de inquérito, visto que, além de dispor sobre o recebimento da denúncia pelo juiz das garantias, determina o impedimento do magistrado que exercer essa função de participar da instrução e do julgamento da ação penal, minimizando, de forma mais efetiva, os fatores de contaminação subjetiva do julgador do processo e reforçando sua imparcialidade. Em verdade, verifica-se que muitas das críticas formuladas ao juiz das garantias são relativas ao plano prático, e não propriamente aos planos legal e constitucional. (STF – ADI: 6299 DF 0035998-76.2019.1.00.0000,

---

118 <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/800634095/ministro-luiz-fux-suspende-criacao-de-juiz-das-garantias-por-tempo-indeterminado> - Acessado em 02/10/2021.

Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 15/01/2020, Data de Publicação: 03/02/2020)

## Considerações Finais

A partir de uma análise acerca do contexto em que foi inserida a figura do juiz das garantias em nosso direito processual penal, em cotejo com a consagração do sistema acusatório e outros institutos previstos pela Lei nº 13.964/2019, verificou-se os seus aspectos positivos e a busca pela efetivação de valores trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, em que pese a discussão sobre a viabilidade prática do instituto, e a suspensão da eficácia do respectivo dispositivo legal pelo STF, esse trabalho trouxe uma breve análise sobre os seus fundamentos, deixando clara, mais uma vez, a importância de se buscar a imparcialidade do órgão julgador como uma forma de garantir a isonomia em suas mais diversas vertentes.

Concluimos, assim, pela importância da compreensão da figura do juiz das garantias e da necessidade de uma legislação processual penal que venha a se conformar, gradativamente, aos ditames dos valores constitucionalmente assegurados pela Carta Magna.

## Referências bibliográficas

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 8. Ed. Ver., Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 (e-book) Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=u3PWDwAAQBAJ&pg=PT183&hl=ptBR&source=gbs\\_selected\\_pages&cad=2#v=onepage&q=juiz%20das%20garantias&f=false](https://books.google.com.br/books?id=u3PWDwAAQBAJ&pg=PT183&hl=ptBR&source=gbs_selected_pages&cad=2#v=onepage&q=juiz%20das%20garantias&f=false). Acesso em: 02 de outubro de 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DE CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho. **Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 4ªed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2006.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689.htm). Acesso em: 25 set. 2021.



www.conteudojuridico.com.br

BRASIL. LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm) Acesso em: 25 set. 2021.

## **ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA E SUA IMPORTÂNCIA NO PROCESSO JUDICIAL**

**MAYLA CARVALHO RODRIGUES:**

Bacharelanda do Curso de Graduação em Direito da Universidade Brasil de Fernandópolis do Estado de São Paulo. <sup>119</sup>

ROBERTA FAVALESSA DONINI

(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo científico tem como objetivo analisar as funções e utilizações do instrumento Ata Notarial como meio de prova no direito brasileiro aplicando se no processo judicial, visto que, se tornou concretizada no ordenamento jurídico em âmbito federal através da Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994, bem como ganhou espaço sendo regulamentada como prova típica no novo Código de Processo Civil de 16 de março de 2015. Partindo desse ponto, serão apresentados tanto o conceito de Ata Notarial, distinção entre Ata Notarial e escritura pública, suas características, requisitos essenciais e algumas de suas espécies. O trabalho de conclusão de curso estudará sobre o conceito de prova, uma vez que esse direito probatório tem como finalidade comprovar fatos controvertidos entre as partes e que disponham de relevância processual, prometidos ao convencimento do juiz. Por fim, há exposição da importância da Ata Notarial como meio de prova no poder judiciário, visto que o tabelião constatará fielmente os fatos que verificou possuindo fé pública, através da solicitação da pessoa interessada, sem emissão de opinião, juízo de valor ou conclusão.

**Palavras-chave:** Ata Notarial; Prova; Importância; Processo Judicial

**ABSTRACT:** This scientific article aims to analyze the functions and uses of the Notarial Ata instrument as a means of proof in Brazilian law applying in the judicial process, as it became implemented in the federal legal system through Law No. 8.935 of November 18 of 1994, as well as gained space by being regulated as typical evidence in the new Code of Civil Procedure of March 16, 2015. From this point onwards, both the concept of Notarial Ata, distinction between Notarial Ata and public deed, its characteristics, requirements will be presented essentials and some of their species. The course conclusion work will study

---

<sup>119</sup>Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Brasil de Fernandópolis do Estado de São Paulo. E-mail: mayla27.rodriques@gmail.com.

the concept of evidence, since this evidential right is intended to prove facts controversial between the parties and that have procedural relevance, promised to the judge's conviction. Finally, there is an exposition of the importance of the Notarial Minutes as a means of proof in the judiciary, since the notary public will faithfully verify the facts that it verified in public faith, through the request of the interested person, without issuing an opinion, value judgment or conclusion.

**Palavras-chave:** Notarial Minutes; Test; Importance; Judicial process

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Das provas no Direito Processual Civil. 2.1 Conceito de prova. 2.2 Classificação das Provas. 2.3 Ônus da Prova. 2.4 Espécies de provas. 3. Da Ata Notarial. 3.1 Distinção Entre Escritura Pública e Ata Notarial. 3.2 Forma da Ata Notarial. 3.3 Objeto da Ata Notarial. 3.4 Estrutura e requisitos da Ata Notarial. 3.4.1 Redação em língua nacional. 3.4.2 Qualificação das partes e capacidade para solicitar. 3.4.3 Tempo e local. 3.4.4 Declaração de leitura e assinatura das partes e do tabelião. 4. Espécies de Atas Notariais. 4.1. Ata de declaração. 4.2. Ata de presença. 4.3 Ata de autenticação eletrônica. 5. Da importância da Ata Notarial servindo como meio de prova no judiciário. 6. Considerações finais. 7. Referências Bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

A Ata Notarial se tornou concretizada no ordenamento jurídico em âmbito federal através da Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994, chamada também de Lei dos Cartórios. Dantes de ser positivada existia somente previsão em alguns Provimentos das Corregedorias de Justiça em poucos Estados da Federação.

Diante de inúmeras atribuições que o tabelião de notas detém, o presente estudo enfocará sobre a Ata Notarial. Segundo Ferreira e Rodrigues (2016, p. 49), a "Ata notarial é o instrumento público pelo qual o tabelião, ou preposto autorizado, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente fatos, coisas, pessoas ou situações para comprovar a sua existência ou o seu estado". Os serviços e atos jurídicos praticados na esfera extrajudicial fornecem garantia de autenticidade, publicidade, eficácia, segurança e ademais são providos de fé pública, entre outros, estando previstos no art. 1º da Lei dos Cartórios de 1994.

Por mais que a previsão legal, expressa e formal da Ata Notarial, tenha sido formalizada com a vinda da Lei dos Cartórios em 1994, existiam normas que autorizavam a sua utilização, porém eram consideradas um meio atípico de prova. Por exemplo, o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, lei nº 5.869, trouxe previsão da utilização da Ata Notarial no art.364, deixando explícito que o documento público será utilizado como

prova, tanto na sua formação, como nos fatos ocorridos no comparecimento do tabelião. Atualmente temos em vigor o novo Código de Processo Civil de 16 de março de 2015, Lei nº 13.105, ele concedeu especialmente uma seção para a Ata Notarial, tipificada no art. 384 transformando-a em um meio de prova típico e declarando que a existência de algum fato poderá ser atestada ou documentada, por meio de ata lavrada pelo tabelião.

O presente trabalho será com base no processo metodológico dogmático-jurídico, portanto, será realizado por intermédio da ordem jurídica conjuntamente com o método de pesquisa dedutivo, visto que as doutrinas serão uma referência para compreender o presente tema. O estudo será dividido em três capítulos, o primeiro será destinado ao conceito de prova e suas peculiaridades. O segundo terá como objetivo analisarmos o instrumento Ata Notarial. Enfim, o terceiro será destinado a análise da importância desse mecanismo no judiciário.

Este mecanismo não possui grande popularidade no meio jurídico e acarreta diversas dúvidas, tanto ao seu conceito quanto as possibilidades de uso na admissão no Processo Civil Brasileiro como meio de prova.

Esse trabalho terá como objetivo central, analisar a Ata Notarial e seus aspectos, colocando em destaque sua real importância ao ser apresentada como meio de prova no Poder Judiciário, pois a mesma acarreta grande credibilidade, possuindo presunção legal de veracidade, proporcionando segurança na apreciação da ocorrência dos fatos, sendo um meio de prova simples, prático, permitindo que tenha economia processual, bem como celeridade ao processo judicial.

## **2 DAS PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

No Capítulo XII, Seção I, artigo 369 à art. 380 da Lei de nº 13.105/2015, está dedicado totalmente às provas chamada também de direito probatório, por estar na fase instrutória do direito processual civil.

A prova é de extrema importância no processo civil, pois no curso dos autos o juiz precisará examinar a veracidade dos fatos, para que isso ocorra é indispensável a apresentação de provas, visando em comprovar autenticidade dos feitos aduzidos pelas partes.

Dessa forma, conforme pensamento de Marinoni e Arenhart (2018, p.21), a função da prova é servir de argumentação no processo judicial, abarcando desmedida

credibilidade com a função de convencer o Estado-jurisdição que aqueles fatos são verdadeiros, para que uma das partes se beneficie, diante da decisão proferida pelo juiz.

## 2.1 Conceito de prova

Ao dar entrada em um processo judicial é necessário que haja um conflito entre as partes, ou seja, um descumprimento da lei. Diante da ingressão da ação o Magistrado deverá julga-lo, mas para isso é fundamental que contenha ciência dos fatos, conseqüentemente, será por meio das provas que alcançará fundamentos reais para proferir sua decisão.

Nesse âmbito, Wambier, *et al.* definem Prova da seguinte maneira:

Prova, portanto, é o modo pelo qual o magistrado forma convencimento sobre as alegações de fatos que embasam a pretensão das partes. É instituto tipicamente processual, pois sua produção ocorre dentro do processo e é regulado pelas normas processuais. [...] Assim, conceitua-se prova como instrumento processual adequado a permitir que o Juiz forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional. (2007, p. 407).

Sendo assim, denota-se que prova é um meio utilizado para a comprovação de fatos controvertidos entre as partes e que disponham de relevância processual, prometidos ao convencimento do juiz.

Segundo o doutrinador Humberto Júnior (2018, p. 1241), pode-se ainda, conceituar a prova no processo em dois sentidos, sendo um objetivo e outro subjetivo. Inicialmente ele compreende ser um aspecto objetivo, ou seja, pode ser considerado também como um instrumento ou meio hábil, para demonstrar e apresentar a existência de um fato (perícia, documentos testemunhos, e assim por diante) em um processo. Porém ele também entende a prova em sentido subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório pela parte.

Modo igual, Didier Júnior, *et al.* doutrinam que:

Quando se utiliza o vocábulo para designar a atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve, diz-se que está falando de prova num sentido objetivo. Quando ele é utilizado para designar a convicção que as Provas produzidas no processo geram no íntimo do



jugador, isto é, o resultado que atividade e os meios probatórios induzem no espírito do Juiz, diz se que está usando aí o termo Prova num sentido subjetivo. (2007, p. 20).

Fundamentado acima os conceitos, consta-se que perante os fatos apresentados em juízo pelas partes por meio das provas, o Juiz tomará conhecimento e exprimirá sua sentença.

Segundo pensamento Scarpinella Bueno (2010, p. 261) a prova é “tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor.”

Posto isso, as provas são designadas para a comprovação de determinado fato, isto é, a prova tem um objeto que são os fatos da causa com a finalidade de formar o convencimento perante ao juiz que será o destinatário.

## **2.2 Classificação das Provas**

As provas se classificam em concordância com o objeto, sujeito e pela forma. Quanto ao objeto, tem a possibilidade de ser diretas ou indiretas, no caso de prova direta será na ocasião que estiverem ligadas diretamente ao fato de direito. Já na prova indireta ela se definirá quando se referir a fatos diversos que deseja a comprovar, mas por recursos de pensamentos como, raciocínios e induções, levará a persuasão almejada.

A respeito do sujeito, a prova poderá ser pessoal, quando uma pessoa presta declaração ou afirmação acerca de fato, ou prova real que é através de um exame conquistado por meio de uma perícia.

Por fim, quanto à forma, será oral ou escrita, sendo acolhida através de depoimentos ou redigida., conforme doutrinador (GONÇALVES, 2020, p. 67).

## **2.3 Ônus da Prova**

Conforme define Gonçalves (2020, p. 70) o ônus das provas “são aquelas atividades que a parte realiza no processo em seu próprio benefício.”

Vale ressaltar que Gonçalves (2020, p 70) ensina: “A lei não obriga as partes a fazer prova, mas, se elas o fizerem, obterão a vantagem de demonstrar suas alegações, e, se se omitirem, sofrerão as consequências da ausência disso.”

No CPC/2015 a previsão sobre o ônus da prova aparece no art. 373, no caput, pode ser atribuído o ônus da prova tanto ao autor, quanto ao réu da ação. No primeiro caso, caberá a ele comprovar suas alegações quanto ao fato constitutivo de direito. Já no segundo, incumbirá a ele comprovar de fato impeditivo, modificativo ou extinto do direito do autor.

Apesar da previsão do caput do art. 373, o seu parágrafo 1º prevê a possibilidade de inversão do ônus por decisão do juízo, além dessa possibilidade, é facultado às partes convencionar a distribuição diversa conforme os parágrafos 3 e 4º do art. 373.

## **2.4 Espécies de provas**

As espécies de provas são meios que poderão ser utilizados pelas partes para a comprovação de fatos em processo judicial. Temos alguns meios de prova, sejam eles: ata notarial, depoimento pessoal, confissão, documental, testemunhal, pericial e inspeção judicial, todas elencadas no capítulo XII, Das Provas, no novo Código de Processo Civil de 2015.

Acerca do meio de prova Ata Notarial, a mesma se encontra positivada no art. 384, CPC/2015, no qual veremos ao decorrer do presente estudo, conceitos, espécies, cabimentos, etc. O depoimento pessoal é um meio de prova que tem como função proceder ao interrogatório de uma das partes, ao longo do processo, para assim obter esclarecimentos dos fatos apresentados. Vale ressaltar que caberá a parte requerer o interrogatório, conforme descrito no art. 385 a 388 do CPC/2015.

Em relação com a prova por meio de confissão, se encontra prevista nos artigos 389 ao 395 do CPC/2015. A mesma pode ocorrer em juízo ou fora dele, sendo uma declaração de alguma parte que admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse de favorável ao adversário. Prova documental está tipificada nos artigos. 405 ao 441 do CPC/2015, trata-se de todos os meios que possam comprovar diretamente o registro de algum acontecimento.

Quanto a prova testemunhal é realizada mediante relato prestado, em juízo, por pessoas estranhas ao processo, mas que sabem sobre o fato litigioso, conforme seu cabimento nos artigos 442 ao 463 do CPC/2015. A prova pericial ocorre quando os fatos litigiosos dependem de conhecimento técnicos e auxílio de profissionais especializados, pois não será sempre que o juiz irá ter inteira compreensão de conhecimentos universais, trazido pelos artigos 464 ao 480 do CPC/2015.

Da inspeção judicial, consiste no exame, feito direta e pessoalmente pelo juiz, em pessoas ou coisas, destinado a aclarar fatos que interessam à causa, conforme os artigos 481 ao 484 do CPC/2015.

### **3 DA ATA NOTARIAL**

A Ata Notarial é um instrumento público e de competência notarial, ou seja, será realizada pelo Tabelião de Notas, mediante requerimento da pessoa interessada, que narrará de forma imparcial uma determinada situação, fato ou circunstância presenciada ou por percepção do Tabelião em seu livro de notas ou outro documento.

De acordo com o pensamento de Loureiro:

Ata Notarial é o documento notarial que se destina à constatação de fatos ou a percepção que dos mesmos tenha o notário sempre que por sua índole não possam ser qualificados de contratos, assim como seus juízos e qualificações. Em outras palavras, é o instrumento público que tem por finalidade conferir fé pública a fatos constados pelo notário, por meio de qualquer de seus sentidos, destinando-se à produção de prova pré-constituída. (2017, p. 1204).

A Ata Notarial é conceituada pelo Provimento Estadual nº 58/89 da NSCGJSP, que a define por conseguinte: "Ata Notarial é a narração objetiva, fiel e detalhada de fatos jurídicos presenciados ou verificados pessoalmente pelo Tabelião de Notas", além do mais é um documento dotado de fé pública e que será lavrado no livro de notas necessitando conter: a) local, data, hora de sua lavratura e, se diversa, a hora em que os fatos foram presenciados ou verificados pelo Tabelião de Notas; b) nome e qualificação do solicitante; c) narração circunstanciada dos fatos; d) declaração de haver sido lida ao solicitante e, sendo o caso, às testemunhas; e) assinatura e sinal público do Tabelião de Notas.

De acordo com o art. 384, Seção III, Da Ata Notarial, do Código de Processo Civil de 2015, a Ata Notarial é um documento apto para atestar ou documentar a existência e o modo de algum fato existente, sendo lavrado pelo tabelião a requerimento da parte interessada. No parágrafo único do mesmo artigo, fica evidenciado que dados representados por imagem ou som gravado em arquivos eletrônicos poderão constar da Ata Notarial.

Será estudado adiante conforme doutrina de autoria de Ferreira e Rodrigues (2016) todos os subtítulos desse capítulo que irá tratar das diversas características da Ata Notarial.

### **3.1 Distinção Entre Escritura Pública e Ata Notarial**

Será estudado agora a distinção desses dois tipos de instrumentos conforme pensamento de Ferreira e Rodrigues (2016, p. 49), a escritura pública normalmente irá narrar os atos e negócios jurídicos, diferente da Ata Notarial que apenas documenta algum fato no instrumento.

O tabelião irá narrar os fatos ou materializar tudo o que viu, observou, presenciou ou ouviu. Assente nisso, lavra se instrumento dotado de fé pública legal, ata notarial, e com a mesma força probante da escritura pública. Na escritura pública, o tabelião recebe as partes e ouve suas vontades, com isso lavra o instrumento adequado, já na ata o notário recebe a solicitação, averigua os fatos e lavra o instrumento.

Na escritura pública, o notário justifica através de atividade “ativa”, em outras palavras, recolhe a vontade das partes e adapta com liberdade de atuação e subjetividade conforme a legislação. A Ata Notarial, o tabelião irá atuar de forma passiva, observando, sem intrometer na ação, mesmo com essa postura não deixa de ter qualificação notarial e poderá aconselhar quando necessário.

A natureza jurídica da ata notarial é autenticadora, não estabelece direitos ou obrigações, apenas reserva os fatos para o futuro com fé pública. A escritura pública tem natureza jurídica constitutiva obrigacional, os atos e negócios jurídicos apresentados, formalizam direitos e obrigações para as partes ou parte somente.

A ata notarial não é a atestação de uma declaração de vontade, como são as escrituras públicas, mas de um fato cuja existência ou forma de existir é apreensível pelos sentidos (pela visão, pela audição, pelo tato etc).

### **3.2 Forma da Ata Notarial**

A doutrina de Ferreira e Rodrigues (2016) nos mostra que as atas podem ser das seguintes formas: protocolares ou extra protocolares. A forma de protocolar remete ao conjunto de livros de notas feitas por folhas rubricadas e numeradas, no qual o tabelião permite a lavratura dos atos. Assim dizendo, a Ata Notarial protocolar é lavrada em algum livro. A forma extraprotocolar quer dizer que a autuação do ato notarial sem o seu arquivamento no livro de notas, isto é, o ato está avulso e será entregue ao solicitante de destino. Desse jeito, não é possível a realização de certidões, dado que o notário não terá o ato em sus livros.

### **3.3 Objeto da Ata Notarial**

A respeito do objeto, dispomos dos seguintes tipos de atas notarias: percepção de coisas, percepção de documento, percepção de pessoas e percepção de atos humanos.

A percepção de coisas pertence a narrativa na Ata Notarial de existência material de um ou vários objetos., como por exemplos: a entrega da coisa, quem detém, etc.

Atas Notarias de mera percepção de documentos são aquelas que é capaz de autenticar documentos ou suas cópias, verificar a apresentação ou representação de uma associação, a posse por pessoa determinada, o reconhecimento de uma assinatura ou rubrica aposta em documentos ou a negatória da aposição de assinatura ou rubrica neles.

O tipo de percepção de pessoas será requisitado a identificação de uma pessoa, o que implica em juízo estrito do tabelião. Esse meio é conhecido com ata de existência, bem como, fé de vida, pois poderá atestar o estado ou circunstâncias físicas da pessoa, a sua presença num determinado local ou circunstância.

Ata Notarial de percepção de atos humanos autentica a ação da pessoa humana, em representação empresarial, por si ou associativa.

### **3.4 Estrutura e requisitos da Ata Notarial**

Não está previsto explicitamente no ordenamento jurídico os requisitos essenciais para a lavratura da Ata Notarial, porém a lei admite que seja fixado os requisitos pela prática notarial e doutrina.

Todavia, os tabeliães de notas deverão considerar os requisitos básicos determinados nas Normas Extrajudiciais da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, em seu capítulo XIV, Seção V, Subseção IX, no momento da lavratura, sendo assim, a Ata Notarial deverá conter ao menos:

- a) local, data, hora de sua lavratura e, se diversa, a hora em que os fatos foram presenciados ou verificados pelo Tabelião de Notas;
- b) nome e qualificação do solicitante;
- c) narração circunstanciada dos fatos;
- d) assinatura e sinal público do Tabelião de Notas

Além disso, a NSCGJSP prevê outros elementos que a Ata Notarial também poderá conter, quando for os seguintes casos:

- a) conter a assinatura do solicitante e de eventuais testemunhas;
- b) ser redigida em locais, datas e horas diferentes, na medida em que

os fatos se sucedam, com descrição fiel do presenciado e verificado, e respeito à ordem cronológica dos acontecimentos e à circunscrição territorial do Tabelião de Notas; c) conter relatórios ou laudos técnicos de profissionais ou peritos, que serão qualificados e, quando presentes, assinarão o ato; d) conter imagens e documentos em cores por impressão no próprio livro, ou por descrição pormenorizada e detalhada que evidencie o conteúdo constatado, conforme aplicável.

### **3.4.1 Redação em língua nacional**

A primeira exigência é que o instrumento, Ata Notarial, seja realizado em língua nacional, bem como todos os atos públicos notariais. Caso eventualmente, alguma das partes envolvidas, intervenientes ou testemunhas se manifestem em língua alheia da nacional, deverá o tabelião inverter seus protestos para o português, se por ventura o notário ter conhecimento da língua estrangeira será dispensável o uso do tradutor.

É admitido algumas expressões na língua estrangeira, sem nenhum tipo de prejuízo, por exemplo de software, links, mouse, design, etc, isso é muito comum acontecer em ata de constatação de um sítio eletrônico.

### **3.4.2 Qualificação das partes e capacidade para solicitar**

Podem ser solicitantes, bem como requerentes, pessoas capazes, jurídicas, físicas, inclusive pessoas relativamente capazes, isto é, menores de dezoito anos e maiores de dezesseis e incapazes detentores de capacidade natural.

A qualificação das partes quando física é formada pelos seguintes itens: o nome completo, estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio, número da carteira de identidade e seu órgão expedidor e o número do Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda - CPF. Acerca da parte que é empresa ou associação será, razão social, o nome fantasia, a origem nacional, o domicílio, o número no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ) e o número de inscrição na junta comercial ou no cartório de registro civil das pessoas jurídicas.

Se no feito a parte for pessoa jurídica poderá ser representada por seu administrador, salvo quando celebrar contrato de sociedade que goze de uma representação qualificada, nesse caso deverá ser propriamente qualificada como pessoa física, apontada sem exceção a cláusula contratual, de mandato ou autorização especial societária que os legitima.

Para a Ata Notarial não é obrigatório que ocorra o reconhecimento da identidade, capacidade da parte e sua qualificação, menos quando for menor mencionado. Se for perito assistentes técnicos ou testemunhas, a requerimento do solicitante, será obrigatório reconhecer a identidade e a capacidade e qualificá-las para o ato notarial.

O tabelião é quem vai atestar a capacidade por meio de seu critério e experiência, caso a parte tenha idade avançada ou dificuldade de se expressar, o tabelião pode atender normalmente, uma vez que esses detalhes não diminuem a capacidade de ninguém. A identidade das partes é por meio da representação do documento identidade civil.

### **3.4.3 Tempo e local**

De acordo com Código Civil, art. 215, I, assim como a escritura, a Ata, deve dispor a data e hora de sua realização, de acordo com o calendário oficial do local. Em alguns casos pode haver uma prolongação no tempo podendo chegar a dias ou meses, sendo assim toda verificação o Tabelião deve mencionar o dia e a hora de início e o fim da constatação. Conforme o tempo é necessário indicar a hora e o minuto, pode ainda, o tabelião apontar os segundos.

Em conformidade com as normas Extrajudiciais da Corregedoria Geral da Justiça é facultado lavrar os atos notariais fora do horário e dos dias estabelecidos, na portaria, para o atendimento ao público, salvo proibição escrita do Corregedor Permanente aprovada pela Corregedoria Geral da Justiça.

A respeito da indicação do local, abrange dois tipos de aspectos, sendo eles: o local da verificação do fato em diligência, chamada de diligência externa e o local do cartório, conhecida como diligência interna, em ambos os casos deverá incluir endereço, cidade e estado.

Na verificação de local, pode ocorrer confrontação com a competência territorial, como por exemplo, a verificação começar em determinada cidade e por fim estar em outra ou até mesmo por diversas cidades que não são da comarca, nestes casos será aplicado o princípio da universalidade da tutela notarial, para finalizar a diligência.

### **3.4.4 Declaração de leitura e assinatura das partes e do tabelião**

O tabelião deverá ler para as partes ou por elas o instrumento público, Ata Notarial, esse ato pode ocorrer de duas formas, em voz alta ou cada pessoa faz sua leitura de forma silenciosa. Será essencial que o tabelião pergunte as partes se concordam e entendem o que ouviram e esclareça quaisquer dúvidas existentes. É necessário esse requisito para que

as partes gozem de conhecimento de tudo que está narrado no documento e havendo a assinatura significa que houve concordância com a redação notarial.

Em seguida da leitura, o tabelião e o solicitante ou seu preposto, devem assinar a ata, para assim se tornar o documento perfeito.

## **4 ESPÉCIES DE ATAS NOTARIAS**

A competência da Ata Notarial é a verificação de circunstâncias e que será apurado pelo tabelião e narrado fielmente, tendo essa função ela se distribui em diversas espécies conforme doutrina. Em virtude de diferentes tipos de atas notarias o presente estudo irá exprimir as mais utilizadas: Ata de declaração, Ata de presença e por fim Ata de autenticação eletrônica.

### **4.1 Ata de declaração**

A Ata de declaração, ocorre em virtude da declaração da pessoa e serve para todo e qualquer tipo de finalidade, o objetivo mais aplicado é utilizá-la em esfera administrativa ou apresentar prova em juízo. O tabelião tem encargo de realizar a narração fielmente, por meio da linguagem jurídica, a declaração do cidadão que solicitou sobre um fato ou acontecimento que observou ou chegou a seu conhecimento por uma terceira pessoa.

As declarações podem ser de duas formas: próprias ou impróprias. A própria é feita pelo respectivo interessado a respeito de certos fatos, para que gere os efeitos desejados. A imprópria é realizada por terceiros sobre ocorrências que tomaram conhecimento de maneira indiretamente.

Além da Ata de declaração poder ser solicitada pelo próprio interessado e por um terceiro, pode ser ainda realizado por peritos ou pessoas autorizadas, em virtude de algumas declarações precisarem de um conhecimento técnico.

É tarefa do tabelião identificar e qualificar a parte declarante, advertindo sobre a responsabilidade civil e penal conseguinte de sua declaração.

### **4.2 Ata de presença**

Nessa espécie, ocorrerá a compreensão de acontecimentos diversos e imprevisíveis. A pedido da parte solicitante, o tabelião em sua sede cartorária ou em diligência externa irá proceder a constatação de fatos ou circunstâncias, a todo momento respeitando a sua competência territorial. As Atas de presença podem ser aplicadas nas seguintes ocasiões, assembleia societária, assembleia de condôminos, reunião de sócios,



abertura forçada de cofre particular sob a guarda de um banco, verificação da transmissão de programas de televisão ou rádio de determinada emissora, demissão de funcionário entre outras hipóteses.

#### **4.3 Ata de autenticação eletrônica**

Esse meio pode ser designado como a constatação de fatos em meios eletrônicos, possuindo classificação própria, pois as pessoas querem utiliza-la como prova de situação acontecidas no conteúdo da internet, mensagens eletrônicas, ligações telefônicas, ou qualquer outra forma de dados digitais.

### **5 DA IMPORTÂNCIA DA ATA NOTARIAL SERVINDO COMO MEIO DE PROVA NO JUDICIÁRIO**

Quando referir-se à solução de conflitos, é inegável que é de extrema importância a presença do direito probatório, visto que o magistrado sempre buscará a verdade dos fatos, e para isso as partes recorrem a apresentação de provas em juízo para que tenham a convicção do juiz, nesse âmbito, a Ata Notarial é um importante instrumento de prova.

Conforme já mencionado na introdução a Ata Notarial é “[...] instrumento público pelo qual o tabelião, ou preposto autorizado, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente os fatos, as coisas, pessoas ou situações para comprovar a sua existência ou seu estado”, dessa forma esse documento é um meio de comprovar a existência e a veracidade de fatos muito importante, no qual são aptos a gerar efeitos e influir no judiciário. Esse documento tem como principal objeto formar prova pré-constituída no Cartório de Notas, para assim, poder ser um instrumento de prova em processo judicial.

Além do mais, a Ata Notarial é um brilhante instrumento como meio de prova pois serve como uma prevenção de litígios futuros resguardando direitos, bem como possui fé pública, presunção de veracidade e tamanha segurança jurídica.

Antes do novo Código de Processo Civil da Lei nº 13.105/2015, a Ata Notarial era considerada um meio atípico de prova ou atípica, porém com a vigência da citada lei, a Ata Notarial ganhou espaço de forma expressa através do art. 384 do CPC/2015, passando a ser considerada um meio típico de prova:

Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da Ata Notarial.

Em suma a Ata Notarial não é apenas um instrumento que documenta fatos recorrentes, mas sim, um ardente instrumento que descreve os fatos acontecidos dotados de fé pública, acarretando uma carga de verdade que pode ser alvejar tanto esferas particulares, como também judicial e pública.

Sob o mesmo ponto de vista Vasconcelos e Cruz, concebem a grande necessidade da função notarial ao judiciário:

[...] temos que considerar a atividade notarial como sendo uma documentadora da vida social, de que o notário é jurista-documentador, pois presta um serviço fundamental à administração da justiça, pela fé pública que envolve seu labor, tanto em relação à eficácia probatória, como à força executiva, alcançando sua plenitude via sentença judicial. (2000, p. 3).

A Ata Notarial como já dito é um importante meio de prova, e conseqüentemente por ser um documento notarial que é provido de presunção legal, ou seja, está de acordo com o que está previsível na Lei, saliente-se ainda que contem autenticidade dos fatos narrados atribuindo segurança jurídica.

Por sua vez, a Ata Notarial não detém nenhuma interferência em sua produção. Em outras palavras, a autuação do Tabelião é realizada de maneira independente e imparcial, posto que o conteúdo da mesma não tem nenhuma influência externa, em virtude da fé pública, será constituído uma narração verdadeira do fato, ou ato constatado, servindo assim, de prova válida.

Sendo assim, podemos observar-se que a Ata Notarial nada mais é que um instrumento de grande importância para servir como prova pré-constituída em um futuro processo, visando em tonar céleres as ações, tornando mais econômicas, além do mais é imensamente vantajoso para comprovar os fatos.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Esse instrumento público ainda é uma inovação no nosso ordenamento jurídico, além de estar normatizada na Lei de Cartórios, ganhou espaço no Código de Processo Civil de 2015, diante disso, esse instrumento jurídico é muito importante, pois é uma maneira

de viabilizar uma forma de constituição de prova, dotada de fé pública fora do processo judicial, sendo mais rápida e disponível a qualquer cidadão.

Destaque-se que esse mecanismo gera uma produção antecipada de prova, tendo vista que a ata notarial se tornou um meio típico de prova, proporcionando diretamente economia e celeridade processual para que haja o desafogamento do Poder Judiciário, podendo substituir outros meios probatórios mais utilizados no processo brasileiro.

Ademais, vale ressaltar que além desse instrumento público capaz de tornar mais econômicas e céleres as ações judiciais, também constitui a garantia de segurança jurídica, presunção de veracidade e tem grande credibilidade sobre os fatos narrados.

Diante disso, o tema em questão, tem a oferecer a sociedade uma maneira que possam garantir que os acontecimentos sirvam como prova, sendo um meio simples, acessível, calejado, eficaz, entre inúmeras qualidades. Ou seja, a Ata Notarial permite que as partes de um processo judicial apresentem as provas em juiz com grande credibilidade, permitindo que o magistrado tenha o conhecimento real dos fatos.

## 7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 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: 25 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. **Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios)**. Brasília, 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília, 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869imprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869imprensa.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA (São Paulo). Provimento nº 58/89: Normas de Serviço: Cartórios Extrajudiciais. São Paulo, 1989. t. 2. [p. 58]. Disponível em: [https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/NormasExtrajudiciais/NSCGJ\\_TOMO\\_II\\_NORMAL.pdf](https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/NormasExtrajudiciais/NSCGJ_TOMO_II_NORMAL.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

DIDIER JR., Fredie, et al. **Curso de Direito Processual Civil**. Bahia: Jus Podivm. 2007. 2v. p.20

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger, RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Tabelionato de Notas II**. Atos Notariais em Espécie. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais. Vol. 2. 16. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.67.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos – Teoria e Prática**. 8. ed. Editora JusPODIVM. 2017. p. 1204

MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 369 ao 380**, VI. 2.ed. local: Revista dos Tribunais, 2018, p. 21.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **“Curso sistematizado de direito processual civil”**. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol 2, Tomo I. 3. ed. p. 261.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VASCONCELOS, Julenildo Nunes; CRUZ, Antonio Augusto Rodrigues. **Direito Notarial: teoria e pratica**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p.3. Atual. pelo Desembargador Walter Cruz Swensson.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, *et al.* **Curso Avançado de Processo Civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 407

## **HOMICÍDIO OCORRIDO NO TRÂNSITO POR EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE?**

**ANA CRISTINA LOPES RIBEIRO:**  
Acadêmica do Curso de Graduação em  
Direito na Universidade Brasil de  
Fernandópolis do Estado de São Paulo  
- UNIBRASIL.<sup>120</sup>

ALEX LOPES APPOLONI  
(orientador)

**RESUMO:** Várias pessoas morrem em acidentes de trânsito todos os dias, mas a maioria é devido a embriaguez. Mesmo com o índice elevado de acidentes de trânsito com embriaguez, acabou que para nós se tornando algo rotineiro. Assim veremos nesse artigo qual é a melhor forma para estudarmos essa aplicação sendo na forma de dolo eventual ou culpa consciente em casos de embriaguez ao volante. Na elaboração deste artigo utilizou-se como pesquisa bibliográfica artigos relacionados ao tema. A metodologia foi desenvolvida por estudo qualitativo, tendo se realizado em cima de casos e dados para a compreensão das sanções tanto no Código de Trânsito Brasileiro, quanto o Código Penal. Em pesquisas vimos que há aplicação da culpa consciente em grande parte dos casos, devido à dificuldade da caracterização e assim na dúvida, sendo a favor do réu. Em casos onde houve aplicação do dolo eventual foi considerado outros fatores, como por exemplo a excessiva velocidade e a participação de competições não autorizadas. A característica principal na culpa consciente foi o agente ter agido com negligência, imprudência ou imperícia, e não ter assumido o risco do dano que causaria.

**Palavras-chave:** Embriaguez ao volante; Trânsito; Dolo eventual; Culpa consciente; Acidentes de trânsito.

**ABSTRACT:** Several people die in traffic accidents every day, but most are due to drunkenness. Even with the high rate of traffic accidents with drunkenness, it ended up becoming something routine for us. So we'll see in this article what is the best way to study this application, being in the form of eventual intent or conscious guilt in cases of drunk driving. In the elaboration of this article, articles related to the topic were used as bibliographic research. The methodology was developed through a qualitative study, having been carried out on cases and data to understand the sanctions both in the Brazilian

---

<sup>120</sup> Acadêmica do Curso de Graduação em Direito na Universidade Brasil de Fernandópolis do Estado de São Paulo - UNIBRASIL.

Email: [aninha\\_cris\\_lopes@hotmail.com](mailto:aninha_cris_lopes@hotmail.com)

Traffic Code and the Penal Code. In researches we have seen that there is application of conscious guilt in most cases, due to the difficulty of characterization and thus in doubt, being in favor of the defendant. In cases where an eventual intent was applied, other factors were considered, such as excessive speed and participation in unauthorized competitions. The main characteristic of conscious guilt was that the agent acted with negligence, imprudence or malpractice, and did not take the risk of the damage it would cause.

**Keywords:** Drunk driving; Traffic; Possible fraud; Conscious guilt; Traffic-accidents

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Trânsito e seus acidentes. 3. Embriaguez. 4. Dolo Eventual. 5. Culpa Consciente. 6. Distinções entre dolo eventual e culpa consciente. 7. Considerações finais. 8. Referências Bibliográficas

## 1 INTRODUÇÃO

Em 1997, foi criada no Brasil, a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, intitulada como Código de Trânsito Brasileiro, entrando em vigor no ano seguinte, ela foi criada devido o acontecimento de números elevados de acidentes de trânsito, e a pedido da sociedade, pois o Brasil seguia em primeiro lugar em acidentes de trânsito, no ranking mundial, em 2008 a mesma foi alterada pela Lei Seca nº 11.705, e em 2012 houve outra alteração pela Lei nº 12.760.

Conforme o Instituto Avante Brasil, em termos absolutos o Brasil está em 4º lugar no mundo em acidentes de trânsito, ficando apenas atrás da China, Índia, e Nigéria, observando o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) que tem por base a educação, longevidade e a renda per capita.

A aplicação do dolo eventual é quando o agente não quer o resultado, mas assume o risco de produzi-lo ou culpa consciente quando o agente prevê o resultado, mas confia na sua não ocorrência, é um tema polêmico na legislação brasileira, devido o Código de Trânsito Brasileiro não ter sobre o crime em sua lei, mas regulamenta o homicídio e lesão corporal como culposa. Sendo assim a aplicação de dolo eventual ou culpa consciente em acidente de trânsito por embriaguez, se torna uma decisão bem complicada para o julgamento devido os casos que se entende como homicídio culposo ser aplicado pelo Código Brasileiro de Trânsito, e os casos definidos por dolo eventual serem aplicados pelo Código Penal.

A abordagem desse tema é muito importante, observando que as mortes no trânsito causadas por embriaguez ao volante aumentam a cada dia, desenfreadamente, e, ao mesmo tempo, tribunais e doutrinadores divergem sobre a aplicação de culpa consciente ou dolo eventual, não havendo ainda decisão ou posições judicial esclarecedora e definitiva sobre a interpretação jurisprudencial nos tribunais superiores.

Sendo assim, a pesquisa justifica-se a semelhança entre o dolo eventual e a culpa consciente, na qual distingui acidentes de trânsito que causam mortes ou ferimentos ocasionados por agente em influência de álcool, o estudo de casos, provas, circunstâncias e elementos. Para que tenha um julgamento coerente, a pesquisa é de extrema importância, pois nem sempre o agente teve pretensão de cometer o crime, e nem afirmar que ele agiu por imprudência, negligência e imperícia.

## **2 TRÂNSITO E SEUS ACIDENTES**

O índice de acidentes de estrada causados pela embriaguez no volante é alarmante. Todos os dias a mídia trazem notícias de acidentes que muitas vezes dissipam famílias inteiras. Pior do que o fato de que a imprensa é usada para receber este tipo de notícia sem perceber a gravidade do sujeito tratando-a com aparente normalidade. As leis do tráfego brasileiro são o resultado de desenvolvimentos históricos e decretos n. 8. 324 De 27 de Outubro de 1910, foi o primeiro a regular o transporte automotivo subsidiado por carros, introduzindo, por exemplo, medidas de segurança, tarifas, inspeção e sanções.

Enquanto as cidades cresceram, o número de carros, pedestres e ciclistas em conjunto com sistemas tecnológicos criaram carros mais rápidos e poderosos. A indústria através de propaganda e marketing levaram a população a trocar o transporte público e a adquirir seus próprios meios de transporte.

A legislação brasileira tenta se adaptar ao tempo e espaço a ser eficaz, e deve reduzir e dominar o número de contratos de transporte para regular o tráfego, e melhora a socialidade entre os motoristas e os pedestres, especialmente em grandes centros urbanos.

## **3 EMBRIAGUEZ**

Na lei nº 12.760 de 20 de dezembro de 2012, conteve várias alterações sendo e inserções ao Código de Trânsito Brasileiro, um dos dispositivos que teve alteração foi o art. 306, onde criminaliza a conduta de dirigir veículos automotor sob influência do álcool ou substância psicótica.

Essa alteração só acontece devido o aumento de acidentes de trânsito, muitos levando vítimas fatais, é assim perceberam que teria que haver essa alteração para diminuir os índices altos de acidentes de trânsito, essa lei ficou muito conhecida como “Lei Seca”.

Assim essa nova lei, teria, portanto, uma quantidade de álcool por litro de sangue que seria considerável, passando o limite a seria configurado tipo penal, a comprovação seria por um aparelho chamado bafômetro ou por um exame de sangue.

O crime de embriaguez ao volante, que consta nos arts. 165 e 306 do CTB, na qual ajuda a analisar qual conduta que se resultou ao acidente trânsito, e se ela é culposa ou dolosa.

O elemento subjetivo do crime doloso é o dolo. É importante notar que o tipo se refere ao veículo automotor, não exercendo o crime realizando um veículo de propulsão animal ou humano (vagão ou bicicleta). Não é obrigatório que o comportamento seja realizado em mediação pública, praticando o crime dirigindo sob álcool ou outra substância psicoativa nas áreas rurais, áreas internas de edifícios e propriedade privada, por exemplo.

A embriaguez é comprovada pode ser testes de exames periciais ou técnicos para identificar a dosagem de álcool no sangue ou através do etilômetro com o fornecimento de urina ou saliva se o agente concordar. O sujeito não é obrigado a produzir evidências contra si mesmo, uma vez que o Tribunal Federal Supremo estabelece: "O privilégio contra a auto-circulação traduz a legislação pública subjetiva, a estatura constitucional, é assegurada por qualquer indicação ou acusada (ou mesmo suspeita) de art. 5º, LXIII, CF".

#### **4 DOLO EVENTUAL**

O dolo é composto por dois elementos: consciência e vontade.

A consciência ou conhecimento que o agente tem da ação na quer realizar, e a vontade da realização de uma conduta de um tipo penal.

Código de Trânsito brasileiro apresenta várias tipificações de crimes de perigo que podem ser, entre eles, concreto ou abstrato. Os crimes de perigo abstratos são caracterizados pelo comportamento do agente e não no final da lesão. Não importando a consequência, mas sim o comportamento gerando perigo. Crimes de perigo concreto é necessário da conduta que acontece o dano, mas também o perigo na qual se originou graças a maior probabilidade do ocorrido fato lesivo.

Para Bitencourt (2014), a teoria da vontade, onde o agente quer o resultado e vai em busca dele, e a teoria da representação, onde o agente não quer diretamente o resultado, mas é o risco do risco e entende que a probabilidade é de sua responsabilidade. A consciência de risco difere da vontade de obtê-la. Como o autor ensina:

As divergências entre as duas teorias anteriores foram consideravelmente atenuadas pela *teoria do consentimento*, chegando-se à conclusão de que o dolo é, ao mesmo tempo, representação e vontade. Para essa teoria, também é dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável ou possível, *consente* na sua ocorrência ou, o que dá no mesmo, *assume* o risco de produzi-lo. A representação



é necessária, mas não suficiente à existência do dolo, e *consentir* na ocorrência do resultado é uma forma de *querê-lo* (p.65).

Em alguns casos de assassinato na direção do veículo automotivo, causado pela embriaguez do volante aplica o dolo eventual, e neste conceito, a reivindicação do agente não é explicitamente, o que é difícil de aceitar e considerar a sequência.

Do ato da pessoa sabe o risco e não faz nada para evitá-lo.

## 5 CULPA CONSCIENTE

A culpa consciente é uma forma excepcional de comportamento, e assim é importante fazer um levantamento sobre as circunstâncias e se observe o comportamento do indivíduo, e analisar se o mesmo é culposo ou não. Neste pensamento Nucci (2008, p. 223), nos afirma:

Culpa é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado. O dolo e a regra; a culpa, exceção. Para se punir alguém por delito culposo, e indispensável que a culpa venha expressamente delineada no tipo penal.

Nas linhas gerais, a falha não se refere ao respeito do dever de atenção, que foge do comportamento normal a ser realizado. Para a confirmação do Instituto, a ação do sujeito é equiparada ao caso concreto com a atitude que uma pessoa prudente teria na situação. A possibilidade de analisar ou não das condições essenciais para a adoção de precauções adequadas é analisada. Nestes crimes, há um contraste entre o acontecer e executá-lo, porque não há diligência adequada na lei, por causa do crime típico.

A culpa pode ser observada em três modalidades distintas: a imprudência, a negligência e a imperícia. Na primeira e na segunda, há a ausência do dever de cuidado, já a terceira é uma forma especial de imprudência ou negligência.

De acordo com sua intensidade a culpa pode ser classificada por grave, leve e levíssima. A culpa grave é observada quando nos casos no qual o resultado poderia ser previsto por qualquer pessoa, mas o agente não o vê. A culpa leve é aquela que o resultado poderia ser previsto por qualquer pessoa de diligência mediana. Já a culpa levíssima é aquela que escapa da previsão de uma pessoa média, de padrão normal, sendo previsível apenas por uma pessoa bastante diligente. Para descobrir o grau de culpa é necessário observar não só a condição da previsão do evento, mas também o grau de observância e diligência investida pelo agente.

A culpa consciente é diferente do dolo, porque neste agente o deseja e procura o resultado ou leva o resultado, enquanto é responsável, mas não queria e acreditou fielmente que não iria acontecer. Na teoria da probabilidade, não há elemento volitivo, o motorista entende que as chances de danificar o resultado são praticamente nulos de outra forma, caso contrário, renunciaria a ação.

## 6 DISTINÇÕES ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

A diferença entra dolo eventual e culpa consciente é pouquíssima, por isso que o assunto é bastante polêmico e com infindáveis análises doutrinárias relacionadas ao tema.

Para Bitencourt (2010) um dos motivos mais tormentosos da Teoria do Delito e essa diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente. E nesse mesmo pensamento Nucci (2008) afirma:

[...] no contexto dos crimes de trânsito, como e ténue a linha divisória entre um e outro. Se, anos atrás, um racha, com vítimas fatais, terminava sendo punido como delito culposo (culpa consciente), hoje não se deixa de considerar o desprezo pela vida por parte do condutor do veículo, punindo-se como crime doloso (dolo eventual).

Assim, com a finalidade de uma melhor aplicação da lei, houve várias discussões e análises para uma melhor distinção. Chegando a algumas teorias com relação do tema, conforme os ensinamentos de Bitencourt (2010, p. 341):

Duas teorias, fundamentalmente, procuram distinguir dolo eventual e culpa consciente: *teoria da probabilidade* e *teoria da vontade* ou do consentimento. Para a primeira, diante da dificuldade de demonstrar o elemento volitivo, o querer o resultado, admite a existência do dolo eventual quando o agente representa o resultado como de muito provável execução e, apesar disso, atua, admitindo a sua produção. No entanto, se a produção do resultado for menos provável, isto é, pouco provável, haverá *culpa consciente*. Para a segunda, isto é, para a teoria da vontade, é insuficiente que o agente represente o resultado como de provável ocorrência, sendo necessário que a probabilidade da produção do resultado seja incapaz de remover a vontade de agir, ou seja, o valor positivo da ação é " mais forte para o agente do que o valor negativo do resultado, que, por isso, assume o risco de produzi-lo. Haveria *culpa consciente* se, ao contrário, desistisse da ação, estando convencido da probabilidade do resultado. No entanto, não estando convencido, calcula mal e age, produzindo o

resultado. Como se constata, a teoria da probabilidade desconhece o elemento volitivo, que é fundamental na distinção entre dolo eventual e culpa consciente, e que, por isso mesmo, é melhor delimitado pela teoria do consentimento.

Assim a teoria da probabilidade nos mostra como se configura o acontecimento para o dolo eventual, o agente nem imagina que poderá acontecer um acidente lesivo e segue com a ação até acontecer o resultado, na culpa consciente o agente mesmo sabendo que poderá acarretar um acidente ele, continua desprezando o resultado.

Na teoria do consentimento se baseia na vontade, como no dolo eventual o agente sabe que tem riscos, mas continua, pois esse é o seu desejo, e na culpa consciente se o agente vendo que sua ação ocasionaria um acidente e vem lhe o desejo de parar.

Mas ainda são duas teorias com bastante críticas, pois para muitos doutrinadores a teoria da vontade é a teoria de maior gozo, pois a existência do dolo é insuficiente para a visão de um acidente, sendo necessário o querer, a pretensão, e o desprezo ao resultado.

Capez (2007, p. 211), deixa claro sobre seu entendimento:

A culpa consciente difere do dolo eventual, porque neste o agente prevê o resultado, mas não se importa que ele ocorra ("se eu continuar dirigindo assim posso vir a matar alguém, mas não se importa-se acontecer, tudo bem, eu vou prosseguir"). Na culpa consciente, embora prevendo o que possa vir a acontecer, o agente repudia essa possibilidade ("se eu continuar a dirigir assim, posso vir a matar alguém, mas estou certo de que isso, embora possível, não ocorrerá").

Com ensinamentos de Capez vemos que no dolo eventual o agente não se importa que o resultado ocorra, e na culpa consciente o agente consegue ver que algo possa dar errado, mas não se apega ao resultado.

Para o julgador é muito difícil saber se o agente aceitou ou não um provável resultado lesivo, sendo assim difícil identificar se se houve confiança na produção de erro ou não, mesmo se não viesse a acontecer. Nesse sentido, Silva (2005, p. 1130), nos mostra:

Tal dificuldade repousa no fato de que a mente humana é insondável.

Enquanto um jurista não for capaz de ingressar nos recônditos psíquicos, jamais estará na posse da verdade ao afirmar, taxativamente e categoricamente, que determinada hipótese de

dolo eventual ou culpa consciente. Na verdade, tratados inteiros de psicologia e psiquiatria são insuficientes para descortinar a verdadeira natureza desses complexos fenômenos psíquicos. E por ingenuidade ou vaidade que operadores do direito tentam, em vão, fazê-lo, sem nenhuma base científica.

Diante de tudo deve se aplicar o direito de observar a capacidade de perceber se o resultado seria lesivo, conforme suas ações.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O índice de acidentes de trânsito com embriaguez ao volante é alarmante. Pior que isso é o fato de a sociedade estar acostumada a receber este tipo de notícia sem perceber a gravidade do assunto tratando-o com aparente normalidade

Neste trabalho será mostrado como o dolo e a culpa consciente estão tão próximas uma da outra sendo difícil até a diferenciação e muitas vezes indo a dificuldade para o juiz de dar a sentença correta, é muito mais difícil do que pensamos.

Existe uma linha entre o dolo eventual e a culpa consciente nos delitos cometidos no trânsito e é muito pouca a diferença, por isso é necessário o estudo das diferenças e entre o dolo e a culpa consciente, para que assim conseguimos entender e ter a compreensão e diferenciação dos institutos.

Dolo é aquele que se perfaz de um elemento puramente psicológico, sem juízo de valor. É o desejo de realizar a conduta independentemente de ser um ato ilícito ou não. Já a culpa consciente pode ser observada em três modalidades distintas: a imprudência, a negligência e a imperícia. Na primeira e na segunda, há a ausência do dever de cuidado, já a terceira é uma forma especial de imprudência ou negligência

O dolo eventual e a culpa consciente são institutos jurídicos muito similares no direito penal. Diferenciar um do outro nos delitos cometidos no trânsito não é algo fácil, mas que com ajuda de teorias e de provas que em cada caso concreto se apresentam, a distinção é possível e afeta a consequência jurídica alcançada pelo crime.

## 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Clara Santos de (2020). **Homicídio e lesão corporal por embriaguez ao volante: dolo eventual ou culpa consciente?** Disponível em: <<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/2716/1/TCCCLARAALMEIDA.pdf>> . Acesso em 24 de abr. 2021.

BARCCARO, Roberto Augusto (2014). **Acidente de trânsito e embriaguez: dolo eventual ou culpa consciente?** Disponível em:

<<https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireito/article/view/315/256>>. Acesso em 24 de abr. 2021.

HORST, Laura (2017). **Acidentes de trânsito por embriaguez ao volante: dolo ou culpa consciente?** Disponível em: Acesso em 24 de abr. 2021.

SOUZA, Débora de Oliveira (2014). **Crime de trânsito: dolo eventual ou culpa consciente?** Disponível em: <<https://silo.tips/download/debora-de-oliveira-souza-ra-3-crime-de-transito-dolo-eventual-ou-culpa-conscient>>. Acesso em 24 de abr. 2021.

LEON, Francinato Silva (2010). **Homicídio nos crimes de trânsito: dolo eventual ou culpa consciente?** Disponível em:  
<<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/bitstream/riufcg/13991/1/Francinato%20Silva%20Leon%20-%20TCC%20Direito%202010.pdf>>. Acesso 06 de abr. 2022.

## O PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

### **RÔNISON APARECIDO DOS SANTOS:**

Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Bacharel em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Especialista em Direito Tributário pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (RFB).

### **FERNANDA MATOS FERNANDES DE OLIVEIRA JURUBEBA<sup>121</sup>**

(coautora)

**RESUMO:** No presente artigo, discutiu-se a importância do princípio da verdade material como mecanismo de aplicação de justiça no processo administrativo tributário federal. Na pesquisa, buscou-se realizar um estudo abrangente sobre os principais elementos que se entrelaçam com o processo administrativo tributário, tais como apontamentos acerca do Sistema Tributário Nacional, da Administração Tributária, dos elementos caracterizadores do processo e do procedimento administrativo tributário, da conceituação e da função dos princípios jurídicos, com foco no princípio da verdade material, do entendimento acerca da verdade formal e da verdade material e, por fim, da influência dos princípios da verdade material e da preclusão no processo administrativo tributário. Explicitou-se que a Administração Tributária deve esclarecer as questões litigiosas por meio de diligências que se fizerem necessárias, ater-se à verdade material e dispensar o formalismo exacerbado na análise do caso concreto. Para a elaboração dessa pesquisa, realizou-se um estudo bibliográfico exploratório com supedâneo na doutrina de renomados especialistas jurídicos. Por fim, concluiu-se que as autoridades administrativas devem admitir um formalismo moderado na execução dos procedimentos processuais e priorizar a verdade material, uma vez que o ponto fulcral no processo administrativo tributário consiste em apreciar o nascimento do fato gerador e da obrigação tributária.

**Palavras-chave:** Processo Administrativo Tributário. Verdade Material. Preclusão. Princípios.

---

<sup>121</sup> Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Amazonas (UEA). Professora de Direito Tributário da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Assessora Jurídica de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO).

**ABSTRACT:** This paper aims to discuss the importance of the principle of material truth as a mechanism for applying justice on tax administrative process. In the research, were studied the main elements that intertwine with the tax administrative process, such as appointments about the National Tax System, the Tax Administration, the characterizing elements of the tax process and administrative procedure, the conceptualization and function of legal principles, focusing on the principle of material truth, the understanding of formal truth and material truth and, finally, the influence of the principles of material truth and preclusion in the tax administrative process. It was emphasized that the Tax Administration must clarify the litigious issues through the necessary steps, stick to the material truth and dispense with the exacerbated formalism in the analysis of the specific case. For the elaboration of this research, a exploratory bibliographic study was carried out with reasons from renowned legal experts. Finally, it was concluded that the administrative authorities must admit a moderate formalism in the execution of the procedural procedures and prioritize the material truth, since the main point in the tax administrative process is to appreciate the birth of the taxable event and the tax obligation.

**Keywords:** Administrative Tax Process. Material Truth. Preclusion. Principles.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Noções fundamentais acerca do processo administrativo tributário. 2.1 Aspectos gerais do Sistema Tributário Nacional. 2.2 Administração Tributária. 2.3 Conceitos e características do processo administrativo tributário. 2.4 Conceitos e características do procedimento administrativo tributário. 3. Princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário e a verdade material. 3.1. Princípios jurídicos: conceituação e função. 3.2 Princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário. 3.3 Elementos caracterizadores da verdade formal e da verdade material. 3.3.1 Aspectos introdutórios acerca do termo "verdade". 3.3.2 Verdade formal. 3.3.3 Verdade material. 3.4 Princípio da verdade material e seus desdobramentos. 4 Princípios da preclusão e da verdade material e seus desdobramentos no processo administrativo tributário federal. 4.1 Conceituação e aspectos fundamentais acerca da preclusão. 4.2 Conflito entre o princípio da preclusão e o princípio da verdade material no processo administrativo tributário federal. 4.3 Aplicação do princípio da verdade material pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

É sabido que o processo administrativo tributário consiste em um conjunto de procedimentos utilizado com o fito de aplicar regras jurídicas e princípios a litígios envolvendo a Administração Tributária e o administrado. Tais procedimentos visam à apreciação do crédito fiscal e de penalidades e/ou à interpretação do alcance das normas tributárias em casos concretos. Para tal, as autoridades competentes devem obedecer às garantias e aos princípios constitucionais, como, por exemplo, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, entre outros.

Nesse contexto, pertinente sublinhar a imprescindibilidade do princípio da verdade material para um desfecho útil do processo administrativo tributário. Com efeito, o princípio da verdade material busca a realidade atinente aos fatos que, no caso, são tributários. Para se materializar tal objetivo, as autoridades competentes devem, quando necessário, realizar diligências, perícias etc., para esclarecer pontos controversos alusivos à matéria tratada nos autos. Sendo assim, os julgadores não devem se satisfazer com as versões apresentadas pelas partes. De mais a mais, devem ser desprezados pelas autoridades competentes as presunções e os procedimentos baseados na verdade formal.

Relevante expor que a Administração Pública, de uma forma mais ampla, quando está em posição de julgamento de casos concretos, deve se nortear pelo interesse público fixado no ordenamento jurídico-constitucional. Anote-se que o interesse público está intimamente relacionado com a verdade material, ou seja, deve se basear no que efetivamente ocorreu no mundo jurídico, sob pena de cometimento de injustiça em ações decisórias.

Nessa pesquisa, serão abordados os principais elementos que se entrelaçam com o processo administrativo tributário, como breves apontamentos acerca, por exemplo, do Sistema Tributário Nacional, da Administração Tributária, dos elementos caracterizadores do processo e do procedimento administrativo tributário, da conceituação e da função dos princípios jurídicos, com foco no princípio da verdade material, do entendimento acerca da verdade formal e da verdade material e, por fim, da influência dos princípios da verdade material e da preclusão no processo administrativo tributário.

O presente trabalho científico está pautado em um estudo bibliográfico exploratório com supedâneo em argumentos e fundamentos doutrinários de vários especialistas jurídicos renomados no País, para evidenciar que a aplicação do princípio da verdade material no processo administrativo tributário mostra-se fundamental na produção de ações decisórias justas, democráticas e imparciais. Nesse contexto, as autoridades competentes devem se afastar ou mitigar as formalidades processuais, sobretudo regras preclusivas, que enfraquecem a busca da verdade material.

## **2. NOÇÕES FUNDAMENTAIS ACERCA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO**

### **2.1 Aspectos gerais do Sistema Tributário Nacional**

O Sistema Tributário Nacional denota um conjunto de princípios e regras tributárias que alicerçam a estrutura tributária brasileira. Tal sistema pode ser conceituado, especificamente, como, *ipsis litteris*.

[...] um conjunto harmônico, interdependente, lógico e coerente de normas tributárias, destinadas a implementar uniformemente no âmbito do território brasileiro a tributação, respeitando o pacto



federativo, de modo a dotar de receita todos os entes que compõem a nossa República Federativa. (CARNEIRO, 2020, p. 353).

Para melhor entendimento, Carneiro (2020, p. 353) frisa que o termo “sistema” está voltado para o significado de unidade e de um conjunto de elementos interligados. Já o termo “tributário” se refere aos tributos, em conformidade com a interpretação sistemática dos arts. 145 a 149, todos da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Quanto ao termo “nacional”, o autor consigna que, devido ao pacto federativo, o sistema compreende as atribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de acordo com o averbado nos arts. 1º, 18 e 60, todos da CF/88.

Nesse diapasão está o entendimento de Carvalho (2019, p. 181). Para o autor, o sistema é composto por um conjunto de objetos que estão vinculados a um princípio ou orientados a um vetor comum. Sendo assim, o sistema se refere a um conjunto de elementos que estão dispostos sob uma dada orientação/referência.

Demais disso, na composição do Sistema Tributário Nacional, verificam-se normas proibitivas e permissivas. Carneiro (2020, p. 353-354) realça que as normas proibitivas são aquelas atreladas às limitações constitucionais ao poder de tributar e às vedações constitucionais para fins de tributação, como, por exemplo, podem ser citados os arts. 150, 151 e 152, todos da CF/88. Por outro lado, o autor em comento explica que as normas permissivas consistem nas disposições constitucionais acerca das competências tributárias dos entes federativos, o que pode ser exemplificado pelo art. 145 da CF/88.

Oportuno consignar que o Sistema Tributário Nacional está sedimentado no federalismo assimétrico (CARNEIRO, 2020, p. 353). Isso porque há evidentes diferenças econômicas entre os entes federativos, as quais geram um impacto na arrecadação de receita e um tratamento tributário diferenciado entre eles.

No tocante à classificação, Carneiro (2020, p. 356-358) explicita que o sistema tributário pode ter as seguintes características: a) racional ou histórico; b) rígido ou flexível; c) aberto ou fechado; d) objetivo ou científico. Passa-se a entender os referidos parâmetros, portanto.

Consoante o referido autor o sistema tributário será racional, quando tiver como pilares as normas e os princípios atinentes aos campos político e econômicos. Sendo assim, baseado nesse parâmetro, a instituição dos tributos se dá de forma planejada e organizada, como se verifica na CF/88. Já o critério histórico denota que o sistema tributário está plasmado na ausência de uma organização formal, estando atrelado a uma concepção de regime em uma evolução histórica de elementos.

No tocante aos critérios rígido ou flexível, Carneiro (2020, p. 357) sublinha o que se segue. O sistema tributário será rígido quando a diploma constitucional consagrar regras tributárias que restrinjam a liberdade de atuação do legislador infraconstitucional. Curial salienta que a CF/88 está pautada, em seu bojo, em regras mais rígidas, visto que incidem sobre as normas tributárias infraconstitucionais limitações formais e materiais, como, por exemplo, o consubstanciado no art. 154, I, da CF/88. Por outro lado, o sistema constitucional tributário será flexível se o diploma constitucional fornecer autonomia ao legislador infraconstitucional no que concerne à definição e à alteração das normas tributárias.

Quanto aos critérios aberto ou fechado, o autor em tela dispõe que o sistema tributário será caracterizado como aberto quando for possível a interpretação evolutiva de suas normas tributárias sem a necessidade de sua alteração efetiva. Vale enfatizar que esse tipo de interpretação, denominado de mutação constitucional, visa à garantia da efetividade das regras normativas, de acordo com as mudanças nas searas política, econômica e social do País. Já o sistema tributário será fechado se ele não permitir uma interpretação mais extensiva dos conceitos dispostos em normas jurídicas. Sendo assim, pauta-se na rigidez de interpretação dos atos normativos, conhecida como interpretação hermética, o que provoca a adesão literal ao descrito no arcabouço jurídico-constitucional.

Concernente aos critérios objetivo ou científico, Carneiro (2020, p. 358) disserta que o sistema tributário será objetivo quando abranger, em seu bojo, as regras, as conceituações e os institutos jurídicos alusivos aos tributos, sendo denominado de sistema interno. Já o critério científico tem como pilares os conhecimentos adquiridos por meio da ciência e de proposições atinentes ao sistema objetivo.

## **2.2 Administração Tributária**

Inicialmente, deve-se salientar que a expressão Administração Tributária consiste em uma parte da Administração Pública que exerce atos administrativos com vistas ao controle da receita tributária. Nesse sentido, a Administração Tributária se estrutura por meio de uma legislação especial de organização tributária e objetiva a arrecadação de tributos. Para tal, utiliza-se de vários atos normativos alusivos à gestão, à fiscalização, ao lançamento e ao julgamento de numerários vinculados ao campo tributário (JANINI; PULCINELLI, 2016, online).

Sobre o assunto, pertinente explicitar o disposto no art. 37, XVIII e XXII, da CF/88, *in verbis*.

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 de legalidade, impessoalidade, moralidade,

publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;

[...]

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (BRASIL, 1988).

Sendo assim, verifica-se que as Administrações Tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são consideradas “atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas” (CF/88, art. 37, XXII). Demais disso, elas terão, na forma da lei, “precedência sobre os demais setores administrativos” (CF/88, art. 37, XVIII) quando exercerem atividades inseridas em suas competências e jurisdição.

Note-se que, para a execução efetiva de suas atividades, as Administrações Tributárias “terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio” (CF/88, art. 37, XXII).

Na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominada de Código Tributário Nacional (CTN), em seu Título IV atinente à Administração Tributária, o qual compreende os arts. 194 ao 208, estão dispostas as principais diretrizes sobre a fiscalização, a dívida ativa e as certidões negativas.

A Administração Tributária, que se situa no polo ativo da relação jurídico-tributária, tem como função fiscalizar, lançar e cobrar o crédito tributário (PAULSEN, 2020, p. 476). Nesse passo, é sabido que, no âmbito federal, a União, por meio da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), administra a maioria dos tributos federais. Já no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a administração dos tributos é efetivada pelas Secretarias da Fazenda.

Janini e Pulcinelli (2016, online) explicam que a atividade de fiscalização exercida pelas autoridades fiscais consiste em um recurso de que dispõe a Administração Pública para verificar se o sujeito passivo atuou, nos casos concretos, em conformidade com o estabelecido no arcabouço jurídico-constitucional.

Alexandre (2017, p. 610) consigna que a CF/88, em seu art. 145, § 1º, autoriza a Administração Tributária a apreciar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, os patrimônios, os rendimentos e as atividades econômicas dos sujeitos passivos de uma relação jurídico-tributária. Outrossim, o art. 195 do CTN (BRASIL, 1966) dispõe que deve ser afastada, para fins de efeitos tributários, "quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los".

Assenta Paulsen (2020, p. 480) que o art. 195 do CTN fornece às autoridades fiscais um amplo acesso a registros contábeis, mercadorias e outros documentos sob controle do sujeito passivo da relação jurídico-tributária. Destaca ainda o autor que a Administração Tributária em suas competências fiscalizatórias deve atuar de forma documentada nos termos do art. 196 do CTN. Dessa maneira, as autoridades fiscais, quando exercerem atos de fiscalização, devem lavrar termos que identifiquem o início do procedimento fiscal e o prazo máximo para a realização das diligências.

Janine e Pulcinelli (2016, online) enfatizam que, caso o contribuinte não tenha efetuado o lançamento dos numerários de acordo com a relação jurídico-tributária do caso concreto, as autoridades fiscais têm o poder-dever de constituir ou reconstituir o crédito tributário, nos termos dos arts. 142 e 150 do CTN. Imprescindível denotar que as autoridades fiscais estão adstritas ao que está disposto na legislação tributária, não tendo, por consequência, poder de discricionariedade na execução de seus atos. Assim sendo, caso haja a constatação de obrigações tributárias em face do sujeito passivo, as autoridades fiscais devem efetuar o lançamento do crédito tributário, incluindo-se, nesse ponto, as multas, os juros e a correção monetária.

### **2.3 Conceitos e características do processo administrativo tributário**

De acordo com Machado Segundo (2018, p. 75), o processo pode ser conceituado como um conjunto de atos interligados que culminam na aplicação de normas jurídicas e princípios a algum caso concreto. Por meio dele, emite-se uma decisão que vincule a Administração Pública aos interessados, a fim de produzir um resultado que deva ser legitimado pela participação dos envolvidos na relação processual. Ele sublinha, ainda, que a Administração Pública deve fundamentar os seus atos nos princípios da legalidade e da moralidade, frisando o alcance da cidadania no País, conforme os preceitos intrínsecos consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88). Nesse sentido, os interessados em termos processuais têm o direito de ter o seu caso em exame decidido.

Além disso, a Administração Pública deve, no exercício do autocontrole de seus atos administrativos, examinar os conflitos dos cidadãos e produzir ações decisórias com vistas à solução dos litígios em tela.

Di Pietro (2019, p. 1.411) assenta que o processo consiste em um “instrumento indispensável para o exercício da função administrativa”, pois engloba um conjunto de atos materiais ou jurídicos utilizados para a instrução, preparo e fundamentação do ato final visado pela Administração Pública.

Conforme Carneiro (2018, p. 25), o processo administrativo é considerado um instrumento intrínseco do Estado Democrático de Direito, sendo utilizado pelo País para a realização do interesse público nas searas administrativa e judicial. Para o autor, o processo pode ser definido como “conjunto de atos ordenados e praticados de maneira progressiva, visando a solucionar um conflito, ou a ratificar uma convergência de interesses”.

Nesse compasso, o referido autor acrescenta que o processo deve obedecer a uma gama de mandamentos jurídicos do direito interno. Exemplificativamente, tem-se como elementos balizadores do processo: a) art. 5º, LV, da CF/88, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa; b) art. 5º, LXXVIII, da CF/88, alterado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Medauar (2018, p. 160) explica que o processo administrativo se caracteriza não só pelo vínculo entre os atos sucessivos produzidos nos autos como também pelos vínculos jurídicos entre os sujeitos ou interessados. A autora destaca que os vínculos jurídicos englobam os direitos, os deveres e as garantias existentes na relação processual.

Demais disso, Medauar (2018, p. 161-162) explicita que o processo administrativo possuem as seguintes finalidades: 1) garantir que os atos administrativos estejam em conformidade com o arcabouço jurídico-constitucional; 2) exarar decisões administrativas mais alinhadas com a situação objeto do processo, visto que há, no processo, a possibilidade de produção de documentos e provas com vistas ao esclarecimento de fatos controversos; 3) alcançar a legitimação do poder por meio de uma apreciação paritária e imparcial da questão tratada no processo; 4) melhorar o desempenho da função administrativa, tendo em vista o conjunto suficiente de elementos inseridos no processo administrativo para ancorar uma decisão coerente com a realidade; 5) alcançar a justiça nas funções administrativas, visto que o processo administrativo envolve direitos, deveres e interesses das pessoas e, por isso, deve ser julgado em conformidade com as regras jurídicas e os princípios aplicáveis ao caso concreto; 6) aproximar a Administração Pública aos cidadãos, uma vez que o processo instrumentaliza pleitos de caráter pluralista, o que demanda uma atuação democrática nas funções administrativas; 7) organizar

racionalmente a produção dos atos administrativos, aumentando a eficiência do resultado final; e 8) facilitar o controle das funções administrativas, uma vez que o esquema processual tende a ser mais consolidado e organizado.

Adentrando-se no processo administrativo tributário, pertinente esclarecer se há diferença terminológica entre processo administrativo tributário e processo administrativo fiscal. De acordo com a doutrina majoritária e a jurisprudência, não se vislumbra diferença semântica entre as referidas expressões, sendo utilizadas como sinônimos.

Interessante explicitar as considerações de Carneiro (2018, p. 25-26) sobre a temática em tela. Preleciona o autor que o processo administrativo fiscal abrange 2 (dois) tipos de créditos distintos (tributário e não tributário), enquanto o processo administrativo tributário engloba somente os créditos tributários. Mister explicar que a doutrina minoritária considera que o processo administrativo fiscal engloba, além de aspectos atrelados à fiscalização, à arrecadação e ao controle de tributos, temáticas pautadas em organização, gestão e poderes atinentes, conseqüentemente, ao campo do Direito Administrativo.

Considerando o exposto e como nesta pesquisa científica o objetivo é estudar nuances envolvendo questões processuais tributárias, será utilizada ao longo de toda a exposição textual a expressão “processo administrativo tributário”.

Sobre o conceito de processo administrativo tributário, traz-se à baila o entendimento de Meirelles (2016, p. 835), *ipsis litteris*:

Processo administrativo tributário ou fiscal, propriamente dito, é todo aquele que se destina à determinação, exigência ou dispensa do crédito fiscal, bem como à fixação do alcance de normas de tributação em casos concretos, pelos órgãos competentes tributantes, ou à imposição de penalidade ao contribuinte. Nesse conceito amplo e genérico estão compreendidos todos os procedimentos fiscais próprios, sob as modalidades de controle (processos de lançamento e de consulta), de outorga (processos de isenção) e de punição (processos por infração fiscal), sem se falar nos processos impróprios, que são as simples autuações de expediente que tramitam pelos órgãos tributantes e repartições arrecadoras para notificação do contribuinte, cadastramento e outros atos complementares de interesse do fisco.

Com base nos referidos ensinamentos de Meirelles, o processo administrativo tributário se refere a um conjunto de procedimentos que objetivam a apreciação do crédito fiscal e de penalidades e/ou a interpretação do alcance das normas tributárias em casos concretos. Portanto, o aludido autor (2016, p. 819) frisa que, no processo administrativo

tributário, há, em regra, a presença de um litígio entre a Administração Tributária e o administrado, o qual deve ser solucionado observando-se as garantias e os princípios constitucionais, como, por exemplo, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, entre outros.

Para Machado Segundo (2018, p. 22-24), o processo administrativo tributário designa, em seu sentido *lato*, um conjunto de atos administrativos que consubstanciam o reconhecimento pela autoridade fiscal de uma relação jurídico-tributária entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, na figura do contribuinte ou do responsável tributário.

O autor em comento (2018, p. 22-24) destaca ainda que o processo administrativo tributário pode ser dividido em: 1) procedimento administrativo preparatório do lançamento; e 2) processo administrativo tributário propriamente dito. No procedimento administrativo preparatório do lançamento, a Administração Tributária exerce a sua função executiva e verifica o cumprimento dos aspectos legais alusivos à seara tributária, sem haver, necessariamente, a participação de todos os sujeitos interessados. Por outro lado, no processo administrativo tributário propriamente dito, a Administração Tributária exerce atipicamente atividades jurisdicionais com vistas ao controle da legalidade dos lançamentos efetuados pelas autoridades fiscais, além de observar, obrigatoriamente, vários princípios constitucionais processuais.

No tocante à natureza jurídica, Carneiro (2018, p. 41) disserta que o processo administrativo tributário corresponde a uma espécie do processo administrativo e objetiva o controle dos atos administrativos, estando estes sujeitos à revisão pela autoridade competente quando se evidenciar violação de direitos dos interessados. Impede mencionar que tal controle pode ser acionado tanto pelos contribuintes quanto, de ofício, pela Administração Tributária, conforme o consubstanciado na Súmula 473 do STF e nos arts. 145 e 146 do CTN. Nesse sentido, deflui-se que o processo administrativo tributário visa à observância da legalidade e da legitimidade dos atos realizados pelas autoridades fiscais.

Explicita o autor (2018, p. 42) que o processo administrativo tributário pode ter a função de reconhecer e outorgar benefícios fiscais a determinados contribuintes, em conformidade com a inteligência dos ditames jurídico-tributários. Ademais, as sanções administrativas na seara tributária são aplicadas, por meio de processos, aos contribuintes que transgrediram a legislação tributária.

Sublinha Paulsen (2020, p. 737) que o processo administrativo tributário engloba não só a fase relativa à ação fiscal, em que as autoridades fiscais realizam os procedimentos de fiscalização e autuação, como também a fase litigiosa, na qual são processados os recursos e as manifestações dos interessados.

O citado autor exterioriza ainda que, no País, não há uma regulação do processo administrativo tributário por uma norma geral de direito tributário, visto que, sob a perspectiva de Paulsen, o Código Tributário Nacional (CTN) não dispõe de procedimentos específicos concernentes ao tema. Vale pontuar que o CTN descreve, abstratamente, acerca da documentação dos atos processuais e do prazo para o exercício da fiscalização. Diante disso, cada ente federativo estabelece regras específicas para os tributos que administra com o fito de normatizar o adequado prosseguimento de seus processos administrativos tributários.

Como o escopo do trabalho nesta pesquisa se refere ao processo administrativo tributário federal, vale realizar algumas considerações acerca da legislação processual tributária federal. Nessa esteira, as diretrizes do processo administrativo tributário federal estão dispostas no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e demais alterações, que foi, frise-se, recepcionado pela CF/88 com força de Lei. Importante expressar que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, denominada de Código de Processo Civil (CPC), são aplicadas subsidiariamente ao processo administrativo tributário.

Oportuno salientar que a Lei nº 9.784, de 1999, a qual possui aplicação subsidiária para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e para situações envolvendo procedimentos específicos federais, dispõe acerca do processo administrativo no âmbito da Administração Federal Direta e Indireta e visa à “proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração” (BRASIL, 1999). Di Pietro (2019, p. 1.416) disserta que a Lei em questão deve ser aplicada em âmbito nacional, uma vez que está fundamentada em princípios constitucionais e em direitos dos cidadãos.

Ainda sob essa perspectiva, o Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011, regulamentou o processo de determinação e de exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira, à classificação fiscal de mercadorias, à classificação de serviços, intangíveis e de outras operações que produzam variações no patrimônio e de outros processos administrativos relativos às matérias de competência da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

#### **1.4 Conceitos e características do procedimento administrativo tributário**

O procedimento administrativo, para Di Pietro (2019, p. 1.411), consiste em um conjunto de formalidades ou uma sucessão de atos preparatórios ou precedentes necessários para a edição de determinados atos administrativos. A autora expõe que o procedimento administrativo equivale ao rito ou à forma de se proceder, além de ele se desenvolver dentro de um processo administrativo. Esclarece ainda que, em regra, o procedimento tem uma natureza mais rígida quando, no processo, envolve interesse público e direitos dos administrados.



Sobre a definição, Carneiro (2018, p. 25) pontua que o procedimento administrativo se refere às fases administrativas do processo. Nessa linha, destaca que, em regra, o rito processual obedece a 5 (cinco) fases, as quais são: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento. De forma complementar, Meirelles (2016, p. 818) anota que o procedimento administrativo consiste no modo de realização do processo, isto é, no rito processual.

Registra Meirelles (2016, p. 818) que a inexistência de procedimentos administrativos sinaliza a ausência de processo administrativo, uma vez que este somente poderá se realizar por meio de determinados procedimentos administrativos, conforme as peculiaridades da matéria tributária em tela.

Para Albuquerque Júnior (2015, np), o procedimento não pode ser considerado um fim em si mesmo, visto que consiste em um meio para o alcance de um resultado a partir de eventos/fatos ocorridos no tempo. Aduz o autor que a execução de procedimentos no processo administrativo deve estar ancorada em princípios, como a boa-fé, a lealdade processual e a proporcionalidade.

No tocante especificamente ao campo tributário, Nogueira (1995, p. 246) preceitua, *in verbis*:

[...] o procedimento administrativo tributário como uma sequência ordenada de atos tendentes a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Portanto, conforme os ensinamentos do mencionado autor, os procedimentos administrativos tributários objetivam o controle da obrigação tributária principal ou acessória, de modo que podem ser considerados como um meio para se alcançar um resultado. Observe-se que, por meio desses procedimentos, as autoridades fiscais examinam e apuram, em consonância com os ditames jurídico-legais, as questões fáticas com vistas à verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

### **3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E A VERDADE MATERIAL**

#### **3.1. Princípios jurídicos: conceituação e função**

Para Machado Segundo (2018, p. 30), os princípios correspondem a uma espécie de norma jurídica que consagra valores, fins ou objetivos utilizados na elaboração, na interpretação e na aplicação de outros princípios e regras jurídicas. O autor salienta que os princípios não preveem hipóteses e nem prescrevem condutas a serem seguidas nas relações sociais. Porém, devido à sua alta carga semântica, eles sustentam e promovem a

coerência do sistema jurídico-constitucional. Ademais, vale mencionar que as regras jurídicas podem ser declaradas materialmente inconstitucionais, caso contrariem algum princípio jurídico.

Relevante explicitar as lições de Roque Antonio Carrazza acerca da temática em comento. O professor anota que os princípios consistem em elementos norteadores dotados de generalidade que auxiliam não só na compreensão das normas jurídicas como também na aplicação delas aos casos concretos, *in verbis*:

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. (CARRAZZA, 2013, p. 45).

Carrazza (2013, p. 46) acrescenta que um princípio jurídico não existe isoladamente, uma vez que ele deve sempre se conectar ou se relacionar, de forma harmônica, a outros princípios e regras jurídicas. Explica que essa interação propicia a compreensão da importância de cada princípio no mundo jurídico.

Quanto à classificação dos princípios jurídicos, Carrazza (2013, p. 47) denota que os princípios podem ser segregados em: constitucionais, legais e infralegais. Porém, os princípios constitucionais são considerados de ordem superior, uma vez que fornecem diretrizes para uma adequada interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Sustenta Carrazza (2013, p. 47-48) que os princípios possuem um caráter normativo, em que pese serem dotados de generalidade. O referido autor menciona que, devido à sua elevada amplitude de atuação, os princípios jurídicos devem ser de estrita observância pelas pessoas, sob pena de consequências severas.

Nesse diapasão está o lecionado por Norberto Bobbio. Para Bobbio (1995, p. 158-159), os princípios são normas fundamentais, que, embora sejam dotados de um conteúdo geral, podem ser utilizados na regulamentação de um caso concreto.

Carvalho explica que os princípios possuem uma alta carga axiológica, inserem valores relevantes ao sistema jurídico-constitucional e norteiam a compreensão das normas jurídicas, *ipsis litteris*:

Seja como for, os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença. Algumas vezes constam de

preceito exposto, logrando o legislador constitucional enunciá-los com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço de feitiço indutivo para percebê-los e isolá-los. São os princípios implícitos. (CARVALHO, 2019, p. 206-207).

Para Canotilho (2017, p. 1160-1161 citado por Lenza, 2020, p. 128), os princípios são normas com um alto grau de abstração, vagueza e indeterminação. Ademais, possuem uma importância estruturante no sistema jurídico em virtude de seu papel fundamental na aplicação justa do Direito aos casos práticos. O autor consigna que os princípios são fundamentos para a constituição da *ratio* das regras jurídicas.

Canotilho (2017, p. 1160-1161 citado por Lenza, 2020, p. 128) compara ainda os princípios com as regras jurídicas. Nessa linha, enfatiza que as regras jurídicas possuem um grau de abstração reduzido quando cotejadas com os princípios e são dotadas, em regra, de aplicabilidade direta aos casos, além de poderem se associar a conteúdo meramente funcional.

Esclarece Barroso (2014, p. 353 citado por Lenza, 2020, p. 128-129) que, diante de conflitos entre princípios, deve-se realizar, sob o prisma das circunstâncias fáticas do caso em estudo, uma ponderação valorativa entre eles. Por outro lado, no tocante a conflitos entre regras jurídicas, apenas uma prevalecerá em conformidade com a predominância dos critérios hierárquico, da especialidade ou cronológico.

Por fim, para fechamento do estudo sobre a conceituação e as funções dos princípios, pertinente trazer à baila os ensinamentos de Carneiro (2020, p. 354). Ele leciona que os princípios são fundamentais para uma correta subsunção dos fatos às normas jurídicas, uma vez que podem ser considerados elos ou comandos intermediários que ordenam e coordenam a aplicação de regras jurídicas. Nesse contexto, para o aludido autor, os princípios fornecem à argumentação as razões “substanciais” ou “finalísticas” que servem como pilares na hermenêutica jurídica, embora eles não definam comportamentos específicos para se alcançar a finalidade pretendida.

### **3.2 Princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário**

Neste tópico, será abordado brevemente os princípios mais proeminentes que permeiam o processo administrativo tributário, visto que o escopo desse trabalho consiste em discutir o princípio da verdade material e seus desdobramentos na seara tributária.

Como se sabe, o processo administrativo está delineado no art. 5º da CF/88, tendo como seus pilares vários princípios constitucionais e infraconstitucionais que amparam diversos valores jurídico-tributários.

Nesse contexto, Carneiro (2018, p. 26-27) relata que, no tocante à segurança jurídica, verifica-se a predominância do princípio da legalidade, da tipicidade, da irretroatividade e da anterioridade. Em relação ao valor jurídico justiça da tributação, o autor destaca os seguintes vetores: princípio da isonomia (generalidade ou universalidade) e da capacidade contributiva (mínimo vital, não confisco, personalização, proporcionalidade, progressividade ou seletividade). No que concerne ao valor jurídico liberdade jurídica, o ilustre professor frisa os seguintes vetores: princípio da proibição de limitações ao tráfico, da vedação de diferença tributária em razão da procedência ou destino, da transparência e da vedação de confisco.

Carneiro (2018, p. 27) realça ainda a importância dos princípios da Administração Pública enumerados no art. 37 da CF/88 para a seara processual. São eles: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade administrativa, a publicidade e a eficiência. O autor salienta que devem ser associados ao rol desses vetores jurídicos constitucionais o princípio da autotutela na persecução tributária, da motivação das decisões, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Pertinente exteriorizar que, no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784, de 29 janeiro de 1999, estão dispostos os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência aos quais a Administração Pública, que engloba a Administração Tributária, deve obediência na execução dos procedimentos administrativos.

Outrossim, Di Pietro (2019, p. 1.422) pontua que, apesar de não estarem previstos nas disposições legais, outros princípios podem ser obtidos implicitamente das Leis, como o da impessoalidade e o da participação do administrado nos atos processuais. Enfatiza a autora a importância, para a Teoria Geral do Direito, do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações inseridas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Isso porque tal norma jurídica consagra a necessidade da observância dos princípios da segurança jurídica, motivação, eficiência etc., nos procedimentos incursos nos ramos do Direito Público e Privado.

No tocante especificamente ao aspecto processual, Carneiro (2018, p. 27-28) evidencia os seguintes vetores constitucionais: a) princípio da publicidade (arts. 5º, LX, e 93, IX); b) princípio da imparcialidade do julgador e juiz natural (art. 5º, XXXVII); c) princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário e a vedação do *solve et repete* (art. 5º, XXXV); d) princípio da motivação das decisões (art. 93, IX); e e) princípio do devido processo legal e seus consectários, como o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV).

Por derradeiro, Carneiro (2018, p. 28) destaca, no âmbito infraconstitucional, os seguintes princípios utilizados na seara processual: a) princípio da igualdade das partes (art. 139, I, do CPC); b) princípio da verdade material, nos termos do art. 149 do CTN; c)

princípio da livre investigação das provas (art. 371 do CPC); d) princípio do impulso oficial ou oficialidade (art. 142 do CTN); e) princípio da informalidade e da instrumentalidade das formas (art. 277 do CPC); f) princípio da salvabilidade dos atos processuais (arts. 283 do CPC e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972); g) princípio da lealdade e boa-fé (art. 77 do CPC); e h) princípio do sigilo profissional, sigilo bancário (financeiro) e sigilo fiscal (arts. 197, parágrafo único, e 198, ambos do CTN, e LC nº 105/2001).

### **3.3 Elementos caracterizadores da verdade formal e da verdade material**

#### **3.3.1 Aspectos introdutórios acerca do termo “verdade”**

Desde os tempos mais remotos, a busca pela definição de “verdade” sempre esteve presente na sociedade. Contudo, devido à complexidade das relações sociais, torna-se dificultoso determinar uma resposta definitiva para o que, de fato, é a verdade. Note que, na sociedade atual, existe uma diversidade de meios de informação, o que gera maiores dificuldades para estabelecer parâmetros que definam ou classifiquem se determinado elemento ou atributo corresponde à verdade.

Oportuno expressar que a verdade tem sido admirada e debatida por filósofos desde tempos longínquos. Consoante Chaui (2000, p. 124), para a definição do termo “verdade”, há diferentes concepções filosóficas, sendo que cada uma contém as suas peculiaridades. Sendo assim, não há um entendimento exato do referido termo pelos especialistas em Filosofia. Sob esse prisma, Reale (2002, p. 39) corrobora que a Filosofia não tem como pretensão o alcance do plano exato dos fatos e nem concorre com as ciências em termos de exatidão.

Chai (2000, p. 123) explica que, de acordo com a etimologia grega *aletheia*, a verdade compreende aquilo que não seja oculto ou dissimulado e que seja evidente para a razão. Já considerando a perspectiva do latim *veritas*, o termo “verdade” se refere à exatidão de algo ou de um relato, de modo que sejam denotados minuciosa e fielmente os elementos consubstanciados na realidade dos fatos.

Nessa esteira, a verdade se caracteriza pela exposição detalhada de algo ocorrido, de modo que se alcance, na memória, a reprodução do fato em tela. Ademais, lembra Chaui (2000, p. 123) que a verdade está atrelada à acuidade mental, à memória e à veracidade de quem exterioriza a narrativa dos fatos. Portanto, a verdade se vincula diretamente à linguagem utilizada para expressar a realidade dos fatos.

Por fim, Machado (1999, p. 34-37) salienta, em suas pesquisas, que o filósofo Friedrich Nietzsche considerava que a verdade decorria de uma necessidade social. Porém, para o citado filósofo, o conhecimento não pertence à natureza humana, além de o ser humano ser incapaz de alcançar a essência da verdade. Nesse passo, com vistas à implementação de questões políticas, culturais e sociais, o ser humano cria leis, valores e normas

concernentes à realidade, de modo que as torne uniformes e válidas na execução de atos. Em outras palavras, Nietzsche explanava que a verdade se evidenciava quando o ser humano impunha um saber ou uma crença sobre atos sociais, por exemplo. Amparado nisso, ele consignou que a verdade consiste em uma ficção necessária para as relações humanas.

### **3.3.2 Verdade formal**

A verdade formal, para Lemes (2018, p. 60-62), corresponde àquela desenvolvida na seara processual e nem sempre se associa ao histórico da ocorrência concreta, podendo, por conseguinte, destoar-se dele. O aludido autor versa que a utilização da verdade formal tem sido muito aplicada, em regra, no processo civil, visto que os direitos em exame são qualificados, em regra, como disponíveis. Porém, deve-se realçar que, na esfera cível, há contenciosos atinentes a direitos fundamentais à dignidade humana, como a família e a capacidade jurídica do indivíduo, o que pressiona os julgadores a buscarem a verdade material.

Nesse mesmo sentido, está o entendimento de Alvim (2018, p. 368), o qual dispõe que a verdade formal “resulta do processo, embora não possa encontrar uma exata correspondência com a realidade”. Sendo assim, caso os elementos fáticos inseridos no processo não sejam discutidos ou impugnados, a autoridade julgadora poderá considerá-los incontroversos, nos termos do art. 341 do CPC.

### **3.3.3 Verdade material**

A verdade material, para Machado Segundo (2018, p. 60-62), estabelece-se como um instrumento norteador na seara processual e está alicerçada no princípio da legalidade, visto que a autoridade administrativa deve aplicar a lei a fatos e, não, a presunções. Com vistas ao alcance da verdade material, o autor em comento salienta que o julgador deve confirmar, por meio de diligências ou outros recursos que se fizerem necessários, se os fatos que fundamentam o ato administrativo efetivamente ocorreram.

Carvalho Filho (2018, p. 1.108-1109) assenta que a verdade material pode ser considerada como “aquela que resulta efetivamente dos fatos que a constituíram”. Consigna que, enquanto a verdade formal está presente em maior proporção nos processos judiciais, a verdade material, em regra, é mais utilizada nos processos administrativos. Ademais, o referido autor ressalta que, em razão de a Administração Pública ter como objetivo o alcance da verdade real e, por consequência, a satisfação do interesse público na execução de suas funções administrativas, o qual sobrepuja o interesse do particular, o julgador pode realizar diligências, no âmbito processual, para esclarecimentos de pontos controversos alusivos ao caso concreto.

Nessa esteira, Alvim (2018, p. 368-369) disserta que a verdade material se refere à revelação dos fatos como “historicamente aconteceram, e não como querem as partes que tenham acontecido”. Reforça o autor que a verdade material não é privativa do processo penal. Na prática, verifica-se que a disponibilidade dos interesses delineados nos litígios controlados no processo civil gera uma percepção de que os elementos em exame sejam verdadeiros ainda que correspondam parcialmente à realidade fática.

Nessa linha de raciocínio, estão os ensinamentos de Carneiro (2018, p. 30) e Meirelles (2016, p. 824). Para os citados autores, a autoridade julgadora não deve ficar limitada às provas carreadas aos autos pelas partes interessadas. Quando considerar pertinente, deve buscar novos elementos a partir de provas idôneas e legais que demonstrem a realidade dos fatos e, por consequência, propiciem que as normas jurídicas sejam aplicadas adequadamente às lides.

Albuquerque Júnior (2015, online) frisa que a utilização da verdade material no processo administrativo está fundamentada no interesse público. De mais a mais, salienta que a autoridade administrativa deve apreciar os fatos e as provas incursos em um processo administrativo de forma harmônica com os princípios constitucionais, como, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa, entre outros. Pontua que o objetivo de se buscar a verdade material no processo administrativo consiste na aplicação justa da legislação ao caso concreto, em consonância com a realidade dos fatos. Nesse passo, basilar explicitar que são vedadas não só as provas produzidas ou obtidas sem a observância do contraditório e da ampla defesa como também aquelas oriundas de meios ilícitos, conforme a inteligência do art. 5º, LV e LVI, da CF/88.

Com vistas a realçar a importância, em termos processuais, da verdade material, Alexandre (2017, p. 433-434) enfatiza que a Administração Pública tem o poder-dever de inserir ao processo administrativo todos os elementos probatórios que se evidenciem como relevantes para a tomada de decisões. Outrossim, o notável professor lembra que, ao se ancorar na busca pela verdade material em que se apreciam as provas e os fatos, há a possibilidade de se agravar, em sede recursal, a situação do recorrente, o que configura, no mundo jurídico, a *reformatio in pejus*.

Curial exteriorizar que, no processo administrativo, a autoridade julgadora pode conhecer documentações comprobatórias mesmo que sejam carreadas aos autos após a fase de instrução com o objetivo de esclarecimento da realidade fática delineada na lide. Em outras palavras, conforme explicitado por Alexandre (2017, p. 433-434) e considerando o cerne da verdade material, vislumbra-se, em que pese haver emaranhamentos sobre a temática, a flexibilização do rito formal de apresentação de provas e a inaplicabilidade dos efeitos da revelia ao processo administrativo.

Alinhado aos ensinamentos do supracitado autor, Meirelles (2016, p. 824) esclarece que a autoridade processante pode utilizar em seu julgamento qualquer prova lícita de que tenha conhecimento, contanto que efetive a juntada dela aos autos. Além disso, o autor destaca que a autoridade julgadora pode até o julgamento final do litígio conhecer de novos elementos comprobatórios alusivos às alegações em apreciação.

## **2.4 Princípio da verdade material e seus desdobramentos**

Conforme as lições de Carvalho Filho (2018, p. 1.108-1.109), o princípio da verdade material objetiva o alcance da verdade real. Para tal, a Administração Pública pode realizar diligências para produzir provas e documentos de modo a esclarecer questões controversas relativas aos fatos em exame. Ademais, o autor em comento enfatiza que o interesse da autoridade competente em alcançar a verdade material no âmbito processual está fundamentado no interesse público, não havendo que se falar, por consequência, sobre a prevalência do interesse do particular nas lides. Nesse sentido, pode-se realizar a reforma da ação decisória com efeitos mais agravantes aos interessados.

Sob o prisma do princípio da verdade material, Medauar (2018, p.162) salienta que a Administração Pública deve decidir os casos concretos com base em fatos tais como se apresentam na realidade e não deve se satisfazer com as versões produzidas pelos interessados. Nessa esteira, a autoridade administrativa tem o poder-dever de carrear aos autos todos os elementos concernentes ao objeto do processo. Além disso e focalizando a verdade material, o julgador não deve estar vinculado às informações suscitadas pelos sujeitos.

Bandeira de Mello (2015, p. 516) leciona que o princípio da verdade material consiste em que a Administração Pública busque, na seara processual, a verdade mais próxima da realidade dos elementos fáticos, sendo desprezadas as presunções e os procedimentos pautados somente na verdade formal. Para a sua apropriada apreciação dos fatos, a autoridade competente pode utilizar documentos técnicos, diligências e outros mecanismos de investigação que considerar pertinentes à solução de questões controversas atinentes aos fatos delineados nos autos processuais.

Consoante o supracitado jurista (2015, p. 521), a Administração Pública deve visar ao atendimento do interesse público fixado em lei, conforme a previsão do art. 37, *caput*, da CF/88. Nessa linha, assevera que o interesse público está intrinsecamente atrelado à observância da verdade material. Para o autor, a verdade formal não pode fundamentar o interesse público, já que ela prescinde da realidade fática, isto é, a verdade formal dispensa como os fatos efetivamente ocorreram no plano substancial.

No tocante ao arcabouço jurídico brasileiro, interessante dispor que, nos arts. 36 e 37 da Lei nº 9.784/1999, fica cristalizado o princípio da verdade material no processo administrativo. Confira-se, *in verbis*:



Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias. (BRASIL, 1999).

Portanto, compete à autoridade competente atuar, de ofício, na instrução processual com vistas à apuração de fatos e à obtenção de documentações necessárias à solução do contencioso, respeitadas as garantias das partes e a segurança jurídica. Tal modo de conduzir o processo configura a busca pela verdade material. Note que a finalidade da Administração Pública no processo administrativo se consubstancia na apuração da verdade real dos fatos ocorridos, não devendo ficar limitada à verdade processual exteriorizada pelas partes nos autos.

Por derradeiro, não se pode olvidar que o lançamento tributário é regido pelo princípio da verdade material. Isso porque tal princípio, insculpido no art. 148 do CTN, estabelece que o lançamento tributário deve refletir a verdade material relativa aos fatos tributários. Ademais, o art. 147, § 2º, do mesmo diploma legal denota uma aplicação do princípio da verdade material no processo administrativo tributário, visto que, se verificar a ocorrência de erros no preenchimento de uma declaração fiscal pelo contribuinte, a autoridade fiscal deve retificar de ofício o lançamento, de modo a traduzir a realidade dos fatos tributários.

#### **4. PRINCÍPIOS DA VERDADE MATERIAL E DA PRECLUSÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL**

##### **4.1 Conceituação e aspectos fundamentais acerca da preclusão**

Cintra, Dinamarco e Grinover (2015, p. 265) explicam que a preclusão está atrelada ao princípio do impulso processual, tendo em vista a necessidade do encerramento dos atos processuais anteriores para a prática dos posteriores e a garantia do avanço processual. Salientam, ainda, que o instituto pode ser compreendido por dois planos, um objetivo e um outro subjetivo. Nessa esteira, considerando o plano objetivo, a preclusão consiste em um “fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar ao seu recuo para as fases anteriores do procedimento”. No que concerne ao plano subjetivo, os referidos autores expõem que a preclusão corresponde “a perda de uma faculdade ou de um poder ou direito processual”.

Além disso, curial reforçar que a preclusão não configura sanção, visto que ela não deriva de uma ilicitude, mas sim de uma “incompatibilidade do poder, faculdade ou direito com o desenvolvimento do processo, ou da consumação de um interesse”, conforme Cintra, Dinamarco e Grinover (2015, p. 265). Enfatizam os referidos autores que os efeitos da preclusão estão limitados à esfera processual, exaurindo-se, por consequência, nela.

Importante esclarecer que o instituto da preclusão pode ser classificado em 3 (três) espécies: 1) preclusão temporal; 2) preclusão lógica; e 3) preclusão consumativa. A seguir serão expostas a explicação dos autores Cintra, Dinamarco e Grinover (2015, p. 265) sobre a temática. A preclusão temporal se caracteriza pela perda da faculdade de realizar um ato processual devido à inobservância de um prazo jurídico-legal. Concernente à preclusão lógica, ela se verifica quando a parte interessada almeja executar um ato processual incompatível ou antagônico a um outro ato praticado em momento anterior. Por derradeiro, a preclusão consumativa consiste na perda da faculdade de praticar, diversamente, um determinado ato processual, caso já tenha sido praticado por uma outra forma prevista no arcabouço jurídico.

Nesse diapasão está o entendimento de Giannico (2005, citado por Ferreira, 2010, p. 30-31). Para o autor, a preclusão consiste em um instrumento de aceleração dos atos processuais sendo considerada uma mola propulsora que evita o recuo das fases processuais. Explícita, ademais, que ela corresponde a um ônus processual que culmina em prejuízos jurídicos para a parte inerte. Isso porque a parte inerte deixa de utilizar benefícios processuais, tais como o direito de interposição de recurso ou o direito de prova contra determinado fato. Assevera, ainda, que a preclusão prima pela objetividade, organização, celeridade e efetividade processuais, além de buscar a segurança jurídica e a solução tempestiva e equitativa dos conflitos.

Vale esposar o que Medina (2017, p. 57-58) leciona sobre a temática. Para o autor, a preclusão pode ser conceituada como a perda de oportunidade de praticar um ato processual devido aos motivos já explanados alhures nesta pesquisa. Frisa que a matéria preclusa é aquela que não pode ser apreciada no processo, visto que se encontra superada. Explícita ainda que a preclusão atinge, em geral, as partes, sendo um tema de natureza essencialmente processual, uma vez que se vincula a tramitação do processo.

No tocante à natureza jurídica da preclusão, deve-se salientar que a doutrina majoritária, conforme lecionado por Medina (2017, p. 57-58), considera o fenômeno como um fato jurídico processual impeditivo, visto que as modalidades de preclusão se ancoram na perda do poder de ação alusivo a um ato processual pela parte interessada.

Deve-se consignar que, no presente trabalho, são avaliados os efeitos da preclusão temporal no processo administrativo tributário sob a perspectiva do princípio da verdade material.

## **4.2 Conflito entre os princípios da verdade material e da preclusão no processo administrativo tributário federal**

Preliminarmente, deve-se retomar que, no processo administrativo tributário, a preclusão está intimamente relacionada à perda do prazo processual pelas partes interessadas. Nesse passo, quando o contribuinte é cientificado de alguma decisão tributária, ele dispõe de um prazo legal para a interposição do recurso ou da manifestação de inconformidade. Caso não a faça, haverá a preclusão do direito de impugnação à decisão prolatada. Note que a preclusão também vem sendo aplicada aos casos do contencioso administrativo envolvendo intimações para apresentação de provas ou mesmo quando a prova já deveria ter sido protocolizada na manifestação de inconformidade, por exemplo.

Oportuno tecer que a colisão entre os princípios da preclusão e da verdade material no âmbito do processo administrativo tributário gera situações embaraçosas a serem sopesadas, visto que o princípio da preclusão visa à garantia do impulso processual, mas demonstra-se frágil na busca efetiva da justiça. Demais disso, vale registrar que a preclusão pode gerar resultados não correspondentes com a realidade dos fatos que efetivamente aconteceram.

A doutrina majoritária dispõe que a preclusão está intimamente ligada aos princípios da oficialidade, uma vez que ela garante o avanço progressivo da relação processual, e da eventualidade, visto que os atos processuais devem ser praticados em períodos processuais previamente definidos.

Porém, seguir rigorosamente o princípio da preclusão na execução da função administrativa, de modo que o contribuinte tenha um prazo específico que normalmente é exíguo para o cumprimento de um termo de intimação ou mesmo para se manifestar acerca de uma ação decisória, pode limitar demasiadamente o direito da parte interessada à produção de provas para defender os seus interesses. Veja que, no processo administrativo tributário, deve-se buscar um julgamento imparcial e justo da lide por meio de uma adequada instrução processual e de uma coerente aplicação das normas jurídicas ao caso concreto, conforme enfatizado por Martins (2012, p. 41-45). Contudo, nas lides em que a preclusão é rigorosamente aplicada, vislumbra-se, em regra, marcadores de ofensa aos princípios da verdade material, da ampla defesa e do contraditório.

Impende consignar que o instituto da preclusão promove balizas, até certo ponto, adequadas para garantir o avanço processual. Porém, o julgador deve verificar cada caso concreto para balancear os efeitos preclusivos com os de outros princípios como, por exemplo, o da verdade material, o da ampla defesa etc., com vistas à flexibilização na apresentação de documentações que se façam imprescindíveis para o deslinde processual. Outrossim, não é demais afirmar que a Administração Tributária está calcada na verdade

material, visto que somente assim se atinge verdadeiramente o interesse público em seu plano substancial. Observe que, inexistindo, na seara processual, o foco na verdade material, a subsunção do caso fático às normas jurídicas pode revelar resultados permeados por injustiça fiscal.

Passa-se, então, ao que dispõe as normas jurídicas acerca da temática. Consoante os arts. 16 e 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, caso o contribuinte não conteste algum argumento na impugnação ou possua uma conduta omissiva em relação às provas documentais, considera-se que ele concorda com os termos da exigência tributária, gerando-se a presunção de verdade acerca da temática em exame. Sendo assim, no tocante a essa matéria não impugnada, efetiva-se o instituto da preclusão.

Fundamental explicitar que o art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235, de 1972, dispõe sobre hipóteses nas quais é admitida a juntada posterior de provas documentais, flexibilizando-se assim o instituto da preclusão, *in verbis*:

Art. 16. (*omissis*)

[...]

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto

recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito) (BRASIL, 1972).

Sendo assim, não ocorre a preclusão do direito de apresentação de prova documental em outro momento processual, quando: a) seja demonstrada pelo contribuinte a impossibilidade de apresentação oportuna da prova, por motivo de força maior tendo em vista que os eventos humanos ou naturais são inevitáveis, em que pese poderem ser previsíveis; b) a prova seja atrelada a fato ou a direito superveniente; c) a prova seja destinada a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, o que denota a impossibilidade de apresentação da prova na peça impugnatória. Note-se que as mencionadas justificativas configuram situações excepcionais que impedem o contribuinte de apresentar a prova documental no processo administrativo tributário no prazo da impugnação.

De mais a mais, o art. 57 do Decreto nº 7.574, de 29/09/2011, e demais alterações, que regulamenta o processo de determinação e de exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira, à classificação fiscal de mercadorias, à classificação de serviços, intangíveis e de outras operações que produzam variações no patrimônio e de outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), dispõe sobre o instituto da preclusão. Nessa linha, o teor do artigo em apreço segue o mesmo sentido lógico do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Caldas (2014, p. 24) sublinha que os dispositivos jurídicos supracitados objetivam evitar a desorganização processual e a postergação processual sem motivação pelas partes interessadas, além de concentrar os atos processuais em prazos expressamente definidos nas normas jurídicas e de proteger o Estado e toda a sociedade sob os pilares processuais da segurança jurídica e da celeridade.

No mesmo diapasão estão as considerações de López e Neder (2010, p. 82-84 citado por Caldas, 2014, p. 24). Os aludidos autores explicam que a limitação do momento para a produção de provas visa impedir: a "protelação injustificada do processo por meio da proposição ilimitada de alegações"; a "inobservância das fases lógicas do processo"; e "a ocultação proposital de fatos pelo contribuinte para apresentação em momento posterior".

Pertinente ressaltar que a Doutrina aventa argumentos favoráveis e contrários à flexibilização na limitação temporal para a apresentação das provas no processo administrativo tributário. Tal assunto apresenta uma importância ímpar em tribunais administrativos, tendo em vista que a hermenêutica de seu cerne pode enfraquecer os princípios da verdade material e do formalismo moderado.

Nesse contexto, tem-se que, de um lado, o art. 38 da Lei nº 9.784, de 1999, permite a juntada de documentos comprobatórios até a tomada da decisão administrativa e não restringe o ato processual à superveniência do fato a ser provado ou a motivos de força maior. Dessa maneira, doutrinadores explicitam que a referida Lei, por possuir hierarquia jurídica superior aos Decretos nº 70.235, de 1972, e nº 7.574, de 2011, e ser norma posterior no tempo, teria prevalência sobre as regras alinhavadas nos referidos Decretos, o que afastaria o fenômeno da preclusão em exame no processo administrativo tributário.

Por outro lado, na defesa da preclusão e de regras mais restritivas na produção de provas após o período regulamentar recursal, parcela da doutrina cita que a Lei nº 9.784, de 1999, em seu art. 69, por ser a norma geral do processo administrativo no âmbito federal, deve ser aplicada apenas subsidiariamente aos processos administrativos específicos. Assim, estes devem obedecer ao disciplinado em leis específicas, de modo que o disposto nos Decretos nº 70.235, de 1972, e nº 7.574, de 2011, prevalece sobre as normas da supracitada Lei, subsistindo, conseqüentemente, o instituto da preclusão no processo administrativo tributário.

Por fim, pertinente evidenciar que a Administração Tributária deve realizar o controle da legalidade de seus atos administrativos expedidos, mesmo que a prova seja carreada aos autos em momento posterior ao sacramentado pelo arcabouço jurídico-legal. Dessa forma e considerando os ditames dos princípios da verdade material, da legalidade, da tipicidade tributária e da ampla defesa, caso a prova apresentada intempestivamente pela parte interessada contenha elementos que culminem na anulação ou na alteração do ato administrativo em discussão, a autoridade competente deverá apreciar o cerne da questão tratada nos autos, uma vez que a Administração Pública, em sentido amplo, é alocada como parte interessada na correta aplicação das normas jurídicas aos fatos.

#### **4.3 Aplicação do princípio da verdade material pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**

Preliminarmente, importante destacar que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) é um órgão colegiado e paritário, formado por representantes da Fazenda Nacional e por representantes dos contribuintes. Atualmente, o referido órgão está vinculado ao Ministério da Economia. Saliente-se, também, que o CARF foi criado pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e substituiu os Conselhos de Contribuintes e a Câmara Superior de Recursos Fiscais. O órgão em comento visa ao julgamento, neutro e imparcial, de recursos voluntários e de ofício em face de decisões de primeira instância, além de julgar recursos de natureza especial. Impende anotar que os litígios em tela julgados pelo CARF são os atinentes às matérias tributária e aduaneira no âmbito federal, incluindo as searas de importação e exportação.

Ademais, em conformidade com o art. 25 da Lei nº 11.941, de 2009, o CARF é constituído por seções e pela Câmara Superior de Recursos Fiscais. Enquanto as seções são

especializadas por matéria e divididas por câmaras, a Câmara Superior de Recursos Fiscais é estruturada em turmas com competência para o julgamento de recursos especiais protocolizados pelos contribuintes e pela Fazenda Nacional com vistas à resolução de divergências entre julgados.

Relevante explanar que a jurisprudência do CARF, formada a partir de várias decisões sobre o mesmo assunto, influencia, fortemente, na diminuição dos litígios fiscais federais. Isso porque todo o conhecimento produzido pelo órgão e exteriorizado por meio de acórdãos, resoluções, súmulas etc., é disponibilizado aos interessados na rede mundial de computadores (*internet*). E sobre a aplicação do princípio da verdade material aos julgamentos por si emanados, tem-se o que se segue.

No acórdão nº 1201-005.353, de 20/10/2021, a 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara do CARF, julgou que o processo administrativo tributário deve buscar a verdade material dos fatos, visto que esta é uma exigência procedimental para a constituição do crédito tributário. Além disso, frisou que, no processo administrativo tributário, a temática de provas deve seguir as diretrizes dos princípios do formalismo moderado, da instrumentalidade e da economia processual. Nesse sentido, os julgadores explicaram que os documentos juntados aos autos de forma extemporânea devem ser apreciados mesmo que em sede recurso ordinário, o que permite, por consequência, o exercício da ampla defesa pelo contribuinte.

No acórdão nº 2301-008.552, de 03/12/2020, proferido pela Primeira Turma Ordinária da Terceira Câmara do CARF, com relatoria de Cleber Ferreira Nunes Leite (voto vencido) e com redação vencedora da Conselheira Fernanda Melo Leal, verifica-se que o processo administrativo tributário deve se guiar pela busca da verdade material, de modo que a verificação dos elementos esteja mais próxima da realidade fática ou da versão legítima dos fatos, como foi abordado alhures, e sejam desprezadas as presunções tributárias, as parcialidades referentes às versões das partes e os procedimentos atinentes somente à verdade formal. Além disso, a decisão consigna que a busca da verdade material decorre dos princípios da legalidade e da igualdade e objetiva a prolação de uma decisão justa, conforme os ditames do interesse público.

No acórdão nº 3402-007.857, de 17/11/2020, a Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara do CARF evidenciou que o princípio da preclusão não pode obstaculizar a busca da verdade material no processo administrativo tributário, sob pena de configuração de enriquecimento ilícito pelo Estado. Outrossim, ressaltou que, caso a matéria não seja suscitada na instância *a quo* e o litígio se encontra em sede recursal, faz-se necessário o retorno dos autos à unidade de origem para avaliação da liquidez e da certeza do crédito tributário, sendo possibilitado ao contribuinte a sua manifestação para fins de esclarecimentos do caso concreto.

Pertinente sublinhar que, no acórdão nº 3302.010.889, de 14/05/2021, a Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara do CARF esclareceu que a busca da verdade material não pode ser utilizada como justificativa para suprir a inércia do contribuinte quando intimado para a comprovação do crédito alegado nos autos processuais e não cumpre os procedimentos. Assim, o contribuinte tem o ônus de provar a liquidez e a certeza do crédito tributário no momento processual adequado.

Importante enfatizar que há várias decisões do CARF que estão em consonância com o acórdão em apreço. Para exemplificar, pode-se citar: - acórdão nº 1201-005.085, de 17/08/2021, proferido, no processo nº 16327.903740/2009-01, pela 1ª Turma Ordinária da Segunda Câmara do CARF, com relatoria de Jeferson Teodorovicz; - acórdão nº 2003-003.037, de 25/02/2021, proferido, no processo nº 12278.000175/2008-10, pela 3ª Turma Extraordinária da Segunda Seção de Julgamento do CARF, com relatoria de Wilderson Botto; - acórdão nº 9303-010.566, de 11/08/2020, proferido, no processo nº 11060.900074/2010-30, pela 3ª Turma/CSRF, com relatoria de Vanessa Marini Cecconello; entre outros.

Porém, a discussão envolvendo o princípio da preclusão e o princípio da verdade material foi apreciada no acórdão nº 9101-002.890, de 07/06/2017, e o seu desfecho não se aproxima do entendimento dos julgadores mais adeptos ao princípio da verdade material. Primeiramente, sobreleva anotar que tal decisão foi prolatada em virtude da interposição de recurso especial de divergência. Para não se alongar acerca do tema, foi decidido, por meio do voto de qualidade, que, ressalvados os casos expressos no art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235, de 1972, não se pode admitir provas carreadas aos autos após a impugnação. A relatora que emitiu o voto vencedor dissertou que a prova documental deve ser apresentada no processo administrativo tributário somente na fase impugnatória, excetuadas as situações previstas em lei.

Ademais, no acórdão supracitado, salientou que as partes envolvidas em um processo administrativo tributário devem cumprir rigorosamente o disposto nas regras jurídicas e que os atos probatórios estão delineados em momentos pré-estabelecidos, sob pena de preclusão. A relatora frisou que a preclusão não é uma sanção, mas sim um mecanismo de proteção do Estado contra a protelação injustificada das partes do processo, permitindo um tratamento mais isonômico e com maior grau de estabilidade jurídica entre elas. Nessa esteira, considera que o princípio da preclusão é compatível com o Estado de Direito e com o devido processo legal.

Também foi discutido no acórdão nº 9101-002.890, de 07/06/2017, se o princípio da preclusão tinha cobertura constitucional, já que parecia afrontar os princípios da ampla defesa e da verdade material. Pois bem, a relatora explicitou que os órgãos administrativos de julgamento não podem afastar a aplicação de dispositivos legais sob fundamento de inconstitucionalidade. No caso específico da preclusão, a relatora sublinhou que o sistema



jurídico era muito claro no tocante às hipóteses que não se submeteriam aos efeitos da preclusão (art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235, de 1972).

Explicou a relatora que as partes em regra solicitaram a anulação da decisão recorrida para que a instância *a quo* apreciasse os fatos considerando as provas extemporâneas. Porém, a alegação de supressão de instância só tem pertinência quando determinados fatos tributários não foram analisados devido a alguma questão prejudicial ou por omissão da decisão, não podendo ser aplicado tal recurso em situações em que se deu a preclusão processual.

Portanto, diante das informações colacionadas dos acórdãos do CARF, observa-se uma discordância entre turmas de julgamento acerca da amplitude de aplicação do princípio da verdade material ao processo administrativo tributário, uma vez que, para alguns julgadores, o exame dos fatos tributários deve ser apreciado em consonância com as regras de preclusão delineadas no arcabouço jurídico. Nesse sentido, estabelece-se um conflito direto entre a preclusão e a busca da verdade material, pois, caso uma prova extemporânea não se enquadre nas hipóteses previstas em lei para fins de afastamento da preclusão, ela não será considerada para efeitos de julgamento do caso concreto, o que pode prejudicar frontalmente a busca da verdade material na seara administrativa tributária.

## 5. CONCLUSÃO

O trabalho visou mostrar a importância do princípio da verdade material no tocante à solução de litígios tributários na seara federal. Para tal, realizou-se um estudo abrangente acerca de vários pontos da temática tributária que possibilitam uma melhor compreensão da busca da verdade material, a saber: - os aspectos gerais do sistema tributário nacional; - as características da administração tributária; - os conceitos e características não só do processo administrativo tributário quanto do procedimento administrativo tributário; - a conceituação e as funções dos princípios jurídicos; - os princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário, com foco no princípio da verdade material; - os elementos caracterizadores da verdade formal e da verdade material; e - discussão acerca dos principais elementos do princípio da preclusão e uma abordagem da interação entre o referido princípio e a princípio da verdade material.

No tocante ao princípio da verdade material, que é o assunto central da pesquisa, consignou-se que a Administração Tributária, por estar atrelada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, deve se nortear, em suas análises, na busca pela realidade fática, ou seja, deve apreciar os fatos como efetivamente ocorreram.

Nesse sentido, as autoridades devem admitir um formalismo moderado na execução dos procedimentos processuais e priorizar a verdade material, uma vez que o ponto fulcral

no processo administrativo tributário consiste em apreciar o nascimento do fato gerador e, por consequência, da obrigação tributária. Note que, no formalismo moderado, as autoridades fiscais devem utilizar recursos que resguardem a segurança jurídica processual e controlem a legalidade do ato administrativo, porém tais recursos não podem constituir óbice à busca da verdade material. Nesse contexto, quando houver a necessidade de esclarecimentos sobre questões atinentes a fatos tributários, as autoridades fiscais devem se basear no princípio da verdade material e, assim, realizar diligências que se fizerem necessárias para um entendimento efetivo dos fatos ocorridos.

Como se dissertou ao longo da exposição textual, a Administração Tributária deve realizar o controle administrativo de seus atos, sobretudo os alusivos a lançamentos tributários, quando verificar, por meio de diligências e documentações, ainda que extemporaneamente, que os eventos incursos nos autos não se associam, de modo claro, à realidade fática. Nessa linha, constatada a impossibilidade de subsunção dos fatos às regras jurídicas, ou seja, observado que inexistiu o fato gerador e, conseqüentemente, não nasceu a obrigação tributária, as autoridades fiscais devem cancelar a decisão que culminou no lançamento tributário ou reformar tal decisão.

Relativamente ao princípio da preclusão, constatou-se que, embora finalize uma fase processual e busque a garantia da segurança jurídica e a redução da protelação injustificada das partes, a preclusão não pode sobrepujar a necessidade de conhecimento dos fatos tributários e, por consequência, a busca da verdade material e da justiça. Portanto, o que deve prosperar é a mitigação do instituto da preclusão no que versa à produção de provas, de modo a permitir às partes, em qualquer fase processual, a juntada de provas aos autos com vistas ao alcance de um resultado útil.

Anota-se que, apesar de a maioria dos julgadores do CARF ampararem as suas fundamentações na busca da verdade material quando analisam as questões litigiosas, há ainda uma parcela minoritária de julgadores do CARF que se ancoram no princípio da preclusão e, assim, decidem que determinadas provas apresentadas extemporaneamente sejam julgadas como preclusas, por não estarem incluídas no rol das exceções previstas em instrumento legal que podem ser protocolizadas em outro momento processual.

Realizando-se uma interpretação de todo o contexto, não se verifica como razoável o modo de as autoridades fiscais julgarem algum caso concreto sem verificarem o que efetivamente ocorreu. Nesse sentido, o princípio da verdade material evidencia-se como imprescindível ao contencioso administrativo tributário, visto que as autoridades fiscais devem apreciar a ocorrência ou não do fato gerador a fim de garantir a legalidade da tributação.

Por outro lado, a preclusão configura um recurso que deve ser utilizado com muita cautela no processo administrativo tributário, uma vez que este deve primar pela pacificação social, pela justiça, pelo interesse público e pelos valores sociais e

democráticos. Frise-se que o processo administrativo tributário deve estar alicerçado nos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e, não, em uma formalidade estabelecida em lei que, em seu âmago, pode ter uma natureza inconstitucional.

## 6. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Vicente Férrer de. **Valoração de provas no processo administrativo tributário e o princípio da verdade material**. Revista Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 jun 2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/44654/valoracao-de-provas-no-processo-administrativo-tributario-e-o-principio-da-verdade-material> Acesso em: 11 jun. 2021.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília (UNB), 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/> Acesso em: 19 set. 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011**. Regulamenta o processo de determinação e de exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira, à classificação fiscal de mercadorias, à classificação de serviços, intangíveis e de outras operações que produzam variações no patrimônio e de outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7574.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7574.htm) Acesso em: 26 set. 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972**. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D70235cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm) Acesso em: 27 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e

Municípios. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5172.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm) Acesso em: 27 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm) Acesso em: 27 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.** Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, alterando o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.218, de 29 de agosto de 1991, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.469, de 10 de julho de 1997, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 10.426, de 24 de abril de 2002, 10.480, de 2 de julho de 2002, 10.522, de 19 de julho de 2002, 10.887, de 18 de junho de 2004, e 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e as Leis nºs 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.116, de 18 de maio de 2005, 11.732, de 30 de junho de 2008, 10.260, de 12 de julho de 2001, 9.873, de 23 de novembro de 1999, 11.171, de 2 de setembro de 2005, 11.345, de 14 de setembro de 2006; prorroga a vigência da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995; revoga dispositivos das Leis nºs 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e 8.620, de 5 de janeiro de 1993, do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, das Leis nºs 10.190, de 14 de fevereiro de 2001, 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.964, de 10 de abril de 2000, e, a partir da instalação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, os Decretos nºs 83.304, de 28 de março de 1979, e 89.892, de 2 de julho de 1984, e o art. 112 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm). Acesso em: 27 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL, Ministério da Economia. **Conselho de Administração de Recursos Fiscais.** Acórdão nº 1201-005.353, de 20/10/2021. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf> Acesso em: 27 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Conselho de Administração de Recursos Fiscais.** Acórdão nº 2301-008.552, de 03/12/2020. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 27 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Conselho de Administração de Recursos Fiscais**. Acórdão nº 3402-007.857, de 17/11/2020. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 27 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Conselho de Administração de Recursos Fiscais**. Acórdão nº 3302-010.889, de 14/05/2021. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 27 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Conselho de Administração de Recursos Fiscais**. Acórdão nº 1201-005.085, de 17/08/2021. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 27 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Conselho de Administração de Recursos Fiscais**. Acórdão nº 2003-003.037, de 25/02/2021. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 27 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Conselho de Administração de Recursos Fiscais**. Acórdão nº 9303-010.566, de 11/08/2020. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 27 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. **Conselho de Administração de Recursos Fiscais**. Acórdão nº 9101-002.890, de 07/06/2017. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 27 abr. 2022.

CALDAS, Adriano Ribeiro. **A prova no processo administrativo tributário**. Revista de Direito. v. 6, n. 02, p. 13-39, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/download/1407/702>. Acesso em: 25 jun. 2021.

CARNEIRO, Cláudio. **Curso de direito tributário e financeiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

\_\_\_\_\_. **Processo tributário**: administrativo e judicial. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FERREIRA, Antônio Cesar Bueno. A preclusão e a verdade material no PAF. I Prêmio CARF de Monografias em Direito Tributário do CARF - 2010. Disponível em: <http://carf.economia.gov.br/publicacoes/monografias/paf-a-preclusao-e-a-verdade-material-no-paf.pdf/view>. Acesso em: 20 mar. 2021.

JANINI, Tiago Cappi; PULCINELLI, Ana Luiza Godoy. A fiscalização tributária e seus limites: uma análise a partir do princípio da legalidade e dos direitos fundamentais do contribuinte. Revista de Direito Tributário e Financeiro. E-ISSN: 2526-0138. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 347-365. Jul/Dez. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitotributario/article/download/1414/pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

LEMES, Giovanni Bugni. Teoria geral do processo. 1. ed. Santa Catarina: Clube de Autores, 2018.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Roberto. Nietzsche e a verdade. 1. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo tributário. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Questões controvertidas no processo administrativo fiscal - CARF. São Paulo: RT, 2012.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Teoria geral do processo. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de direito tributário. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. Direito **Processual tributário**: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REALE, Miguel. Introdução à filosofia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

## **A EFETIVIDADE DA LEI Nº 14.022/20 EM CONSONÂNCIA COM A LEI MARIA DA PENHA AO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA**

**RAFHAELA NOGUEIRA DE ALMEIDA:**

Estudante de Direito, Universidade Brasil-  
Campus Fernandópolis- SP<sup>122</sup>.

**ELOISA DA SILVA COSTA**

(orientadora)

**RESUMO:** No ano de 2019, o mundo foi acometido pela pandemia do covid-19, onde, concorrentemente, houve também o aumento da violência contra a mulher nesse período, sendo imprescindível para a proteção de tais mulheres em caso de vulnerabilidade a sanção da Lei nº 14.022/20. O objetivo deste trabalho é demonstrar o aumento da violência doméstica no estado de São Paulo durante a pandemia do covid-19 e a efetividade da nova Lei nº 14.022/20 em consonância com a Lei nº 11.340/06.

**Palavras-chave:** Violência contra mulher, Covid-19, Lei 14.022/20.

**ABSTRACT:** In 2019, the world was affected by the covid-19 pandemic, where, concurrently, there was also an increase in violence against women in this period, being essential for the protection of such women in case of vulnerability to the sanction of Law No. 14.022/20. The objective of this work is to demonstrate the increase of domestic violence in the state of São Paulo during the covid-19 pandemic and the effectiveness of the new Law nº 14.022/20 in line with Law nº 11.340/06.

**Keywords:** Violence against women, Covid-19, Law 14.022/20.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A importância da lei para as mulheres. 2.1 Histórico de criação da lei Maria da Penha. 2.1.1.O conceito de violência doméstica e sua abrangência. 2.2 O âmbito doméstico e familiar. 2.3 As formas de violência doméstica previstas na lei Maria da Penha. 2.4. A violência doméstica e o isolamento. 3.Considerações finais. 4. Referências

### **1. Introdução**

Devido ao novo coronavírus e ao aumento da violência doméstica no estado de São Paulo durante a pandemia e a sanção da Lei nº 14.022/20 é que se propõe a pesquisa aqui apresentada. A Lei Maria da Penha trouxe mudanças significativas no que se refere às medidas de enfrentamento a violência doméstica. De acordo com dados divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, tem aumentado cada dia mais a taxa de violência contra mulheres no âmbito familiar, devido ao isolamento social que o estado de São Paulo

---

122 **Email:** [rafaela.nogueira1703@hotmail.com](mailto:rafaela.nogueira1703@hotmail.com)



vem enfrentando. Nesse sentido, foi promulgada a Lei nº 14.022/20, impondo medidas para assegurar a vida dessas vítimas de violência doméstica durante a pandemia. O trabalho pretende demonstrar o aumento da violência doméstica contra mulheres durante a pandemia no estado de São Paulo, e discutir sobre as medidas de enfrentamento a essa violência, e analisar se a Lei nº 14.022/20 está sendo realmente eficaz durante a pandemia do covid-19. O objetivo principal do trabalho é demonstrar o aumento da violência doméstica no estado de São Paulo durante a pandemia do covid-19 e a efetividade da nova Lei nº 14.022/20 em consonância com a Lei nº 11.340/06. A pesquisa aqui proposta pretende responder, o mais precisamente possível, as questões seguintes, constituintes do problema, quais sejam: Qual a taxa de aumento da violência doméstica durante a pandemia do covid-19? A nova lei sancionada - nº 14.022/20 - está sendo realmente efetiva no combate à violência doméstica durante a pandemia? E a Lei nº 14.022/20 está em consonância com a Lei Maria da Penha?

## **2. A importância da lei para as mulheres**

A lei nº 11.340/06 conhecida como Lei Maria da Penha foi criada com o intuito de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226, § 8º da Constituição Federal, dispondo sobre a eliminação de todas as formas de violência contra a mulher, da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

No mesmo sentido, foi promulgada a Lei nº 13.104/15, a qual foi inserida no Código Penal, em seu artigo 121, VI, como qualificadora do crime de homicídio, discorrendo sobre o homicídio contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. No ano de 2020, devido a pandemia e ao crescente aumento de casos de violência doméstica, foi sancionada a Lei nº 14.022/20 que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres, bem como o enfrentamento das violências contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e com deficiência, durante a pandemia.

A referida lei estabelece que enquanto durar o estado de emergência de saúde decorrente do novo coronavírus, os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas devem ser mantidos. A lei também determina que o registro de ocorrência poderá ser realizado por meio eletrônico ou por telefone. Além disso, afirma que o poder público deverá adotar as medidas necessárias para garantir a manutenção do atendimento presencial.

Assim, pesquisas feitas recentemente (WAISELFISZ, 2015; CERQUEIRA et al., 2019; FBSP, 2020) revelam que o lar é um lugar significativo de ocorrência da violência contra as mulheres, sendo o direito à propriedade privada um dos direitos fundamentais assegurados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Sendo assim, Arendt (2007, p. 81) ressalta que: “as quatro paredes da propriedade particular de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum – não só contra tudo o que nele ocorre, mas também contra a sua própria publicidade, contra o fato de ser visto e ouvido”, sendo um lugar privado no qual é possível nos escondermos. Esse esconderijo tem, portanto, duas faces: protege a individualidade e a privacidade, porém permite que violências aconteçam, e continuem sendo pensadas como pertencentes ao âmbito particular, já que ocorrem dentro de casa. De acordo com o fórum Brasileiro de Segurança Pública, no estado de São Paulo, os atendimentos da Polícia Militar a mulheres vítimas de violência aumentaram 44,9%, pois, embora a quarentena seja a medida mais segura, necessária e eficaz para minimizar os efeitos diretos da Covid-19, o regime de isolamento tem imposto uma série de consequências não apenas para os sistemas de saúde, mas também para a vida de milhares de mulheres que já viviam em situação de violência doméstica. Sem lugar seguro, elas estão sendo obrigadas a permanecer mais tempo no próprio lar junto a seu agressor, muitas vezes em habitações precárias, com os filhos e vendo sua renda diminuída. Uma das consequências diretas dessa situação, além do aumento dos casos de violência, tem sido a diminuição das denúncias, uma vez que em função do isolamento muitas mulheres não têm conseguido sair de casa para fazê-la ou têm medo de realizá-la pela aproximação do parceiro segundo Bianchini, Bazzo e Chakian (2021):

[...] O aumento das tensões do convívio forçado, os problemas financeiros, o maior isolamento dessas meninas e mulheres dentro de casa, sem acesso aos espaços de convivência tradicionais, como escolas, além do abuso de álcool e drogas, foram fatores que contribuíram para a maior exposição dessas vítimas a violência e abusos sexuais, lembrando que infelizmente, no nosso país, para milhares de meninas e mulheres, casa não é sinônimo de lar, mas sim de espaço de medo, insegurança e violência.

## **2.1 Histórico de criação da Lei Maria da Penha**

Como dito anteriormente, não faz muito tempo que a violência contra a mulher é considerada, de fato, um crime. Quando da descoberta do Brasil, onde vigoravam, aqui, as Ordenações Filipinas, a única realidade que conhecia a mulher era a de estarem sujeitas ao poder disciplinar dos pais ou maridos. Constava da parte criminal das Ordenações, justamente, que aqueles que ferissem as mulheres com pau ou pedra, bem como aqueles que castigassem suas mulheres, desde que moderadamente, eram isentos de pena.

Além disso, o mesmo texto legal permitia que o homem matasse sua mulher em caso de adultério – o adultério sequer precisava ser confirmado, bastava uma desconfiança do fato (RODRIGUES, 2003). E após 350 anos de vigência das Ordenações Filipinas no Brasil, as coisas até evoluíram, mas estavam longe de serem justas. Passaram pela legislação criminal, no tema, os códigos penais de 1830, 1890 e 1940 e todos, de alguma forma, permaneceram alimentando as desigualdades de gênero e utilizando-se do Direito para legitimar os discursos da sociedade patriarcal e machista. Passaram-se as prisões de mulheres por casos de adultério, as brechas dos códigos para que sobreviessem teorias jurídicas que permitissem o assassinato de mulheres, tais como as figuras dos “crimes de paixão” e da “legítima defesa da honra”, dentre outras questões abusivas.

Sem sombra de dúvidas, a edição da Lei Maria da Penha foi um dos maiores e mais significativos marcos na história brasileira da luta pelos direitos das mulheres. Mas a luta para que a Lei passasse a vigorar foi árdua e durou muitos anos. O primeiro marco na luta foi a Organização Não Governamental (ONG) CEPIA que, em 2002, juntamente com representantes das organizações CFEMEA, AGENDE, CLADEM e THEMIS estudaram a elaboração de uma proposta de adequação legislativa que tratasse dos crimes de violência doméstica, conforme já previa a Constituição Federal, em seu art. 226, parágrafo 8º e a Convenção de Belém do Pará. Da mesma forma, a Convenção de Belém do Pará, da qual o Brasil é signatário desde 1995, tratava especificamente sobre a violência contra a mulher, e enquadrava essa violência como uma ofensa à dignidade humana e manifestação das relações de poder desiguais entre homens e mulheres, desigualdade essa, como se sabe, histórica. A ratificação de Convenção pelo país gera, ao Estado-Parte, a obrigação de cumprimento das diretrizes do documento. Nesse caso, o documento ratificado se trata, justamente, de modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes que permaneçam legítima a violência contra a mulher.

Ou seja, ao ratificar a Convenção de Belém do Pará, o Brasil afirmou o compromisso de atuar conforme as diretrizes desse documento e, conseqüentemente, de enfrentar a violência doméstica. Contudo, até ser efetivamente forçado a modificar as leis desiguais, o Estado não tomou maiores providências. E quem tomou a linha de frente nessa luta para tentar obrigar o Estado brasileiro foram as mulheres representantes das ONGS supramencionadas, mas, além delas, houve um episódio especial que deu a força que o movimento precisava: o caso de Maria da Penha Fernandes.

Conforme explica Dias (2015, p. 15), em 1983, Maria da Penha Fernandes sofreu tentativa de homicídio de seu esposo. Enquanto dormia, o marido atirou em suas costas. O tiro não a matou, porém, a deixou tetraplégica. Na ocasião, o marido alegou que a situação era consequência de tentativa de roubo à residência do casal, e eximiu-se de culpa. Quando se recuperou, ao voltar para casa, Maria da Penha foi mantida em cárcere privado pelo marido, sofrendo diversas agressões, até que sobreveio segunda tentativa de

homicídio apenas duas semanas após a primeira: o marido tentou eletrocutá-la (DIAS, 2015). Diante disso, Maria da Penha tomou coragem para denunciar as agressões que vinha sofrendo. Conforme relata Dias (2015,p.15) :

[...]. Durante o casamento, Maria da Penha sofreu repetidas agressões e intimidações. Nunca reagiu por temer represália ainda maior contra ela e as filhas. Somente depois de ter sido quase assassinada, por duas vezes, tomou coragem e decidiu fazer uma denúncia pública. Nesse período, com muitas outras mulheres, Maria da Penha denunciou as agressões que sofreu. [...] (DIAS, 2015,p.15).

Não restavam dúvidas da autoria do crime e da motivação. Segundo testemunhas, semanas antes da tentativa de homicídio, o esposo de Maria da Penha a pediu que fizesse um seguro de vida em seu favor, além de ter feito com que Maria da Penha assinasse documento de venda de seu carro sem que constasse o nome do comprador. Ainda, após as agressões, Maria da Penha descobriu que o esposo era bígamo e possuía um filho com a outra companheira (SOUZA; BARACHO, 10 2015). Contudo, mesmo com toda essa situação, quinze anos após as agressões ainda não havia sentença condenatória nos Tribunais brasileiros e o agressor se encontrava em liberdade. De acordo com as palavras da própria Maria da Penha Fernandes, citada na obra de Dias (2015, p. 17, grifo da autora):

[...] Como nenhuma providência foi tomada, chegou a ficar com vergonha e a pensar: se não aconteceu nada até agora, é porque ele, o agressor, tinha razão de ter feito aquilo. Ainda assim não se calou. Em face da inércia da Justiça, escreveu um livro, uniu-se ao movimento de mulheres e, como ela mesma diz, não perdeu nenhuma oportunidade de manifestar sua indignação (DIAS, 2015, p. 17).

Por esta razão, em 1998, Maria da Penha e duas Organizações Não Governamentais, quais sejam, CEJIL e CLADEM, entraram com uma petição que denunciava o Estado brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. Na denúncia, alegavam a tolerância do Estado com a violência doméstica, a qual o mesmo Estado tinha se comprometido a combater quando virou signatário da Convenção de Belém do Pará, como visto anteriormente. O Estado brasileiro não respondeu a denúncia.

Assim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu, conforme consta em seu relatório 54/01, que o Estado brasileiro violou os direitos às garantias judiciais e a proteção judicial em prejuízo de Maria da Penha, e que tal violação ocorreu como parte de um padrão discriminatório contra as mulheres no país (DIAS, 2015, p. 16). Diante disso, o Estado brasileiro foi condenado a pagar indenização à Maria da Penha, bem como foram feitas recomendações ao Estado para regularizar a situação, de forma a compelir o Brasil a criar uma legislação específica que promovesse a prevenção e a proteção efetiva das

mulheres em situação de violência. Esse sistema de proteção internacional foi decisivo para a edição da Lei específica que trata da temática, bem como também foi decisivo na criação de delegacias especializadas, Casas Abrigos, entre outras medidas de apoio e combate.

Após o episódio de Maria da Penha, o grupo de representantes do Consórcio de ONGs elaborou uma minuta de anteprojeto que, de acordo com as proponentes, nada mais era que um início de discussão. Segundo elas, o debate do tema deveria ser ampliado aos movimentos de mulheres e aos parlamentares e membros da magistratura, entre outros membros sociais.

O anteprojeto elaborado pelas representantes do Consórcio de ONGs trouxe as seguintes propostas: a) Conceituação da violência doméstica contra a mulher com base na Convenção de Belém do Pará, incluindo a violência patrimonial e moral; b) A criação de uma Política Nacional de combate à violência contra a mulher; medidas de proteção e prevenção às vítimas; c) Medidas cautelares referentes aos agressores; d) Criação de serviços públicos de atendimento multidisciplinar; e) Assistência jurídica gratuita para mulheres; f) Criação de um Juízo Único, com competência cível e criminal através de Varas Especializadas, para julgar os casos de violência doméstica contra as mulheres e outros relacionados; g) Não aplicação da Lei 9.099/1995 – Juizados Especiais Criminais – nos casos de violência doméstica contra as mulheres.

A proposta do anteprojeto foi apresentada à Bancada Feminina em 11 de novembro de 2003, no Seminário promovido para debater a violência doméstica contra as mulheres na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2017). Já no início de 2004 o anteprojeto chega nas mãos da Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM), a qual instituiu um Grupo de Trabalho pelo Decreto 5.030/2004, para a elaboração de proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra as mulheres (PIMENTEL, 2009). Só assim, através da iniciativa do Consórcio de ONGs, que resultou no referido anteprojeto, foi que o Estado brasileiro cumpriu o compromisso firmado internacionalmente de combater a violência doméstica contra a mulher. O Grupo de Trabalho deu sequência aos debates da temática para promover a criação de uma lei específica. O Grupo foi composto por diversos Ministérios e Secretarias que possuíam vínculo com o Poder Executivo, mas também contou com abertura para a participação de organizações da sociedade civil e outras entidades interessadas (PIMENTEL, 2009).

O grupo interministerial, no entanto, não contemplou todas as exigências contidas no anteprojeto, tendo mantido a apreciação da matéria pelo Juizados Especiais, bem como não acatou a sugestão de unificar as varas cível e criminal que tratassem da violência contra a mulher. Contudo, tais exigências eram importantes e tinham seus fundamentos. Quando o anteprojeto, finalmente, chegou ao Legislativo, o Projeto de Lei recebeu o n. 4.559/04 na

Câmara dos Deputados e foi distribuído para as Comissões de Seguridade Social e Família, Comissão de Finanças e Tributação, bem como à Comissão de Justiça e Cidadania.

A primeira Comissão, qual seja, a de Seguridade Social e Família, optou por ampliar o debate para a sociedade por meio de audiências públicas que foram realizadas em diversos estados. Nessas audiências, a realidade da violência contra a mulher mostrou seu rosto, e a complexidade do tema veio à tona, tanto pelos estudos apresentados, quanto pelos depoimentos de mulheres que viviam situações de violência (PIMENTEL, 2009).

Tais audiências resultaram numa ampliação das exigências que deveriam conter na Lei a ser editada, gerando um substitutivo que continha diversas inovações, tais como: a) Afastamento definitivo da Lei n. 9.099/1995 dos casos de violência doméstica; b) Criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência unificada; c) Vedação da aplicação de penas de prestação pecuniária de cesta básica; d) Inclusão do dano moral e patrimonial no conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher; e) Reforço nas Delegacias de Atendimento à Mulher; f) Possibilidade de Inclusão das vítimas em programas assistenciais do governo, entre outros; g) Substituição do termo “medidas cautelares” por “medidas protetivas”; h) Criação de centros de atendimento psicossocial e jurídico, casas abrigo, delegacias especializadas, núcleos de defensoria pública, entre outros serviços de atendimento; i) obrigatoriedade do comparecimento do acusado a programas de recuperação e reeducação, entre outros. O Projeto foi encaminhado ao Senado Federal após os tramites necessários como PLC n. 37 de 2006, e a única exigência social, à essa altura, era que este tivesse uma tramitação rápida. Moções com milhares de assinaturas foram encaminhadas e anexadas ao processo no Senado (BRASIL 2017). Até mesmo vigílias em prol da aprovação do projeto foram organizadas pelos movimentos feministas em diversos estados, até que o projeto fosse aprovado, tornando-se a conhecida Lei n. 11.340/2006, objeto dessa pesquisa, denominada Lei Maria da Penha para homenagear Maria da Penha Fernandes que, conforme já visto, lutou com toda a força para combater a violência doméstica.

### **2.1.1 O conceito de violência doméstica e sua abrangência**

Até o advento da Lei Maria da Penha, a violência doméstica, no Brasil, era conceituada como uma forma de violência física, que poderia ser sofrida por qualquer pessoa, desde que no âmbito doméstico. Tal conceituação advinha da existência do texto legal do parágrafo 9º, do art. 129 do Código Penal, que dispunha a violência doméstica como uma agravante de pena do crime de lesão corporal:

Lesão corporal

“Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um a um ano." (Decreto-Lei nº 2.840, de 07 de dez.1940)

### Violência Doméstica

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo -se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano. § 10. Nos casos previstos nos §§ 1o a 3o deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9o deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).<sup>123</sup>

Essa previsão no Código Penal não existiu desde a instituição desse diploma. Em verdade, a violência doméstica foi incluída pela Lei n. 10.886/2004, que surgiu como uma tentativa falha do Estado brasileiro em remediar a inexistência de previsão legal da violência doméstica, atendendo aos movimentos sociais (BRASIL, 2017). Contudo, por óbvio, a referida Lei não foi capaz de satisfazer a reivindicação dos movimentos feministas e da comunidade internacional, pois previa a violência doméstica de forma extremamente rasa, considerando, somente, a lesão física, e afastando do cerne da questão a figura da mulher, pois abrangia qualquer indivíduo que sofresse violência no âmbito doméstico. A Lei Maria da Penha veio, justamente, para corrigir tal erro (BRASIL, 2017). De acordo com o art. 5º da Lei Maria da Penha, tem-se que:

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

---

123 Alteração dada pela lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, que criou mecanismos objetivando coibir a violência no âmbito doméstico e familiar contra a mulher.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

De acordo com o “caput” do supracitado artigo, entende-se que o conceito de violência doméstica é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico ou dano moral ou patrimonial à mulher (BRASIL, 2006). Tem-se, portanto, que a violência doméstica e familiar é considerada como uma violência de gênero. Como bem ensina a doutrinadora Hermann (2012, p. 99):

“a perfeita compreensão conceitual exige a retomada da categoria gênero [...]. A expressão define diferenças e distinções sociais e culturais decorrentes das diferenças entre os sexos, que variam em cada [...] cultura”.( Hermann,2012,p.99)

Desta forma, torna-se indispensável, para o correto entendimento da lei, compreender sua abrangência. Aqui, incluem-se não apenas atos e omissões que sejam decorrentes da conjugalidade, mas todos os atos ou omissões que sejam derivados de diferenças discriminatórias ligadas à condição de mulher da vítima. Portanto, abrange-se, na proteção da Lei, a mulher adulta, a mulher criança, a mulher adolescente, a mulher idosa, etc (HERMANN, 2012).

Da mesma forma, sendo a vítima uma mulher, que sofre violência por sua condição de gênero, qualquer pessoa pode cometer tal violência. Conforme ensina Hermann (2012, p. 99), os atos abusivos devem ser decorrentes da condição feminina, “[...] não importando se o agressor é homem ou outra mulher”. A limitação para o enquadramento no delito é, somente, a violência com base no gênero feminino e, além disso, a ocorrência da violência no âmbito doméstico e familiar.

Percebe-se que a Lei Maria da Penha inseriu em seu âmbito de proteção, não somente a figura da mulher, mas também, a própria entidade familiar (DIAS, 2015). O problema da violência doméstica saiu do âmbito privado e passou a ser um problema do próprio Estado, pois compreendeu-se que, em tal modalidade de violência, não ocorre somente com a vítima do delito, mas sim, que a violência sofrida passa de geração em geração, tornando-se um problema de todos (LIMA, 2013). Em resumo, a violência doméstica conceituada pela Lei Maria da Penha tem como pontos de limitações à violência cometida com base no gênero, bem como a necessidade de ocorrer no âmbito doméstico e familiar, ou por relações domésticas e familiares, conforme dispõem os incisos do art. 5º da referida Lei supramencionada. Sobre a delimitação desses conceitos, trata-se a seguir.

## **2.2 O âmbito doméstico e familiar**

Os incisos I, II e III do art. 5º, já mencionados no tópico anterior, é que dão as diretrizes para se compreender o que se considera, pela Lei, violência doméstica e familiar.



O primeiro inciso traz que a violência será considerada doméstica quando ocorrer no âmbito da unidade doméstica, que é compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas que tenham, ou não, vínculo familiar, incluindo-se aí as pessoas esporadicamente agregadas ao âmbito familiar.

De acordo com Lima (2013, p. 65), compreende-se que esse inciso dispõe sobre pessoas que convivam “[...] em típico ambiente familiar, como se fosse uma família, mas não necessariamente sendo uma”. Dias (2015, p. 46) completa dizendo que “a expressão unidade doméstica deve ser entendida no sentido de que a conduta foi praticada em razão dessa unidade da qual a vítima faz parte”. Trata-se do espaço comum de convívio de pessoas agregadas, seja efetivamente uma família, seja uma república estudantil, seja um pensionato, convento, entre outros lugares.

A Lei delimita, aqui, da violência cometida no espaço de convívio dessas pessoas. O doutor autor Nucci (2010), ao discorrer sobre o tema, alerta para a importância de entender a vítima da violência como parte da relação familiar. Isto porque não faria sentido que qualquer mulher que, bastando estar na residência de alguém, se visse protegida por esse dispositivo legal. O segundo inciso trata do “âmbito familiar”, compreendido como a comunidade formada por indivíduos que são ou, ao menos, se consideram aparentados, unidos por laços naturais, afinidade ou mesmo, vontade. Aqui, a lei trata de colocar todos os tipos possíveis de família.

A violência disposta no referido inciso trata daquela violência praticada no seio da família, seja essa família unida pelo casamento entre um homem e uma mulher, ou pelo casamento homoafetivo, ou uma família anaparental ou mesmo uma família paralela (DIAS, 2015). Basta que indivíduos que se considerem família estejam envolvidos no delito para que este se configure. Por fim, o inciso três traz uma abrangência ainda maior da Lei, ao considerar como violência doméstica aquela cometida em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de qualquer coabitação. Ensina Lima (2013, p. 66) a respeito da abrangência do termo:

[...] A relação íntima de afeto é o relacionamento estreito entre duas pessoas, fundado em amizade, amor, simpatia, dentre outros sentimentos de aproximação. Esse dispositivo traz uma gama enorme de interpretação. Pelo seu sentido literal, qualquer relação entre namorados ou ex-namorados que agredissem suas namoradas estaria inserida nessa lei [...].(Lima, 2013,p.66)

E, de fato, a gama de interpretação é extensa, e tal fato gerou bastante resistência. Porém, após diversos debates, pacificou-se o entendimento de que o dispositivo deve ser aplicado, inclusive, às relações de namoro. Isto porque, conforme ensina Dias (2015, p. 49)

“até mesmo os vínculos afetivos que refogem ao conceito de família e de entidade familiar não deixam de ser marcados pela violência.

Mesmo que não vivam sob o mesmo teto, havendo violência, merece a mulher o abrigo da Lei Maria da Penha”. Além de todo o exposto, conforme trata Dias (2015, p. 44), para se chegar ao correto conceito de violência doméstica, é necessário conjugar o texto legal disposto no art. 5º da Lei, aqui já abordado, com o texto legal do art. 7º da mesma Lei, que dispõe, de forma pormenorizada, sobre as formas de violência. Sobre esse artigo, discorre-se a seguir.

### **2.3 As formas de violência doméstica previstas na Lei Maria da Penha**

As formas de violência doméstica também são trazidas pela lei. Na conceituação empregada pelo art. 5º, já tratado anteriormente, vislumbrou-se que seria considerado, para fins de configuração do delito, a violência física, sexual, psicológica, moral ou patrimonial. O art. 7º da mesma Lei, por sua vez, trata de forma específica cada um dos tipos de violência trazidos pelo art. 5º, de forma a sanar possíveis dúvidas de conceituação:

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

- I - A violência física, [...]
- II - A violência psicológica [...]
- III - a violência sexual, [...]
- IV-A violência patrimonial, [...]
- V- A violência moral, [...]

A utilização do termo “entre outras” no caput do artigo supracitado, segundo Dias (2015, p. 65), significa que o rol de ações de que trata o artigo não é exaustivo. Isto, contudo, não compromete de forma alguma a higidez do dispositivo. O legislador se preocupou em não esgotar as formas de violência por reconhecer a complexidade da matéria, e buscou fugir de cometer injustiça ao engessar o Direito. Segundo ensina Hermann (2012, p. 105), as definições de violência trazidas pela Lei não possuem um escopo criminalizador, pois não definem tipos penais. “Sua função, no contexto misto da lei, é delinear situações que implicam em violência doméstica e familiar contra a mulher, para todos os fins da Lei Maria da Penha, inclusive para a agilização de ações preventivas e protetivas”, nas palavras da autora.

O primeiro inciso traz a previsão de violência física, que trata de qualquer conduta que venha a ofender a integridade corporal da mulher. Ainda que não deixe marcas

aparentes, conforme ensina Dias (2015, p. 66), o uso da força física que ofenda o corpo ou a saúde da mulher constitui violência física. Não só a integridade física, mas a saúde corporal da mulher é protegida. Assim, não apenas arranhões, queimaduras, hematomas são considerados violência física, mas também, o estresse crônico que gera dores de cabeça, fadiga, dores, entre outros sintomas físicos (DIAS, 2015). Condutas omissivas que ofendam, de qualquer forma, a saúde corporal da mulher também é considerada violência doméstica.

A exemplo, privação de alimentos, negligência de tratamento médico, entre outras questões, também são amparadas pela Lei (HERMANN, 2012). O inciso dois, por sua vez, traz a questão da violência psicológica, como sendo qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (BRASIL, 2006).

A violência psicológica prevista no dispositivo consiste na agressão emocional que, segundo Dias (2015, p. 67), “[...] é tão ou mais grave que a violência física”, e sua justificativa se encontra na negativa, ou no impedimento à mulher de exercer sua liberdade individual, alicerçada na condição de alteridade desta em relação ao agressor. A conduta típica consiste em ameaças, insultos, ironias, chantagens, vigilância contínua, perseguição, depreciação, isolamento social forçado, entre outros. Diz Hermann (2012, p. 106), é tudo que “[...] implica em lenta e contínua destruição da identidade e da capacidade de resistência da vítima, sendo comum que progrida para prejuízo importante à sua saúde mental e física”. Com o advento da Lei n. 13.772/2018, ainda, passou-se a compreender a violência psicológica contra a mulher praticada como uma violência doméstica quando caracterizada a violação da intimidade da mulher (BRASIL, 2018).

A violência psicológica tem seus alicerces nas relações desiguais de poder entre os sexos. É a mais frequente e a menos denunciada das violências, bem como a mais difícil de ser percebida, mesmo pela própria vítima (DIAS, 2015). Um outro tipo de violência vem previsto no inciso terceiro e diz respeito à violência sexual. Esse tipo de violência consiste em constranger a mulher presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. Nesse tipo de violência encaixa-

se o conhecido “débito conjugal”, horrível expressão que diz respeito à ideia de que a mulher tem a obrigação de manter relações sexuais com o marido.

Além disso, também entra aqui o induzimento, mediante vício de vontade, ao sexo ou práticas que contrariem a livre expressão dos desejos sexuais da mulher (HERMANN, 2012). Enfim, todo tipo de violência relacionada a sexualidade da mulher. O inciso quarto traz a violência patrimonial, que é compreendida como conduta que configure a retenção, subtração, destruição de seus objetos, instrumentos de trabalhos, documentos, etc. Conforme ensina Hermann (2012, p. 110), a violência patrimonial é uma forma de manipular a vítima para subtrair sua liberdade. Pode se dar por diversos motivos, tal como, por exemplo, uma negação do agressor em entregar à vítima seus bens e documentos, como forma de obrigá-la a permanecer no relacionamento quando esta decide se retirar.

Por fim, o inciso quinto traz a figura da violência moral, que é a conduta que configura calúnia, difamação ou injúria à vítima. Nada mais é que a desmoralização da vítima. Hermann (2012, p. 110) ainda traz que a calúnia é entendida como a imputação falsa de crime à vítima; por difamação, entende-se a falsa atribuição, perante terceiros, de atos e condutas que atinjam a honra da vítima; e por injúria, entende-se a ofensa ou insulto proferido pessoalmente à vítima. Todas essas condutas, entre outras possíveis formas de violência, se praticadas no âmbito doméstico e familiar como previsto no tópico anterior, e contra a mulher por sua condição de gênero, como também já tratado anteriormente, serão reconhecidas no âmbito da Lei Maria da Penha, e não em sede de Direito Penal puro (DIAS, 2015). Nestes casos, poderão gerar o aumento de pena previsto no art. 61, inciso II, alínea “f” do Código Penal, bem como a adoção de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha.

Além disso, ainda que o crime se trate de delito de menor potencial ofensivo, não estará sujeito à apreciação do Juizado Especial Criminal, mas sim, tramitará perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – ou das Varas Criminais, onde não se encontrem instalados os Juizados especializados (DIAS, 2015).

#### **2.4. A violência doméstica e o isolamento**

A questão do combate à violência doméstica precisa ser intensificada, pois esse problema insiste em permanecer na sociedade, trazendo transtornos para as famílias. É importante destacar que, para Vieira e Garcia (2020) a relação entre o isolamento social causado pela pandemia e a violência doméstica, coletando dados que expõe o quanto os números de violência aumentaram de acordo com a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos. As autoras mostram que mesmo as mulheres sendo chefes de família, sustentando-a em todos os âmbitos financeiro, econômico e possuindo outras responsabilidades elas ainda assim, não estão livres da violência e dos abusos de companheiros e ex-companheiros.

O maior relato que comprova isso é a demonstração de que mais de oito em cada dez vítimas, sofrem exatamente por causa do esposo, namorado ou antigos parceiros (VIEIRA E GARCIA, 2020). Ainda, salientam as mesmas autoras que as estratégias devem ser elaboradas e uma deve complementar a outra. Para isso, é fundamental que seja criado e desenvolvido um treinamento para que exista uma linha de frente responsável por esses casos no período da pandemia.

O Brasil poderia também acompanhar o modelo de outros países como a França, visto que as mulheres podem denunciar na farmácia através de códigos de comunicação. Ademais, o uso dos meios virtuais para realizar denúncias devem ser encorajados. (VIEIRA; GARCIA, 2020) No caso do Brasil, bem como no Distrito Federal, o problema não se limita apenas ao fato da vítima denunciar ou não, pelo contrário, vai além, mostrando que vários fatores internos e externos nos órgãos públicos e na efetivação prática da lei brasileira, as forças políticas acabam e o medo da impunidade caso os crimes sejam denunciados acaba influenciando negativamente na realização ou não de denúncias. Consoante com as informações obtidas a partir da pesquisa de Barbosa (2020), em muitos casos tanto a população em geral, como algumas pessoas que atuam dentro do sistema jurídico, mais precisamente pelo sistema penal, acabam agindo de acordo com o não reconhecimento desses crimes em determinados casos. Isso acontece, de acordo com autor, exatamente porque dentro do contexto familiar existem várias nuances e adversidades que acabam influenciando.

Nesses casos, muitos pensamentos, particularidades e acontecimentos pode influenciar na decisão da mulher em denunciar ou não, ou depois que denunciar se arrepende de ter feito. Muitas consideram várias questões, a exemplo de que algumas possuem medo de não dar certo a sua denúncia, ou pelo simples fato de viver dependente financeiramente ou está inserida desde sempre em uma cultura de submissão ao seu marido. Outras, pensam na realidade de seus filhos que dependem vez ou outra de uma relação amistosa entre o casal, algumas pensam em fugir e desaparecer com os filhos e entre vários outros casos (BARBOSA, 2020). Isso pode ser muito bem definido, porque outras pessoas da família preferem não interferir mais na relação pode ter já envolvido no problema e a mulher mesmo assim continua naquela relação, também por causa que a própria sociedade desestimula a ação com achismos do senso comum e tradicionais, como é o famoso caso da falácia de que “ninguém mete a colher em briga de marido e mulher”.

Cacique e Furegato (2006) expõem vários tipos de violência contra a mulher, em especial quando os autores dão determinada ênfase na violência doméstica e intrafamiliar as autoras destacam que elas podem vir de várias formas como é o caso da violação, maltrato físico, psicológico, econômico e ao citarem Garcia e Heise (2002), fica evidenciado a mesma constatação de que na maioria das vezes ou a mulher é emocionalmente envolvida ou depende economicamente do agressor. Essas duas questões, são dois fatores

bastante fortes na contribuição da permanência da mulher da determinada relação. O que por consequência vai poder gerar problemas nas vítimas como o caso das lesões físicas, distúrbios ou problemas sexuais, problemas psicológicos e comportamentais por parte da vítima. Além da vítima direta, os filhos que visualizam as determinadas cenas de violência serão afetados posteriormente, causando depressão, ansiedade e problemas no desenvolvimento cognitivo (CASIQUE. FUREGATO, 2006) O que mostra que os efeitos dessas agressões e da violência doméstica e contra a mulher em geral tem efeitos drásticos para o poder público. Visto que acaba criando uma extrema necessidade da existência de aparatos tanto sociais como jurídicos. Fazendo com que as vítimas tenham todo um suporte social através do CRAS, CREAS com o suporte da assistência social e da psicologia social, bem como, a existência da necessidade extrema de um suporte com o Ministério Público, a assistência jurídica e a equipe de atendimento multidisciplinar.

Com relação aos mecanismos de proteção da lei 11.340/06, mais especificamente no art. 22, após ser constatado a prática da violência doméstica o sujeito, caso possua arma, deve ter a suspensão da posse, se afastar do lar que vive a vítima, além de não poder ter contato com a vítima, testemunhas, como também poderá perder o direito de ver os filhos e deverá ter acompanhamento psicossocial ou passar por programas de reeducação. Mas isso é o que diz a Lei no papel, todavia na prática a situação fica mais dificultada, ocorrem diariamente vários fatos e crimes mesmo quando existem medidas protetivas. A exemplo informativo, uma matéria da Rede globo que revela a situação de uma mulher que mesmo com duas medidas protetivas o seu ex-parceiro continua enviando ameaças de morte, dizendo que vai invadir a casa dela e atirar matando todos.

São vários os relatos de casos de mulheres casadas com agressores que já foram assassinadas nessas situações (ROQUE, 2020). As medidas protetivas podem ter prazo ou não, e um juiz pode requisitar a força policial. Quando um sujeito desrespeita essas medidas, ele está cometendo um crime previsto no art. 24 da lei 11.340/06. Todavia, nesse meio tempo na prática é visivelmente possível que mesmo com todas essas leis e artigos previstos na Lei Maria da Penha, a prática não é tão eficaz. O que mostra a necessidade das vítimas, em alguns casos, terem um acompanhamento policial constante, seria mais útil que em caso de violência e existindo uma medida protetiva a necessidade de haver um patrulhamento e acompanhamento policial na residência da vítima algumas vezes por semana para exatamente evitar que aconteça algo pior.

Isso porque mesmo o agressor desrespeitando a Lei continuando com ameaças e outras atitudes, ele pode ficar preso até dois anos. Mas se ele cometer um crime mais grave que tire a vida da mulher a situação pode piorar, porém, a vítima já estará assassinada. Moraes (2012) compreende que, é crucial que exista um acompanhamento eficaz, mas a realidade é que no Brasil, diferente de alguns países, ficam limitados e não podendo ter um patrulhamento para todas as vítimas em casos especiais, seja por corrupção, déficits

nas contas públicas, falhas na implementação de recursos e entre outros fatores que acabam fazendo com que o Estado seja ineficiente.

Para analisar os resultados da Lei nº 11.340/06, Garcia (2013) fez uma coleta de dados que confirmam, a afirmação anterior e a realidade repetida em vários casos como a demonstrada na reportagem, de que a lei não está sendo eficaz na prática. Isso porque, de acordo com Garcia (2013) a mortalidade de mulheres por agressões antes da Lei Maria da Penha a cada cem mil habitantes girava em torno de 5.3, um ano após a criação da lei esse número caiu para 4.7, mas depois que os próprios criminosos viram que o Estado age de forma ineficiente, mesmo existindo a lei, os números voltaram a crescer atingindo a mesma quantidade existente anos antes da criação da lei. Mesmo existindo a possibilidade de acontecer essas problemáticas pela ineficiência, existem as medidas protetivas de urgência que foram incluídas apenas em 2018. Com isso, pode existir a detenção entre três meses até dois anos, em caso de flagra apenas um juiz poderá conceder fiança e entre outras sanções podem ser aplicadas. A vista disso, é importante que as vítimas tenham cada vez menos medo e receio de denunciar seus agressores. É através das denúncias que as instituições poderão ser fortalecidas, identificando os casos e os criminosos poderão ser punidos, da mesma forma as mulheres precisam lutar e se manifestar pela defesa contínua de seus direitos.

De acordo com Conceição e Assunção (2020 p. 157) a lei por si só não resolve o problema. Exatamente por isso que as mulheres precisam se manifestar e adquirir influência política na defesa por uma polícia mais ativa, em todas as formas que os casos de agressão podem ser expressos. Sousa (2020) traz todo um histórico desde os anos 80 sobre o construto social estabelecido na relação entre o homem e a mulher e como essa relação foi se modificando, perante as transformações da sociedade. A autora mostra que pelo Brasil ser ainda um país que está entre as lideranças nas pesquisas sobre o assunto de maneira mundial, o próprio poder público fez pouco para minimizar esses problemas de violência e feminicídio dentro do contexto do isolamento, o que mostra que as ações estabelecidas até agora dentro do período de março até julho de 2020 são quase que insignificantes, o que acaba não protegendo as mulheres que não podem sair desses lares.

Deputados apresentaram a PL 1267/2020 com o intuito de propagar mais o disque 180 alterando a Lei Maria da Penha, mas apenas esse fato não está demonstrando eficiência, sendo necessário criar ações e não apenas modificações na lei. A mulher vítima acaba enfrentando um dualismo, se ficar em casa pode morrer com o agressor e se sair poderá morrer em um leito se for contaminada.

Essa mesma afirmação da autora, mostra que o problema vai além da elaboração ou modificações de Leis. Sendo primordial que exista uma modificação ativa na prática, principalmente no que diz a respeito à forma que os recursos públicos são administrados. Sendo também necessário que a justiça tenha prontidão e agilidade nas investigações e

puna de maneira severa crimes de desvio de recursos públicos. Um fator pode interferir no outro.

Com propriedade, Lima (2017) aborda acerca da Lei nº 13.104/2015 sobre o feminicídio e sua pesquisa constata que a qualificadora do feminicídio no sistema penal brasileiro, por si só, não traz benefícios suficientes e pode colocar a mulher em posição de vítima perante a sociedade. Além de que, pelo fato de o sistema carcerário estar falido, para a autora, a proteção acaba sendo algo simplesmente simbólico e não efetiva como deveria ser de fato. Para a OAB, diferentemente, a Lei n.13.104/2015 não coloca a mulher em postura de vítima, pelo contrário, discursa essa questão se afirmando que ela busca causar uma igualdade de gênero pontuando os agravantes quando a mulher está grávida, ou a vítima é menor de idade, possui mais de 60 anos ou tem problemas físicos e mentais. Com relação ao papel do Estado, mais precisamente no tocante a preservação da vida da mulher somado ao combate à violência doméstica, o Estado pode implementar algumas medidas de prevenção em época de pandemia.

É fundamental que sejam criados comitês para o enfrentamento da violência contra a mulher dentro do Distrito Federal, nos estados e municípios pelas secretarias de segurança pública, a patrulha e a força policial dever ser intensificada nas ruas, devem ser criados canais online de denúncia e também deve ser desenvolvido campanhas sobre a importância de denunciar. Okabayashi (2020) expõe que o Ministério dos Direitos Humanos e da Família aumentaram bastante depois do início da pandemia e demonstra que a maioria vive em subnotificação, mostrando que há uma falsa realidade de casos existentes, visto que a quantidade pode ser muito maior. Considerando todo o panorama que relata a constatação e o fato de que existe uma grave problemática que é a falta de proteção da mulher e contra a violência em um momento de extrema vulnerabilidade que acaba prejudicando um sistema que já está frágil.

É visto que o problema com a vulnerabilidade das mulheres durante o período de pandemia agrava as falhas da proteção contra a violência doméstica. Assim, a violência doméstica e o feminicídio podem ter aumentos por conta da existência de dificuldades financeiras por parte dos respectivos órgãos responsáveis, por existir a possibilidade ocorrência corrupção e desvios de recursos, a existência de fragilidade, somado a impunidade e outros fatores que fazem com que os dados tenham aumentos.

### **3. Considerações finais**

Ante o que fora exposto, chegamos a este tópico com as seguintes conclusões, tendo por base as questões levantadas no início deste trabalho; a primeira conclusão é a de que mesmo com o advento da Lei Maria da Penha e suas alterações nos anos subsequentes foi observado que, num primeiro momento houve uma leve diminuição nos casos de violência doméstica, entretanto essa diminuição combinada com a falta de ações



afirmativas com vistas à reprimir os casos de violência contra a mulher; foram suficientes para que estes casos voltassem a crescer.

Em segundo lugar, ficou evidenciado que, com a criação da Lei n. 14.022/2020 a busca pela repressão aos casos de violência no âmbito doméstico ganharam um novo reforço, possibilitando às vítimas que denunciasses as violências que sofreram. Esta nova lei, apesar de positiva em seu aspecto teórico também não se mostrou capaz de mitigar a violência sofrida pelas mulheres, pois estas, por serem, na maior parte dos casos dependentes de seus companheiros e por temer a falta do recurso que o mesmo provê para a casa e também a dependência emocional, desempenham uma forte influência na tomada de decisão desta mulher em se retirar do ambiente de violência e do relacionamento abusivo.

Muito embora a Lei n.14.022/2020 esteja em consonância com a Lei 11.340/2006(Maria da Penha), é necessário termos em mente que a mulher vítima de violência doméstica se encontra fragilizada, assustada e temerosa por sua vida e pela vida de seus filhos.

Por essa razão, a Lei Maria da Penha e suas alterações têm demonstrado resultados insatisfatórios, pois no cenário de violência física, moral, sexual e psicológica há que se considerar que, em meio a todo esse abuso, existem diversas nuances como: da dependência emocional e financeira, manipulações e outras. E estas questões influenciam diretamente no comportamento da mulher em permanecer no relacionamento e optar por não prosseguir na denúncia ou no processo contra o agressor.

Nesse sentido, é de fundamental importância que seja feito todo um trabalho de acolhimento e acompanhamento da vítima de violência doméstica para que ela possa se sentir segura em prosseguir com o processo, o investimento na profissionalização destas mulheres também é importante, para que possam ter segurança em se retirarem destes relacionamentos.

Por fim, o trabalho com a vítima da violência doméstica precisa multidisciplinar para que ela possa compreender que as medidas previstas em lei existem para a beneficiar e lhe trazer uma nova forma de vida: livre de abusos.

#### **4. Referências**

BIANCHINI, Alice.; BAZZO, Mariana.; CHAKIAN, Silvia. **Crimes Contra Mulheres**. Salvador: Juspodivm, 2021.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dez.1940. Decreta o Código Penal. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em 06 de abr. de 2022.

BRASIL, Lei Federal nº 11.340, de 07 de ago. de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm#art44](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm#art44)> Acesso em 06 de abr. de 2022.

BRASIL, Lei Federal nº 13.104, de 09 de mar. de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm)> Acesso em 06 de abr. de 2022.

BRASIL, Lei Federal nº 14.022, de 07 de jul. de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14022.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14022.htm)> Acesso em 06 de abr. de 2022.

LEITE, Isabela; ARCOVERDE, Léo. No 1º ano de pandemia, estado de SP tem 15% das queixas de violência contra mulheres registradas on-line. Globo Notícias, 2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/saopaulo/noticia/2021/04/19/no-1o-ano-de-pandemia-estado-de-sp-tem15percent-das-queixas-de-violencia-contra-mulheres-registradasonline.ghtml>> Acesso em 12 mai. 2021.

LIRA, K.F.S.; CASTRO, R.V. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Violência Contra as Mulheres no Brasil: Do Caso à Lei Maria Da Penha. Revista Humanidades e Inovação v.7, n.19 – 2020. Disponível em <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/3800>> Acesso em 12 de mai. de 2021.

Violência Doméstica Durante a Pandemia de Covid-19. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020. Disponível em <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>> Acesso em: 12 mai. 2021.

## O AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA COVID-19

**MARCELA BARRADO MARÇAL:**

Acadêmica do Curso de Direito -  
Bacharel, Universidade Brasil  
(UNIBRASIL), Fernandópolis - SP.

MATEUS LUCATTO DE CAMPOS

(orientador).

**RESUMO:** A violência de gênero mostra-se como uma atitude, infelizmente, persistente em nossa realidade, razão pela qual busca-se a adoção de instrumentos visando seu enfrentamento de modo efetivo, como é o caso da Lei Maria da Penha. Desde o início da quarentena imposta por força do surgimento da pandemia da Covid-19, em março de 2020, foi registrado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) um aumento da violência doméstica de 17,9% em todo o país, em comparação com o mesmo período em 2019 (BASÍLIO, 2020). O presente artigo buscará, mediante pesquisas realizadas nas principais bases de dados on-line disponíveis, expor as razões do aumento de casos na pandemia, dentre as quais se destaca o isolamento social imposto como medida de contenção do vírus, levando-se em consideração, ainda, o contexto de uma sociedade patriarcal. A pesquisa ainda discutirá possíveis soluções para esse problema, demonstrando que a questão deve ser enfrentada mediante a adoção de uma série de medidas interligadas e sequenciadas, tal como o acesso à informação e atendimento por meio de redes de proteção à mulher.

**Palavras-chave:** Violência doméstica; Violência; Lei Maria da Penha; Pandemia; Covid-19.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 3 O CONTEXTO DA SOCIEDADE PATRIARCAL EM RELAÇÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 4 LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/2006). 5 A PANDEMIA COMO CIRCUNSTÂNCIA DE POTENCIALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 6 REDES DE PROTEÇÃO À VÍTIMA. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

### INTRODUÇÃO

A violência doméstica ou familiar contra a mulher pode ser definida como qualquer ato que mata, agride ou lesa a mulher, podendo ser cometida por qualquer pessoa que tenha uma relação familiar ou afetiva com a vítima. Esse tipo de violência está

inteiramente relacionado, ainda, às relações de gênero patriarcais persistentes em nossa sociedade.

No Brasil, nota-se o surgimento de importantes instrumentos de enfrentamento da questão, tal como é o caso da Lei Maria da Penha, instituída e aperfeiçoada ao longo dos anos com a finalidade precípua de gerar mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica contra a mulher no âmbito familiar, doméstico ou em decorrência de afeto.

Contudo, mesmo diante dos avanços significativos no decorrer dos anos para conter a violência de gênero, o Brasil ainda é um dos países que possui a maior taxa de feminicídios do mundo. Esses números cresceram ainda mais após o surgimento e intensificação da pandemia da Covid-19, tendo sido registrado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) um aumento da violência doméstica de 17,9% em todo o país, desde o início da quarentena, em meados de março de 2020, em comparação com o mesmo período em 2019 (BASÍLIO, 2020).

Tal aumento, conforme será explicitado ao longo deste estudo, está relacionado ao fato de que as mulheres são forçadas a passarem mais tempo com seus agressores em virtude das medidas de isolamento social, bem como das dificuldades financeiras agravadas pela falta de emprego, do temor e estresse gerados pelo próprio vírus e da dificuldade de acesso às redes de proteção à mulher e aos canais de denúncia deste tipo de crime.

O tema violência doméstica tem ganhado cada vez mais espaço nas investigações acadêmicas, sendo abordado por diferentes concepções analíticas, uma vez que o panorama atual de pandemia pelo coronavírus despertou preocupação mundial. Além disso, seus efeitos nas vítimas vão além das agressões físicas, psicológicas e sexuais. Essa situação desencadeou e potencializou desajustes sociais, afetivos e psicológicos na população pelos sentimentos de inseguranças, impotência, ansiedade, depressão e até tentativas de suicídios.

O presente estudo tem como objetivo principal analisar o aumento de violência doméstica no Brasil após o surgimento e avanço da pandemia da Covid-19, buscando demonstrar as possíveis causas deste aumento e, por fim, as soluções para o enfrentamento da questão.

## **2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

Segundo Ferraz et al. (2009, p.756), a violência em sentido amplo é definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como:

O uso da força física, do poder real ou ameaça, praticado contra si ou contra outra pessoa, ou ainda, contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação. É compreendida também como uma violação dos direitos do ser humano, uma vez que é um meio aplicado para coagir ou submeter outra pessoa ao domínio sem seu consentimento.

A violência é um fenômeno legitimado pela própria sociedade e possui raízes nas desigualdades sociais e iniquidades visíveis. Por isso, é uma problemática de caráter social e transformou-se em um problema mundial de saúde pública com consequências como mortes e adoecimentos, cada vez mais presentes em ambientes sociais como escolas e ambientes domésticos (apud MARCOLINO, Emanuella de Castro et al).

Segundo Brasil (2011b, p.14), o impacto da violência também sobrecarrega o sistema de saúde tanto em termos de recursos econômicos e humanos, quanto em custos sociais, como em decorrência de produtividade perdida para a sociedade em geral.

Para Campbell (2020 apud MELO, Bernardo Dolabella et al 2020, p.2), a violência é o fenômeno social, complexo e multifatorial que afeta pessoas, famílias e comunidades. A Organização Mundial da Saúde (OMS) chama a atenção para a violência como um problema de saúde pública.

Em relação especificamente à violência de gênero, a Declaração sobre a Violência Contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1993, define a "violência contra a mulher" como "[...] todo e qualquer ato embasado em uma situação de gênero, na vida pública ou privada, que tenha como resultado dano de natureza física, sexual ou psicológica, incluindo ameaças, coerção ou a privação arbitrária da liberdade." (ADEODATO, 2006, p.2).

Por seu turno, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) aponta que a violência doméstica e familiar contra a mulher é caracterizada como violência que mata, agride ou lesa a mulher, podendo ser cometida por qualquer pessoa, inclusive por outra mulher, que tenha uma relação familiar ou afetiva com a vítima.

“A violência familiar contra a mulher, denominada muitas vezes como violência doméstica, refere-se a agressões de ordem física, psicológica e sexual cujo principal agressor é o parceiro íntimo” (Day et al, 2003; OMS, 2002; Schraiber et al; 2002 apud MOTA, 2004).

Conforme dispõe o artigo 5º da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), violência doméstica e familiar contra a mulher é “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. A mesma lei traz, em seu artigo 7º, o conceito de cinco formas de violência doméstica e familiar, sendo elas a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

A violência física consiste em atitudes que ofendam a integridade ou saúde do corpo humano, como, por exemplo, bater ou espancar, empurrar, arremessar objetos na direção da vítima, sacudir, chutar, apertar, queimar, cortar e ferir.

A violência psicológica é caracterizada por condutas que causam danos emocionais e diminuição da autoestima ou que tendam degradar ou controlar seus comportamentos, crenças e decisões, por meio de ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, observação constante, perseguição insistente, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir, ou qualquer outro meio que cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

A violência sexual consiste em práticas que forcem a mulher a fazer, manter ou presenciar ato sexual sem seu consentimento, fazendo o uso da força, ameaça, ou constrangimento físico e moral.

A violência patrimonial fica caracterizada por atitudes que envolvam a retirada de dinheiro conquistado pela mulher com seu próprio trabalho, bem pela destruição de qualquer patrimônio, bem pessoal ou instrumento profissional.

Por fim, a violência moral é entendida como qualquer conduta que configure calúnia (acusar falsamente da prática de um crime), difamação (atribuir fato negativo que não seja crime) ou injúria (atribuir palavras ou qualidades negativas, xingar, ofender).

Com o objetivo de manter e exercer controle sobre a mulher, o agressor imprime comportamentos sistemáticos, seguindo um padrão específico. Normalmente, inicia-se com tensões normais dos relacionamentos, tais como o desemprego, preocupações financeiras, hábitos irritantes e diferentes opiniões que fazem surgir as agressões psicológicas (MILLER, 1999 apud FONSECA E LUCAS, 2006, p.7).

As interações violentas em um relacionamento surgem a partir do momento em que a relação de poder e subordinação precisam ser confirmadas (FONSECA e LUCAS, 2007, p. 7). É oportuno ressaltar que as diferentes formas de violência sofridas por mulheres se manifestam de diferentes maneiras e com graus variados de intensidade. É evidente que tais atos de violência não acontecem isoladamente, mas em um movimento crescente no número de episódios de ocorrência, sendo o ato mais extremado o homicídio (PAIVA; SANTOS V.R e SANTOS, S.M, 2014, p. 7).

### **3 O CONTEXTO DA SOCIEDADE PATRIARCAL EM RELAÇÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

A violência doméstica está inteiramente ligada ao patriarcado, uma vez que se faz presente desde os primórdios.

As relações de gênero patriarcais são o epicentro da violência em geral e que há um esquema para a sua compreensão. A sustentação dessa afirmação está na análise dos processos de produção da violência que resultam de um mundo no qual o valor das pessoas é desigual. Tal desigualdade começa no universo familiar e é a violência moral aí onipresente, considerada normal e naturalizada, a argamassa que mantém o sistema hierárquico, reproduzindo-o num tempo de tão longa duração que se confunde com a história da própria espécie (ALMEIDA, 2004, p. 236).

Almeida prossegue explicando que o patriarcado é uma estrutura hierárquica entre gêneros que não deve confundir-se com suas representações nem com a mobilidade de seus efeitos, tratando-se de uma “estrutura sem sujeito” que emerge feito um “mandato” (ALMEIDA 2004, p. 237). Melhor dizendo, é um ato persistente que passa de geração em geração.

No âmbito internacional, as intervenções com homens autores de violência já têm uma história de, pelo menos, quarenta anos. A primeira tentativa internacional de identificar e descrever políticas para autores de violência foi o Relatório “Intervining with Perpetrators of Intimate Partner Violence: a Global Perspective” lançado em 2003 pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Essas intervenções, em sua maioria, apresentavam “como elemento principal da violência a diferença de poder entre homens e mulheres e, como orientação teórica, as perspectivas feministas de gênero” (MISTURA; ANDRADE, 2017, p. 243 apud NOTHAFT; LISBOA, 2021, p. 03).

Mesmo a constante evolução da sociedade em geral não é o suficiente para extinguir a prática da violência de gênero, visto que esta continua fortemente enraizada

em nosso corpo social, mormente em virtude das fortes relações de gênero patriarcais ainda persistentes em nossa sociedade.

#### **4 LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/2006)**

A Lei 11.340/2006, denominada como Lei Maria da Penha, tem como finalidade gerar mecanismos para coibir e prevenir a mulher vítima de violência doméstica e intrafamiliar, em conformidade com o comando previsto no art. 226, §8º, da Constituição Federal, segundo o qual o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência doméstica no âmbito de suas relações”.

A lei em questão foi sancionada em 7 de agosto de 2006 após a luta constante de Maria da Penha Maia Fernandes, mulher brasileira, cearense, vítima de violência doméstica por parte de seu então esposo, que foram desde de agressões até duas tentativas de homicídios, sendo que uma delas acabou gerando a necessitando de usar cadeira de rodas para se locomover em razão de ficar paraplégica.

Maria da Penha então procurou a justiça brasileira incansavelmente, mas não obteve sucesso. Foi então que, após 15 anos, com a ajuda do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), conseguiu que seu caso fosse analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Em 2002, o caso de Maria da Penha só foi solucionado quando o Estado brasileiro foi condenado por omissão e negligência pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, se vendo obrigado a reformular suas leis e políticas em relação à violência doméstica.

Para CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro et al (2015, p.8), a Lei Maria da Penha (LMP) representa um dos mais empolgantes e interessantes exemplos de amadurecimento democrático, pois contou na sua formulação com a participação ativa de organizações não governamentais feministas, Secretaria de Política para Mulheres, academia, operadores do direito e o Congresso Nacional (apud CALAZANS; CORTES, 2011).

De acordo com o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), de 2019 a 2021, oito leis foram sancionadas pelo presidente da República, Jair Bolsonaro, com o intuito de aperfeiçoar a Lei Maria da Penha. Ainda na atual gestão,



outras três normas legislativas publicadas fizeram referência à terceira melhor lei de proteção à mulher no mundo.

Em vigor desde 2006, a Lei Maria da Penha passou por diversas mudanças no decorrer dos anos para melhor atingir seu objetivo de proteger mulheres no Brasil. A Lei Maria da Penha abrange não somente o sexo feminino, como também todas as pessoas que se identificam com o gênero, ou seja, mulheres transgêneros e transexuais também estão resguardadas pela referida lei.

O objetivo da lei, portanto, é coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conferindo proteção diferenciada ao gênero feminino, tido como vulnerável quando inserido nas situações legais específicas de violência já citadas, elencadas pelo art. 5º da lei.

## **5 A PANDEMIA COMO CIRCUNSTÂNCIA DE POTENCIALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.**

A Organização Mundial da Saúde (OMS) afirmou, em 11 março de 2020, que a crise sanitária causada pelo Coronavírus tornou-se uma pandemia (WHO, 2021).

Desde sua emergência, a pandemia da COVID-19 tem gerado uma imensa e larga crise sanitária em inúmeros países, influenciando fortemente no modo de vida de cada uma de suas famílias e na sociedade de modo geral.

No Brasil, a severidade dessa crise assumiu características sem precedentes (SILVA, 2021), colapsando o sistema de saúde e registrando, na data de 29 de junho de 2021, mais de 18.448.402 casos e 514.092 mortes (BRASIL, 2021), o que levou, desde o início, a adoção de uma série de medidas na tentativa de controle e combate ao vírus, dentre elas o isolamento social – tido como o afastamento de quem está doente para evitar a transmissão da doença – e a quarentena – medida preventiva adotada para conter a doença.

Contudo, segundo Reger, M. A et al (2020 apud MELO, Bernardo Dolabella et al 2020, p.3), as mesmas medidas de distanciamento social que podem desacelerar a contaminação pelo coronavírus também tendem a aumentar as taxas de tentativas de suicídio, podendo ser listados como fatores de risco o estresse econômico, a diminuição do acesso às redes socioafetivas, a diminuição do acesso a tratamentos de saúde mental, problemas graves de saúde física prévios à infecção e excesso de cobertura midiática da

pandemia, que pode causar a impressão que demais serviços de saúde estariam desativados.

Na mesma linha de raciocínio, a crise social, sanitária e econômica trazida pela pandemia de Covid-19 impacta diretamente na vulnerabilidade social de diversos grupos já anteriormente vulneráveis e exacerbam as desigualdades sociais. Sujeitos como mulheres, crianças em condição de exploração, negros, refugiados e imigrantes representam grupos de pessoas que podem ser mais afetados, uma vez que o impacto dessa crise mundial perpassa a esfera individual, atingindo também as esferas relacional, comunitária e social (MARQUES et al., 2020).

A pandemia também traz repercussão no nível comunitário do modelo ecológico, na medida em que diminui a coesão social e o acesso aos serviços públicos e instituições que compõem a rede social dos indivíduos. A busca por ajuda, proteção e alternativas ficou prejudicada devido à interrupção ou diminuição das atividades em igrejas, creches, escolas e serviços de proteção social, bem como pelo deslocamento das prioridades dos serviços de saúde para as ações voltadas à assistência aos pacientes com sintomas respiratórios e casos suspeitos e confirmados da COVID-19. Todos esses fatores contribuem para a manutenção e o agravamento de situações de violência já instaladas (MARQUES et al., 2020).

A situação não é diferente em relação à violência contra a mulher. A OMS alerta que a violência de gênero ou familiar vem aumentando desde o início da pandemia da COVID-19. Organizações internacionais voltadas ao enfrentamento da violência doméstica já observaram aumento deste tipo de violência em países como a China, a Espanha e o Brasil. Na China, os números da violência doméstica triplicaram; na França houve um aumento de 30% das denúncias e, no Brasil, estima-se que as denúncias tenham aumentado em até 50%. A Itália, assim como os demais países, também indicou que as denúncias de violência doméstica estão em ascensão (VIEIRA, GARCIA & MACIEL, 2021).

Foi registrado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) um aumento da violência doméstica de 17,9% em todo o país, desde o início da quarentena, em meados de março de 2020, em comparação com o mesmo período em 2019 (BASÍLIO, 2020).

De acordo com a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, o número de ligações para

canal de denúncia de violência doméstica (Disque 100 e Ligue 180) cresceu 18% no Brasil durante o início do período de quarentena (BRASIL, 2021).

Não é de hoje que evidenciamos o quanto é difícil para uma mulher romper o ciclo da violência por uma série de questões que passam por subjetividades emocionais até contextos práticos. Com o necessário isolamento social para o enfrentamento à pandemia como medida de segurança, seria inicialmente fácil, cômodo e agradável passar essa dificuldade dentro de suas casas. Porém, essa realidade foi bem diferente para muitas das mulheres vítimas de violência doméstica e intrafamiliar. O que para muitos é um lugar de refúgio, descanso e lazer, para as vítimas se tornou mais um obstáculo para o enfrentamento dessa situação. Sem lugar seguro, elas estão sendo obrigadas a permanecer mais tempo no próprio lar junto a seus agressores, muitas vezes em habitações precárias, com os filhos, e vendo sua renda diminuída.

Além disso, outro efeito direto em função do isolamento é a redução de denúncias registradas nas delegacias de polícia em todo o Brasil. Essa diminuição se dá pela dificuldade das vítimas de saírem de suas casas para registrarem as denúncias em casos em que há a necessidade de representação exclusiva da vítima. Apesar dos números indicarem um déficit nas denúncias, na realidade, os crimes não diminuíram, mas sim a dificuldade de sua comunicação.

Assim, pode-se atribuir o aumento de casos de violência na pandemia, provavelmente, à coexistência forçada entre a vítima e seu agressor por longos períodos em virtude da imposição do isolamento social, somados ao estresse financeiro, mental e físico causado pela situação no geral e, ainda, às maiores dificuldades no acesso às redes de proteção à mulher e aos canais de denúncia deste tipo de crime.

## **6 REDES DE PROTEÇÃO À VÍTIMA**

Duas formas importantes para conter a violência doméstica são a informação e o atendimento.

Diante do conhecimento do aumento da prática de violência doméstica durante o período da pandemia, algumas instituições e organizações sociais têm expandido materiais para prevenção de crimes desta natureza.

Os canais já existentes realizados por instituições governamentais e não governamentais em nosso país tem um forte papel nesses casos.

Segundo o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), os canais são: a Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180), a Casa da Mulher Brasileira, os Centros de Referência de Atendimento à Mulher e os Serviços de Saúde Especializados de Atendimento à Violência Sexual

A Central de Atendimento à Mulher Ligue 180, que tem como finalidade receber denúncias de violência doméstica, reclamações e até mesmo elogios sobre o atendimento, além de orientar as vítimas sobre seus direitos e sobre a legislação vigente. O atendimento é realizado 24 horas.

A Casa da Mulher Brasileira é por sua vez uma ferramenta que propõe o atendimento humanizado e adaptado às mulheres vítimas que estão em situação de violência e vulnerabilidade. Ademais, ainda no mesmo espaço físico, são oferecidos serviços especializados que atendem outros tipos de violências contra a mulher, como: acolhimento e triagem, apoio psicossocial, delegacia especializada, serviço de promoção de autonomia econômica, espaço de cuidado das crianças – brinquedoteca, alojamento de passagem e central de transportes, juizado especializado em Violência Doméstica e Familiar contra as mulheres, Ministério Público e Defensoria Pública. O atendimento também é realizado 24 horas.

Outro refúgio disponibilizado são os Centros de Referência de Atendimento à Mulher, que são espaços públicos que visam prestar acolhimento, acompanhamento psicossocial e orientação jurídica às mulheres que estão em situação de violência. O horário de atendimento é comercial.

Os Serviços de Saúde Especializados de Atendimento à Violência Sexual, que são unidades que prestam Serviços de Saúde Especializados no Atendimento às Mulheres em Situação de Violência e contam com equipes multidisciplinares (psicólogos, assistentes sociais, enfermeiros e médicos), todos devidamente capacitados para melhor atender as vítimas desses casos.

Resumindo, pode-se caracterizar a rede de proteção governamental pelos seguintes serviços: Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs), Centros de Referência de Atendimento à Mulher, Casas-Abrigo, Casas de Acolhimento Provisório, Tribunal de Justiça, Defensorias da Mulher, Centros de Referência da Assistência Social (Cras), Conselhos Tutelar para a população infantojuvenil e idosos, Polícia Civil e Polícia Militar (apud MARCOLINO, Emanuella de Castro et al).

É oportuno ressaltar a importância das redes de apoio se modernizarem de acordo com a tecnologia. A internet, quando usada para o bem, é um grande aliado

favorável em situações de perigo e vulnerabilidade das vítimas do crime de violência doméstica.

As redes de proteção às vítimas de violência doméstica mobilizaram órgãos governamentais como os tribunais de justiça; as delegacias da mulher; as polícias civil e militar; e órgãos de assistência social em diferentes municípios do país, articulando ações para garantir a proteção das vítimas em situação de violência doméstica por meio de veículos on-line e virtuais, seja por aplicativos de mensagens, programas para realização de boletins de ocorrência on-line ou escutas para assistência psicológica de forma virtual, assistência fundamental (MARCOLINO, Emanuella de Castro et al).

Os meios utilizados como estratégias governamentais e não governamentais formuladas no Brasil basearam-se em ampliação de atendimentos telefônicos, espaços virtuais de apoio e implementação de meios digitais de denúncia com envio de fotos, vídeos ou depoimentos. Essa tática aflorou como uma possibilidade viável à situação emergencial, trazendo uma luz no fim do túnel e um aparato de possibilidades para as vítimas recorrerem aos serviços de proteção e terem acesso às principais medidas protetivas. Ações assim possibilitam um caminho mais acessível e delicado, além de serem alternativas para as vítimas de violência doméstica na busca pela garantia de seus direitos (BRASIL, 2021).

Tanto a proteção das mulheres vitimadas quanto a punição de seus agressores são importantes no combate à violência doméstica. Contudo, os importantes avanços contra a violência doméstica observados no Brasil, é o caso da Lei Maria da Penha, não se mostram, por si só, suficientes para a solução da questão, na medida em que, conforme visto, a violência doméstica e familiar é um problema estrutural diretamente relacionado à estrutura patriarcal existente em nossa sociedade.

Daí é necessário, para o enfrentamento da questão, a adoção de uma série de medidas interligadas e sequenciadas, dentre as quais se pode citar a inserção de discussão da matéria em grades escolares, inclusive com a abordagem da Lei Maria da Penha; a realização de pesquisas e análises que possam permitir a coleta de dados para geração de estatísticas a nível nacional para melhor compreensão do aumento da violência doméstica na pandemia e a promoção de campanhas educativas contra a violência de gênero.

É necessário intensificar a mobilização da sociedade, considerando-se que muitas ações dependem da ajuda da mesma e de políticas intersetoriais. Sendo assim, gestores precisam diversificar os canais de denúncia e sua divulgação tanto por meio de

estratégias de comunicação como em locais públicos especialmente de grande circulação, como farmácias, supermercados, escolas e demais serviços autorizados a funcionar durante e após a pandemia, para que mulheres possam acessá-los mais facilmente.

Ademais, é oportuno ressaltar que também é viável implementar protocolos de verificação de denúncias por vizinhos e ou familiares, uma vez que na maioria dos casos são eles os primeiros a testemunharem.

Outrossim, para que mulheres não sejam colocadas em maior risco se faz necessário aumentar a criação de campanhas que encorajem a sociedade em geral a denunciar casos de violência, garantindo-se respostas rápidas das autoridades para a proteção da mulher, como a retirada do lar do autor de agressão ou a busca de locais de abrigo seguro durante período de distanciamento social.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto no presente artigo, ficou claro que existe uma relação entre a pandemia da Covid-19 e o aumento da violência doméstica no Brasil.

Nota-se que a sociedade em geral vem lutando contra a disseminação desse vírus, o que inclui as recomendações de isolamento social. Porém, na perspectiva da violência de gênero, o isolamento se apresenta como mais um obstáculo que limita as vítimas a denunciarem e registrarem as ocorrências.

Some-se a isto, ainda, que as mulheres são forçadas a passarem mais tempo com seus agressores, bem como o fato de que a pandemia agravou as dificuldades financeiras e sentimentos de medo e temor pela própria situação, o que também contribui para o aumento da violência de gênero.

Nesse sentido, é crucial a cooperação entre o Direito e a comunicação. O primeiro tem a capacidade de transformar as relações sociais e o segundo de democratizar essas mudanças. Os direitos humanos estabelecem finalidades e objetivos para a sociedade, criam uma nova moralidade e, ao dar nome às queixas e aos desejos coletivos, acabam cumprindo seu papel pedagógico e revolucionário.

Ademais, além da proteção das mulheres vitimadas e da punição de seus agressores por meio da criação de leis como a Lei Maria da Penha, conclui-se que também é necessária a adoção de uma série de medidas sequenciadas para o enfrentamento da questão, dentre as quais se pode citar a inserção de discussão da

matéria em grades escolares; a realização de pesquisas e análises que possam permitir a coleta de dados para geração de estatísticas a nível nacional e a promoção de campanhas educativas que encorajem a sociedade em geral a denunciar casos de violência.

Por fim, acredita-se que este trabalho atingiu seus objetivos e se estabelece como um incentivo a outros alunos que queiram se inteirar sobre essa temática, além de consolidar academicamente o arcabouço teórico do mesmo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, Vanessa Gurgel et al. Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros. *Revista de saúde Pública*, v. 39, p. 108-113, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/kbLB4v3hdrn3fCvDfrKv3Hx/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 set. 2021.

ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. *As raízes da violência na sociedade patriarcal*. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/ccPSpMCqrvzvwGPHrDVMxJn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 nov. 2021.

AMARAL, Luana Bandeira de Mello et al. Violência doméstica e a Lei Maria da Penha: perfil das agressões sofridas por mulheres abrigadas em unidade social de proteção. *Revista Estudos Feministas*, v. 24, p. 521-540, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/hhpBZPY3scgf4Q7KLKRD4Kf/?format=html#>. Acesso em: 01 set. 2021.

ANGELO, Tiago. *Em vigor desde 2006, a Lei Maria da Penha passou por diversas mudanças no decorrer dos anos*. Consultor Jurídico, 2020.

BATISTA, Janete Maria da Silva et al. O modelo bioecológico: desvendando contribuições para a práxis da enfermagem diante da violência doméstica. *Escola Anna Nery*, v. 17, p. 173-178, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ean/a/qsQrPcbdYJhxRLbh95q58fc/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos. *Mulheres na COVID-19*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/abril/cartilha->

orienta-mulheres-durante-a-pandemia-do-coronavirus/mulherescovid19\_Alterado\_corrigeo.pdf. Acesso em: 03 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Ligue 180 e tudo o que você precisa saber. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/denuncie-violencia-contra-a-mulher/violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Protocolo de Manejo Clínico da Covid-19 na Atenção Especializada. Brasília, 2020. Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/14/Protocolo-de-Manejo-Cl-nico-para-o-Covid-19.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2021.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro et al. Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha. 2015. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3538>. Acesso em: 17 nov. 2021.

DA FONSECA, PAULA MARTINEZ; LUCAS, TAIANE NASCIMENTO SOUZA. Violência doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas. 2006. Disponível em: <http://newpsi.bvs-psi.org.br/tcc/152.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

FEDERICI, Silvia. O ponto zero da revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista. Editora Elefante, 2019.

FIORATI, Regina Celia; ARCÊNCIO, Ricardo Alexandre; SOUZA, Larissa Barros de. Desigualdades sociais e acesso à saúde: desafios para a sociedade e a enfermagem. Revista Latino-Americana de Enfermagem, v. 24, 2016. Disponível em: Acesso em: 04 nov. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO SEGURANÇA PÚBLICA, Práticas Inovadoras do enfrentamento da violência, experiências desenvolvidas por profissionais da segurança pública, 2017. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/publicacoes\\_posts/praticas-inovadoras-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres](https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/praticas-inovadoras-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres). Acesso em: 16 set. 2021.

GRANJA, Edna; MEDRADO, Benedito. Homens, violência de gênero e atenção integral em saúde. Psicologia & Sociedade, v. 21, p. 25-34, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/tpbDZpCXgNbxWWjDWT6fWCf/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 14 set. 2021.

LEI MARIA DA PENHA. Lei N°. 11.340, de 7 de Agosto de 2006.



LEI MARIA DA PENHA: CONFIRA O QUE MUDOU NOS ÚLTIMOS TRÊS ANOS. Governo do Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/agosto/lei-maria-da-penha-confira-o-que-mudou-nos-ultimos-tres-anos>. Acesso em: 27 out. 2021.

LOBO, Janaina. Uma outra pandemia no Brasil: as vítimas da violência doméstica no isolamento social e a “incomunicabilidade da dor”. *Tessituras. Revista de Antropologia e Arqueologia*, 10, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/tessituras/article/view/18901>. Acesso em: 10 set. 2021.

MACIEL, Maria Angélica Lacerda et al. Violência doméstica (contra a mulher) no brasil em tempos de pandemia (covid-19). *Revista Brasileira de Análise do Comportamento*, v. 15, n. 2, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/rebac/article/view/8767>. Acesso em: 28 set. 2021.

MARCOLINO, Emanuella de Castro et al. O distanciamento social em tempos de Covid-19: uma análise de seus rebatimentos em torno da violência doméstica. *Interface-Comunicação, Saúde, Educação*, v. 25, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/jicse/a/jCBm4rn9TSXDzrZQ5JXKnNL/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 27 set. 2021.

MARQUES, Emanuele Souza et al. A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 36, p. e00074420, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00074420>. Acesso em: 03 nov. 2021.

MELO, Bernardo Dolabella et al. Saúde mental e atenção psicossocial na pandemia COVID-19: violência doméstica e familiar na COVID-19. 2020. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/41121>. Acesso em: 28 out. 2021.

NOTHAFT, Raíssa Jeanine; LISBOA, Teresa Kleba. As intervenções com autores de violência doméstica e familiar no Brasil e suas relações com a Lei Maria da Penha. *cadernos pagu*, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/18094449202100610019>. Acesso em: 17 nov. 2021.

OLIVEIRA, Juliana de; SCORSOLINI-COMIN, Fabio. Percepções sobre intervenções grupais com homens autores de violência contra as mulheres. *Psicologia & Sociedade*, v. 33, 2021.

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/F9k8Cd77pTjS5JfZtNMTSbv/?lang=pt>.  
Acesso em: 25 set. 2021.

PAIVA, Ana Cláudia Ribeiro; SANTOS, Vaneska Ribeiro Perfeito; SANTOS, S. M. Violência doméstica e as implicações na saúde física e emocional de mulheres: Inferências de enfermagem. Trabalho apresentado no XI Simpósio de excelência em gestão e tecnologia, 2014. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos14/23020192.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

REGER, M. A.; STANLEY, I. H. ; JOINER, T. E. Suicide Mortality and Coronavirus Disease 2019— A Perfect Storm? JAMA Psychiatry, published online April 10, 2020. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/41121/2/Sa%c3%bade-Mental-e-Aten%c3%a7%c3%a3o-Psicossocial-na-Pandemia-Covid-19-viol%c3%aancia-dom%c3%a9stica-e-familiar-na-Covid-19.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

SILVA, R. M. Afinal, de quem é a vida? Revista Portal Saúde e Sociedade, Maceió, v. 6, p.1, Disponível em: <https://doi.org/10.28998/rpps.e02106002>. Acesso em: 03 nov. 2021.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?. Revista Brasileira de Epidemiologia, v. 23, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRywsTn/?lang=pt>. Acesso em: 16 set. 2021.

VIANA, Dóris Alves Henriques. Narrativas sobre violência doméstica de mulheres do Sol Nascente-Ceilândia-DF. 2014. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/10390>. Acesso em: 12 set. 2021.

\_\_\_\_. WHO Guidelines on physical activity and sedentary behaviour. Geneva, Switzerland. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240014886>. Acesso em: 03 nov. 2021.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO

**AMANDA RIBEIRO RODRIGUES:**

Bacharelada do Curso de Direito da  
Universidade de Gurupi – UNIRG

**MAYDÊ BORGES BEANI CARDOS**<sup>124</sup>

(orientador).

**RESUMO:** Hordienamente, a demanda no judiciário a respeito de ações que trata da responsabilidade dos pais que omitem o dever de cuidado cresce cada dia mais. É cediço que este assunto ainda não existe um posicionamento sólido a respeito do tema e os Juizes e Tribunais ainda estão inseguros ao formar uma decisão. O propósito do presente trabalho refere-se a uma pesquisa bibliográfica que tem como objetivo examinar a responsabilidade dos genitores que deveriam zelar e cuidar dos filhos e o dever de indenizar os mesmos pela a deficiência causada pela ausência dos pais gerando transtornos psicicos e morais pela a falta de afetividade e buscar apoio na seara jurídica.

**Palavras-chave:** Abandono Afetivo. Direito. Indenização. Ausência dos Pais.

**ABSTRACT:** Hordienously, the demand in the judiciary regarding actions that deal with the responsibility of parents who omit the duty of care grows every day. It is known that this matter still does not have a solid position on the subject and Judges and Courts are still unsure when forming a decision. The purpose of the present work refers to a bibliographical research that aims to examine the responsibility of the parents who should watch over and care for their children and the duty to compensate them for the disability caused by the absence of the parents, generating psychological and moral disorders due to the lack of affection and seek support in the legal field.

**Keywords:** Affective Abandonment. Right. Indemnity. Absence of Parents.

### 1.INTRODUÇÃO

O respectivo trabalho disserta sobre a eventualidade de se utilizar a Responsabilidade Civil em casos de abandono afetivo dos pais quanto aos filhos menores no momento em que o dever de cuidado é omitido. Desta forma, será estudado a relação familiar em conjunto com a sua evolução, avaliando o conceito de família e seus princípios

---

<sup>124</sup> Prof. Orientador do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG)

norteadores, como também, toda matéria relacionada a responsabilidade civil e o múnus de indenizar.

É perceptível o quanto dentro do contexto histórico familiar houve mudanças, a igreja por exemplo tinha um poder imensurável quando se tratava sobre casamentos, porém, a modernização fez com que a sociedade começasse a buscar dentro da relação matrimonial uma reciprocidade. Assim, da mesma forma que essa relação se inicia e eterniza através da afeição, equitativamente, deve permanecer a partir do momento que venha a romper, em especial, se dessa relação sobrevier filhos.

É obrigação dos genitores proteger todos os direitos fundamentais dos filhos, em consonância com o artigo 227 da Constituição Federal, entre outros artigos considerados importantes no que tange a este assunto dentro do mesmo instituto. Ademais, é incontestável o dever de cuidado dos pais em relação aos seus filhos, dado que são totalmente dependentes e requerem dedicação.

Apesar do abandono afetivo estar dentro do nosso ordenamento jurídico, é um tema recente para o corpo social, a vista disso, o judiciário está com uma grande demanda de ações que discute sobre a Responsabilidade civil por abandono afetivo. Cediço que ainda não há um posicionamento fleumático pela a doutrina, e os tribunais e juízes ainda examina este tema com uma certa hesitação, porém o assunto já ganhou uma atenção considerável no âmbito jurisprudencial.

No que tange a indenização do dano por abandono afetivo há posições doutrinárias e jurisprudenciais tanto positivas quanto negativas, a primeira visando a possibilidade do dano e como consequência uma indenização como forma reparadora do descalabro, e a segunda afirmando que não há qualquer prática ilícita quanto ao abandono afetivo.

Desse modo, buscando um desenvolvimento maior do caso e com o objetivo de entender a controversa, analisando com sapiência os posicionamentos, o presente será produzido em cinco capítulos sendo abordados de forma clara e sucinta.

O primeiro capítulo irá tratar sobre a modernização dentro da relação familiar, comparando de forma breve a respeito dos modelos antigos e contemporâneos e o seu conceito dentro do nosso ordenamento jurídico, frisando principalmente a afetividade dentro das relações.

O segundo capítulo irá abordar sobre a família no ordenamento jurídicos e seus princípios que regem o Direito de Família e sua importância dentro da Responsabilidade Afetiva correlacionados com os princípios regentes dos Direitos Fundamentais presente em nossa Constituição Federal.

No terceiro capítulo será abordado a Responsabilidade Civil propriamente dita de acordo com o Código Civil e seus elementos para que tal instrumento seja caracterizado o

seu elemento essencial, teorias, espécie e o munus indenizatório. Tendo como objetivo reconhecer a correlação entre a Responsabilidade Civil no Abandono Afetivo, buscando um ressarcimento repressivo e educativo.

O quarto capítulo fundamenta-se em frente ao dever de cuidado dos pais e sua importância junto a formação dos filhos, visando debater o lado psicológico da criança e suas consequências advinda do abandono.

Enfim, o quinto capítulo disserta a respeito da Responsabilidade Civil no Abandono Afetivo, abordando em especial casos jurisprudenciais e a corrente positiva e negativa e a incumbência de indenizar.

Para concluir o efetivo trabalho foi utilizado pesquisas jurisprudenciais, pesquisas bibliográficas, que tenciona explorar a importância da relação familiar para o desenvolvimento da criança e os distúrbios psicológicos, originando consequências no espaço jurídico viabilizando a indenização por danos morais.

## **2. CONCEITO E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA**

O conceito de família no passado, se resumia apenas na relação das pessoas interligados ao matrimônio, posteriormente a família fortificou o seu conceito envolvendo também dentro dessa relação, os entes familiares com o mesmo parentesco sanguíneo. Conforme a população foi crescendo, o conceito de família ficou alicerçado na família natural, que seria os pais, efetivando o casamento com base na relação jurídica, posteriormente a concepção dos filhos. A igreja católica durante muito tempo foi titular dos direitos marimoniais. Desta forma, a Constituição de 1916 desconsiderava qualquer relação que não fosse consolidada através do casamento, pois esse teria que ser o primeiro ato para constituir uma família.

A primeira Constituição a abordar sobre o tema "Família" foi a Constituição de 1934, que trouxe uma conceituação religiosa e jurisdicional. A Constituição de 1988 trouxe uma evolução perante esse cenário, validando a união estável entre homem e mulher, nivelou o homem e a mulher dentro da relação conjugal, e vedou qualquer tratamento desigual entre os filhos sucedido durante o casamento ou fora dele, a até mesmo concebidos por adoção. Nesse sentido a Autora Daiane de Assis Paiva, aponta que a família era considerada uma pessoa jurídica, fundada na autoridade de um chefe, sendo detentor de direitos extrapatrimoniais, figurando o pátrio poder. Hoje com o advento do Código Civil, denomina-se poder familiar. Na contemporaneidade, foram surgindo novas formações familiares como divórcio, uniões estáveis e homoafetivas, multiparentalidade e as monoparentalidade, redefinindo os papéis dentro do grupo familiar, visando a realização pessoal de cada indivíduo. (PAIVA, 2021, p.16).

Hodiernamente a família corresponde a uma organização social formada por relações sanguíneas, jurídicas e afetivas, frisando este conceito em princípios como a igualdade, solidariedade e respeito dos direitos fundamentais resguardados dentro da Constituição Federal. Assim, não há mais uma distinção entre os cônjuges no âmbito conjugal, assim explica o doutrinário Rolf Madaleno:

Foi reconhecida a completa paridade entre os cônjuges, desaparecendo a hipocrisia de o marido exercer a chefia da sociedade conjugal e de a mulher ser sua mera colaboradora, e o direito de o marido fixar o domicílio conjugal, ou de autorizar o casamento de seus filhos menores. Derrogado o pátrio poder, também foram reconhecidos pela legislação vigente direitos semelhantes aos do casamento para a estável convivência de um homem e de uma mulher, ou de uma relação entre pessoas do mesmo sexo como reconheceu o STF. (MADALENO, 2021, p.44).

A Constituição Federal de 1988, inovou bastante a respeito do Direito de Família. Aqui, o casamento, começa a ser totalmente ligado ao afeto, dessa maneira, o princípio da afetividade passa a ser o alicerce dentro das relações familiares, sempre reverenciando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante do cenário atual, é notável o quanto princípio da afetividade tornou-se importante para o conceito formador de família, hoje, o verdadeiro casamento é fundado na relação de afeto e não apenas em meros procedimentos cartoriais.

Assim, conclui-se que de acordo com o avanço da Constituição Federal em conjunto com os estudos doutrinário e decisões dos tribunais brasileiro, implicitamente o afeto deixou de ser apenas um elemento e tornou-se um valor essencial e tem que ser reconhecido como o princípio que rege o direito de família.

### **3.FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES**

É notável todas as evoluções dentro da sociedade, ainda mais quando se trata do Direito de Família. A vista disso, o ordenamento jurídico vem se modificando corriqueiramente em relação a valoração do afeto, assim, o casamento não faz mais ser necessário para o conceito de família.

Nos textos constitucionais o Estado é o principal protetor da Família, seja pelo casamento e união estável ou entre pessoas de sexos opostos. Como exposto anteriormente o principal elemento para o casamento é o afeto, desse modo, faz com que ele seja o formador do núcleo familiar, trazendo um avanço nos seios da sociedade, sem qualquer discriminação nos diversos modelos de relação e priorizando o princípio da

dignidade da pessoa humana, clausula pétrea dentro da nossa Constituição Federal, por esse motivo nasceram os princípios norteadores do Direito de Família.

Destarte, os princípios do Direito de família foram conceituados no que tange a Constituição Federal de 1988, desfazendo o poder familiar do pai, que era o único chefe da família. A Constituição atual visa a fazer com que o individuo busque desenvolvimento dentro do núcleo familiar e não apenas o desenvolvimento da família em relação ao individuo.

Essas mudanças também fez com que os filhos sucedidos dentro do casamento, os realizado fora dele e os adotivos tivessem tratamento paritário, vedando qualquer discriminação entre eles, bem como, a paternidade responsável, deixando a decisão de terem filhos ou não nas mãos do casal ou até mesmo de decidirem se irão permanecer juntos os separados.

Sendo assim, os princípios mais importante são os que estão alicerçado explicitamente dentro da Constituição Federal, são eles, o princípio da Iguadade, da dignidade da pessoa humana e liberdade, mesmo que tenha uma grande relevância por estarem na Carta Magna, não tiram a significância dos outros princípios regentes do Direito de Família seriam o princípio da solidariedade familiar, princípio do pluralismo familiar, princípio da proteção integral a crianças, adolescentes e jovens e o princípio da afetividade.

#### **4. RESPONSABILIDADE CIVIL**

A Responsabilidade advém do verbo latim *respondere*, que era referido a uma garantia do pagamento de um débito. De acordo com a Responsabilidade Civil é usada quando um ato traz danos a outrem, fazendo com que através deste comportamento surgisse uma obrigação de repará-lo. Assim, o dano pode ser caracterizado tanto no âmbito físico, como também quando fere à honra ou os bens patrimoniais de uma pessoa.

Há uma diferenciação entre a obrigação e a responsabilidade, uma vez que na obrigação o vínculo está entre o sujeito ativo (credor) e o sujeito passivo (devedor), fazendo com que o primeiro receba uma prestação do segundo. Na Responsabilidade é uma consequência jurídica, caso a obrigação não seja cumprida.

No artigo 186 do Código Civil preceitua uma regra importantíssima, qualquer pessoa que causar dano a outrem será obrigado a reparar, afirma o aludido dispositivo:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamnete moral, comete ato ilícito”.

Assim, existe alguns elementos importantes para a configuração da Responsabilidade Civil, sendo elas, a Ação ou omissão, o dano, o nexo causal e a culpa, assim explica Carlos Roberto Gonçalves:

Ação ou omissão – Inicialmente, refere--se a lei a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam. Dano – Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. Pode ser, também, coletivo ou social. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto<sup>46</sup>. Relação de causalidade – É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. A culpa pode ser, ainda, *in eligenda*: decorre da má escolha do representante, do preposto; *in vigilanda*: decorre da ausência de fiscalização; *in comittenda*: decorre de uma ação, de um ato positivo; *in omittenda*: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster; *in custodienda*: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou de algum objeto. (GONÇALVES, 2021, p.32).

A Responsabilidade Civil possui um conteúdo extenso e imprescíveis, possuindo várias teorias, como a teoria subjetiva, objetiva, contratual e extracontratual.

Na Teoria Subjetiva, conhecida também como “Teoria da Culpa, presume a culpa como o requisito principal, se não houver a culpa, não terá motivo para indenizar, ela é causada através da negligência, imperícia e imprudência.

A Teoria Objetiva surgiu após o desenvolvimento das indústrias, visto que os trabalhadores eram expostos a situações de riscos, como acidentes nas fábricas e indústrias. Assim, o empregado deveria comprovar os fatos e se caso não provasse não conseguia qualquer indenização.

No que tange a Responsabilidade Civil Contratual e Extrancontratual, se diferenciam no fato de que a Contratual se relaciona devido a um contrato firmado e caso a outra parte não cumpra, o credor só precisará provar o inadimplemento da obrigação e tais danos



causados, não precisando provar a culpa, e na Extrancontratual estaria vinculada através de um descumprimento do dever legal e mesmo não tendo um contrato firmado, se caso ocorrer o descumprimento o agente deverá reparar o dano.

## **5.IMPORTÂNCIA DOS PAIS NA FORMAÇÃO DOS FILHOS**

Aduz o artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

Artigo 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.

Entrelaçado com o artigo 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente, aduz que “Aos pais incumpe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”

Em virtude disso, fica claro o quanto os pais são essenciais na vida dos filhos, é no âmbito familiar que encontram suporte, onde irão aprender a conviver com as demais pessoas e principalmente dar apoio para que os menores possam a construir seus valores e princípios relevantes ensejando uma boa relação perante a sociedade.

Atinente às relações, ao se tratar de afeto, econtra-se respaldo constitucional perante o direito a dignidade da criança, da convivência familiar e também sobre a proteção da criança e do adolescente. Assim, não é apenas uma recomendação ética cuidar dos menores, são diretrizes fundamentais que deverão reger a relação de pais e filhos.

No que tange ao aprendizado escolar da criança é imprescindível que os pais estejam sempre presentes para que os filhos consiga uma boa formação. Ignorando tal situação, os ganitores estariam abandonando seus filhos moralmente. A doutrinária Valéria Silva Galbino Cardin, preceitua que:

Compete aos pais o dever de acompanhar o processo de desenvolvimento da criança até o seu amadurecimento fornecendo-lhe referenciais de conduta e prestando-lhes assistência material e moral à criança e do adolescente. (CARDIN, 2017, p.46)

De acordo com o artigo da Associação Americana de Psicologia, do ano de 2010, mostra que aptidão da criança de enfrentar os problemas quando adulta está ligada quanto a relação que teve com os pais quando criança.

Educar os menores vai além de apenas dar dinheiro para suas necessidades básicas, a verdadeira educação faz com que os pequenos saibam resolver suas questões psicológicas, sociais, afetivas, fazendo com que sejam valorizada no meio em habita.

A criança quando é abandonada gera nela vários traumas, desenvolve ansiedade, depressão e muitas vezes transtornos irreparáveis, pensar em uma criança que não podem sentir o amor dos pais é pensar em uma criança triste sem qualquer expectativa de vida, Valéria Silva Galdino Cardin aduz que:

No que se refere ao dano experimentado e o nexos de causalidade, destaca-se que essa desídia dos pais em relação aos filhos é apontada como um dos principais fatores a desencadear comportamentos antissociais nas crianças, e está muito associada à história de vida de usuários de álcool e outras drogas, e adolescentes com comportamento infrator, bem como pode causar diversas psiconeuroses e desvios de caráter. (CARDIN, 2017, p.52)

Assim, a Autora Daiane de Assis Paiva afirma:

O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador. Isso exige dos pais o dever de criar e educar seus filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do exercício do poder familiar. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio das pessoas em formação. Não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. (PAIVA, 2021, p.19)

Em vista disso, no que concerne sobre o dever de distribuir afeto não constar expressamente no artigo 1634 do Código Civil, neste artigo preceitua os deveres dos pais para com os filhos menores, senão vejamos:

Art. 1634: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I- Dirigir-lhes a criação e a educação; II- Tê-los em sua companhia e guarda; III- Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV- Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevier, ou sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V- Representar-lhes, até os dezesseis

anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após esta idade, nos atos em que forem parte, suprindo-lhes consentimento; VI- Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII- Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

É preciso salientar que abandonar uma criança traz vários problemas que muitas vezes impossível repará-los, trazendo uma baixa estima, péssimo rendimento escolar, medo de se posicionar, mau comportamento, confusões de identidade, depressão e vários outros problemas devido a falta de cuidado dos pais.

## **6. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO**

No capítulo anterior frizamos o quanto os pais são importante na criação de seus filhos, então imaginemos tamanha dor da criança abandonada, e essas dores sofrida por elas não podem passar despercebidas, os genitores é preciso passar por alguma penalização, caso contrário, esse cenário será cada dia mais corriqueiro e muitas crianças sofrendo por negligência dos pais.

Cediço que o afeto não está implícito na Constituição, mas está explícito no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio este presente em nosso ordenamento jurídico. Assim, todos precisam do mínimo necessário para viver e com os menores não é diferente, eles precisam do mínimo, seja financeiro, seja afetivo para que consigam crescerem e se desenvolverem, intelectualmente ou de forma emocional.

É claro que ninguém é obrigado a amar alguém, porém a criança não é culpada por ter sido gerada, assim é dever dos genitores ao menos dar uma vida digna e abandono a afetivo só irá tirar qualquer chance de ter sucesso e causar-lhes danos psicológicos.

Importante mencionar que o primeiro caso de indenização por abandono afetivo foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça em Minas Gerais.

O caso narra que o filho teve contato com o pai até os seis anos, com o nascimento de sua irmã, o pai deixou de ser presente na vida do filho e apenas dava uma pensão alimentícias de 20% dos seus rendimentos mensais, ignorando qualquer laço afetivo, não se importando mais com as datas comemorativa, como aniversários, formaturas e vários outros momentos.

Assim, em conformidade com o artigo 227 da Constituição Federal, o filho propôs uma ação por danos morais. Esta ação foi julgada improcedente em primeiro grau, no ano de 2004 em segunda instância, conforme relatoria do Desembargador Unias Silva, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, ficou reconhecido dano moral e psíquico que foi causado ao filho pelo o abandono afetivo, estabelecendo um valor de 200 (duzentos) salários mínimos.

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO - FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Deram provimento. (TJMG, Apelação Civil 408.550.54, Rel. Des. Unias Silva).

No ano de 2012, houve um caso julgado em São Paulo, da Terceira Turma do Tribunal Superior de Justiça, condenou um pai a indenizar a filha no valor de R\$ 200.000,00 (Duzentos mil reais).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

Em decisão de primeira instância, o magistrado julgou a petição improcedente, porém em segunda instância o TJ – SP, reformou a sentença estabelecendo um valor de indenização de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). O pai entrou com recurso ao STJ, alegando não haver ilícito, todavia, a ministra Nancy Andrighi, constatou a Responsabilidade por Abandono Afetivo, e ainda disse que “amar é faculdade, cuidar é dever”. Palavras da ministra (ANDRIGHI, 2012): (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”.

Desta forma, o pai foi condenado a realizar um valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais), em virtude do sofrimento causado a filha pelo o abandono, e assim caracterizando o dano.

Há também um caso recente, julgado em São Paulo, pela 1º Câmara de Direito Privado, que condenou o pai a indenizar seu filho de 07 anos no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

**DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO.** Espontaneidade do afeto que não se confunde com o dever jurídico de cuidado, decorrente da relação paterno-filial. Caracterização de abandono afetivo. Elementos de informação constantes dos autos demonstram que o réu deixou, voluntariamente, de conviver com o filho menor, causando-lhe prejuízos de ordem extrapatrimonial. Réu revel, que mora próximo à residência do filho, mas não o visita e nem paga alimentos regulares. Desnecessidade da produção de prova pericial para constatar o mal que tal comportamento causa à criança de 7 anos, reatado por testemunha e pela própria genitora. Devida a fixação de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00, a fim de reparar o sofrimento comprovadamente causado ao demandante. Ação procedente. Recurso provido. (TJ-SP - AC: 10172226320198260562 SP 1017222-63.2019.8.26.0562, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 10/09/2021, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/09/2021)

Assim, em frente ao supremencionado, relata Rodrigo da Cunha:

“É obrigação dos pais cuidarem dos seus filhos. E aqueles que descumprem tal obrigação estão infringindo regras do Código Civil – artigo 1634, inciso II – e o princípio constitucional da paternidade responsável, devendo sofrer as sanções da lei, sob pena de ela tornar-se mera regra moral, ou seja, virar letra morta. (CUNHA, 2018)”

O especialis em Direito de Família, Rodrigo da Cunha, ainda afirma que:

“Um pai condenado a indenizar o filho pelo descumprimento da obrigação jurídica de educá-lo certamente se afastará ainda mais do filho. Isto é óbvio! Mas quem opta por entrar na Justiça também já esgotou todas as tentativas de aproximação e deve ter passado toda a vida esperando e mendigando algum afeto deste pai — mães dificilmente abandonam o filho — e este ato é apenas o seu grito de desespero, já que nada mais podia ser feito. Pelo menos ele pôde perguntar oficialmente: Pai, por que me abandonaste? O valor da indenização é simbólico, pedagógico e educativo e até poderia ser destinado a instituições de crianças abandonadas. Não há dinheiro no mundo que pague o abandono afetivo. Isto também é óbvio. (CUNHA, 2018)”

No mundo jurídico há diversas corrente em relação a Responsabilidade Civil e o munús indenizatório, na acepção negativa, doutrinários afirmam que o pai que for condenado a indenizar o filho por danos causados em virtude do abandono só irá prejudicar ainda mais a relação com o filho, e o amor não é algo que deveria ser forçado. Afirma ainda o doutrinário Francisco Alejandro Horne:

Não se pode, portanto, quantificar o desejo e o amor, muito menos exigir que se goste ou não, que se realize ou não o ato de adoção. O princípio da liberdade afetiva se sobrepõe a qualquer outro princípio para a realização da dignidade, visto que não se pode exigir afeto. (Horne, 2007, p.8)

Na acepção positiva, o dever indenizatório é considerado imprescindível, ainda que não consiga o afeto dos pais para o filho, terá ao menos uma reparação diante da omissão e do dever de cuidado, tendo em vista que o desenvolvimento da criança restou prejudicado.

Assim, expõe Cleber Afonso Angeluci:

Pareça até aceitável argumentar sobre a impossibilidade de o Judiciário arbitrar qualquer reparação em pleitos indenizatórios por morte, pois lhe escapa a possibilidade de ressuscitar a pessoa falecida, o que não procede. (...) Negar, nos dias atuais, o valor e a relevância ao afeto, consiste nega sua necessidade para a implementação da dignidade da pessoa humana, ou seja, negar o princípio fundamnetal do Estado brasileiro. (ANGELUCI, 2006, p.51)

É de suma importância entender que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser usado em todas as esferas dentro do nosso ordenamento jurídico e principalmente no Direito de Família. E caso ocorrer a violação, é preciso que o dever de indenizar também esteja presente. E como mencionado, as mais recentes jurisprudências adotam a corrente positiva.

Certo que os pais não são obrigados a viver para os filhos, mas é preciso que tenham consciência que essa relação é necessário ter afetividade. É triste olhar para uma criança que não teve a oportunidade de ter essa figura materna ou paterna.

E por fim, o objetivo da indenização é fazer com que a sociedade entenda a importância da paternidade ou maternidade, o valor do amor é imensurável, mas diante da falta dele irá gerar a obrigação de indenizar.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir do trabalho exposto é possível analisar, como o núcleo familiar mudou, a família que foi construída com tantas regras feita pela a sociedade, hoje ganhou seu espaço e é livre para desenvolver de acordo com suas vontades. E o princípio da afetividade foi a base para que esta evolução acontecesse.

Diante de tamanha evolução, a criança ganhou proteção do Estado contra qualquer tipo de ofensa, danos ou violência. Ademais, o artigo 227 da Constituição Federal preleciona que é dever dos pais cuidar dos filhos.

Para os genitores que não compreendem tamanha responsabilidade que é cuidar do filho e acompanhar o seu desenvolvimento, o Instituto da Responsabilidade Civil irá exercer o seu papel sobre o descaso do abandono afetivo.

Assim, o artigo 186 do Código Civil afirma que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamnete moral, comete ato ilícito”. Desse modo, torna-se obrigação dos pais indenizar os filhos ao causar danos.

Cumprir informar que esta indenização não tem como objetivo fazer com que os genitores de forma obrigatória venha a sentir afeto por seus filhos, até porque é impossível fazer uma pessoa amar outra obrigatoriamente, porém serve como forma de conscientizar a sociedade pela a negligência dos pais e evitar que outras crianças venham a sofrer devido a falta de responsabilidade dos genitores.

Por fim, diante de todo trabalho exposto, é de suma importância que os operadores do direito estejam sempre pontuando e refletindo sobre o abandono afetivo, a fim de

consolidar o entendimento sobre a Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo, frisando sempre a importância do pai no desenvolvimento da criança.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELUCI, Cleber Afonso. **O amor tem preço? Revista CEJ**. Brasília, n. 35, BATISTA, Sílvio Neves. Manual de Direito de Família. 2. Ed. Recife: Bagaço, 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 08 de mar, de 2022.

CARDIN, Valéria Silva; VIEIRA, Tereza Rodrigues; BRUNINI, Bárbara Cissetin Costa. Famílias, Psicologia e Direito. Brasília, 1. Ed, 2017.

CUNHA, Rodrigo da. Episódio 4 – Abandono Afetivo. Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/episodio-4-abandono-afetivo/>. Acesso em: 01 mai. 2022.

GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade Civil**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. 9786555592931. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592931/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de danos morais por abandono afetivo do pai. Revista brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, n. 8, 2007.

LEITE. Tatiana Helen de Avila. **Responsabilidade Civil por Abando Afetivo**. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/22345/3/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20ABANDONO.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2022.

MADALENO, Rolf. Direito de Família . [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9786559640515. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada Civil. Apelação Cível Nº 408.550-5. Deram provimento. Produziu sustentação oral pelo apelado o Dr. Joao Bosco Kumaira e assistiu ao



juízo de julgamento pelo apelante Dra. Thais Câmara Maia. Belo Horizonte, 01 de abr. de 2004. **Espelho do Acórdão**, Belo Horizonte. Disponível em: [https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.408550-5%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar). Acesso em: 30 abr. de 2022.

Abandono Afetivo: Responsabilidade Civil e uma visão além da indenização [recurso eletrônico] / Daiana de Assis Paiva - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. 58 p. 1. Família; 2. Acesso em: 30 abr. 2022.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: AC 1017222-63.2019.8.26.0562 SP 1017222-63.2019.8.26.0562. Recurso Provido. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1278774853/apelacao-civel-ac-10172226320198260562-sp-1017222-6320198260562>. Acesso em: 01 mai. 2022.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, Recurso Especial nº 1.159.242 SP. Recurso Especial parcialmente provido. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1067604&tipo=0&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em: 01 mai. 2022.

## **AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA REGULAMENTADAS NA LEI MARIA DA PENHA E SUA DECRETAÇÃO PELO DELEGADO DE POLÍCIA E SEUS AGENTES: ARTIGO 12 – C DA LEI 11.340 DE 07 DE AGOSTO DE 2006**

**JAQUELINE DE PAULA E SILVA:**

Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).<sup>125</sup>

**BRUNO VINICIUS NASCIMENTO OLIVEIRA**<sup>126</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo a verificação da Inconstitucionalidade do artigo 12-C da Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, por possivelmente estar infringindo os Princípios da Jurisdicionalidade, do Devido Processo Legal e da Isonomia. Assim a problemática a ser investigada no presente trabalho acadêmico, discorre acerca da alteração da Lei Maria da Penha, pela Lei nº 13.827/19 e pela Lei 14.188/21, que inclui o artigo 12-C e seus incisos I, II e III, ser ou não inconstitucional, por infringir os Princípios supramencionados. Para o desenvolvimento da pesquisa, o método utilizado foi o de abordagem dedutiva, o tipo de pesquisa foi à exploratória, em análises quantitativas. Ao final dos estudos, verificou-se que no artigo 12-C da Lei Maria da Penha, não infringe os princípios da jurisdicionalidade e do devido processo legal. Porém, o princípio da isonomia sofre violação pelo inciso II, do artigo 12-C, por tratar de maneira desigual mulheres que se encontram em situações iguais de violência doméstica e familiar.

**Palavras-chave:** Lei Maria da Penha; Medidas Protetivas de Urgência; Autoridades policiais; Princípios.

**ABSTRACT:** The present work aims to verify the unconstitutionality of article 12-C of Law 11,340 of August 7, 2006, for possibly violating the Principles of Jurisdiction, Due Process of Law and Isonomy. Thus, the issue to be investigated in the present academic work, discusses the amendment of the Maria da Penha Law, by Law No. whether or not it is unconstitutional, as it violates the above-mentioned Principles. For the development of the research, the method used was the deductive approach, the type of research was exploratory, in quantitative analysis. At the end of the studies, it was found that article 12-C of the Maria da Penha Law does not violate the principles of jurisdiction and due process

---

<sup>125</sup> Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: jaqueline.paula@ifto.edu.br.

<sup>126</sup> Titulação. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: brdamaso@gmail.com.

of law. However, the principle of isonomy is violated by item II of article 12-C, for treating women who are in equal situations of domestic and family violence unequally.

Keywords: Maria da Penha Law; Emergency Protective Measures; Police Authorities; Principles.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 HISTÓRICO DA LEI MARIA DA PENHA. 2.1 BREVE HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NO BRASIL. 2.2 LEI MARIA DA PENHA: CONCEITO DE VIOLÊNCIA, AMBIENTE, AS CIRCUNSTÂNCIAS E AS FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. 2.3 TIPOS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: MEDIDAS QUE OBRIGAM O AGRESSOR E MEDIDAS QUE PROTEGEM A VÍTIMA. 3 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA DECRETAÇÃO DO AGRESSOR DE SEU LAR OU DOMICÍLIO PELO DELEGADO DE POLÍCIA E SEUS AGENTES. 3.1 CONCESSÃO DA MEDIDA DE AFASTAMENTO DO AGRESSOR DE SEU LAR OU DOMICÍLIO ANTES DA APROVAÇÃO DA LEI Nº 13.827 DE 2019. 3.2 CONCESSÃO DA MEDIDA DE AFASTAMENTO DO AGRESSOR DE SEU LAR OU DOMICÍLIO PELO DELEGADO DE POLÍCIA E SEUS AGENTES. 3.3 A INCLUSÃO DO ARTIGO 12 – C NA LEI MARIA DA PENHA E SEUS REFLEXOS NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS DA JURISDICIONALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA ISONOMIA. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha, em vigor desde 2006, traz em seu arcabouço Medidas Protetivas de Urgência nos seus artigos 22, 23 e 24, com o objetivo de promover efetividade a proteção de mulheres vítimas de violência doméstica. No ano de 2019, a Lei Maria da Penha passou por alterações normativas com a inclusão do artigo 12-C pela Lei 13.87/2019, que autoriza o delegado de polícia, bem como o policial, aplicar medida protetiva de urgência, afastando o agressor de seu lar ou domicílio, quando em situações de violência doméstica ou familiar existir risco atual ou iminente, a vida ou integridade física, da vítima ou seus dependentes.

De acordo com Alice Bianchini (2014), a retirada do agressor de seu domicílio, contribui para o combate e a prevenção da violência doméstica, além de aproximar a vítima da Justiça.

Neste contexto, cabe a verificação da constitucionalidade do artigo 12-C, da Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, por possivelmente incorrer na violação dos Princípios Constitucionais e Processuais Penais da Jurisdicionalidade, do Devido Processo Legal e da Isonomia. Os princípios são, além de fontes de garantias e direitos, compõem as normas que servem como bases do ordenamento jurídico. (OLIVEIRA, 2011).

Com tudo, tem-se a problemática a ser investigada no presente trabalho acadêmico: A alteração da Lei Maria da Penha, pela Lei nº 13.827/19 e pela Lei 14.188/21, que inclui o artigo 12-C, é inconstitucional, por infringir os Princípios Constitucionais e Processuais Penais da Jurisdicionalidade, do Devido Processo Legal e o Princípio da Isonomia?

Com os objetivos tem-se, a verificação da Inconstitucionalidade do artigo 12-C, da Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, por possível infração dos Princípios Constitucionais e Processuais Penais da Jurisdicionalidade, do Devido Processo Legal e da Isonomia, além de, discorrer acerca da relevância do artigo 12-C, da Lei 11.340/06, na proteção à mulher vítima de violência doméstica.

Para realização deste estudo será utilizado o método de abordagem dedutiva, que parte do geral para um particular. Desta forma, extrai o conhecimento a partir de pressupostos gerais e aplica-os em situações concretas. Em se tratando do tipo de pesquisa, será utilizada a espécie exploratória, em análises qualitativas, coletando os dados em pesquisas bibliográficas e documentais, estes predominam o exame rigoroso de doutrinas, legislações e jurisprudências, buscando interpretações possíveis para chegar à conclusão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 12-C da Lei Maria da Penha. (BITTAR, 2019).

A presente pesquisa se justifica pelo crescimento dos casos de violência doméstica no Brasil nos últimos anos. Dados da Central de Atendimento à mulher registrou 1,3 milhão de chamadas em 2019 e consta que a violência doméstica e familiar no Brasil, representar 78,96% das violações registradas na central. (BRASIL, 2020)

Para melhor explanação do tema em análise, foi de fundamental importância discorrer sobre o histórico da violência sofrida pela mulher no Brasil, com o intuito de compreender a importância da Lei Maria da Penha em nossa sociedade. Sendo também imprescindível elucidar alguns conceitos apresentados pela Lei Maria da Penha, como o conceito de violência doméstica, os tipos de violência doméstica e familiar, bem como o ambiente onde essas ocorrem. Além disto, apresentação dos princípios da jurisdicionalidade, do devido processo legal e da isonomia, com referência em doutrinadores.

Outro ponto de fundamental importância para a análise do tema, foi apresentar o entendimento da Associação dos Magistrados Brasileiros, que a expressou em forma de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal Justiça, acerca da alteração da Lei Maria da Penha, introduzida pela Lei 13.87/2019, que autoriza o delegado de polícia, bem como o policial, aplicar medida protetiva de urgência, afastando o agressor de seu lar ou domicílio.

Assim, diante da realidade apresentada pelos dados expostos acima, vislumbra-se a expressiva necessidade do estudo acerca da atualização da Lei Maria da Penha, trazida pelo

Artigo 12-C e seus incisos, dado que, trata-se de uma temática acerca do estudo minucioso sobre direitos e princípios fundamentais, além de contribuir para a segurança jurídica de mulheres e de seus familiares, que se encontrarem em situação de violência doméstica, sofrendo um risco atual ou eminente à sua vida ou à sua integridade física ou psicológica. O trabalho trouxe a atualização da Lei Maria da Penha, com a inclusão do artigo 12-C e seus incisos, e seus reflexos na reserva de jurisdição, no princípio do devido processo legal e da isonomia.

## **2.HISTÓRICO DA LEI MARIA DA PENHA**

Neste título será abordado o histórico da violência contra a mulher, no âmbito nacional, bem como os aspectos da Lei Maria da Penha, com relação ao conceito de violência doméstica e familiar, o ambiente e as circunstâncias da ocorrência desse tipo de violência, bem como as formas de violência que a Lei regulamenta.

### **2.1 BREVE HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NO BRASIL**

A Misoginia, preconceito de gênero, é um dos mais antigos preconceitos inseridos na sociedade. Teve seu surgimento com o patriarcado, que se deu pelo desenvolvimento da agricultura, e em consequência a transição da vida nômade para o sedentarismo. Nesta nova realidade, a mulher passou a ocupar um papel considerado secundário para o desenvolvimento social, e o homem passa então a ser a autoridade dentro do lar. (LIRA, 2015)

Ao passo que, as divisões de tarefas, dentro deste novo modelo de vida, sedentarismo, eram delimitadas, a mulher passa a ser considerada propriedade de seu pai, e posteriormente, após o matrimônio, propriedade de seu marido. Diante destas circunstâncias, as mulheres, desde os tempos remotos, eram diariamente submetidas a violências físicas, morais e psicológicas, que ocorriam, tanto no convívio familiar, como no convívio com a sociedade, que obrigava a mulher a comportar-se de forma submissa ao homem. (LIRA, 2015)

No Brasil Colônia, a igreja católica implementou o início da educação no país. Porém, a mulher não tinha o direito a participar da educação da época. Com o passar dos tempos, a luta das mulheres, na busca de garantir direitos aos poucos alcançou novos horizontes, como exemplo, no século XIX, foram editados os primeiros jornais escritos por mulheres, que na época, serviam como o principal meio de divulgação de suas lutas por igualdade. (LIRA, 2015)

Ainda no século XIX, as mulheres passam a trabalhar em indústrias brasileiras. No ano de 1918 inicia-se um movimento feminino reivindicando o direito da mulher ao voto,

que contribuiu para a aprovação do Código Eleitoral em 1932, assegurando o direito da mulher de votar e ser votada. (LIRA, 2015)

A Constituição de 1934 estabelece o Princípio de Igualdade de Gênero, em seu artigo 113, 1, que repudiava os privilégios e distinções por motivo do sexo. Em 1936, foi instituído o Estatuto da Mulher, por Hertha Lutz, que rejeitava o projeto nº 177, onde era estabelecido, que para a mulher casada, exercer a profissão de corretor de seguros, era necessário o consentimento do marido. (LIRA, 2015)

Em 1970 a luta feminina foi pela Anistia, em 1975 a ONU cria O Ano Internacional da Mulher. Em 1977 é promulgado no Brasil, a lei do divórcio, que oportunizava as mulheres casadas, vítimas de violência doméstica, praticadas por seu marido, solicitarem o fim da união conjugal. Com a Carta Magna de 1988, a mulher adquire direitos como cidadãs e trabalhadoras. (LIRA, 2015)

Entretanto, a mais significativa lei promulgada no Brasil, que tem por objetivo a proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar e a Lei 11.340 de 17 de agosto de 2006, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”. A referida lei, nasceu da indiferença da justiça brasileira em punir o agressor da cidadã brasileira Maria da Penha Maia Fernandes, que foi vítima de diversas tentativas de homicídios disferidas por seu companheiro, que a deixou paraplégica.

Diante deste cenário de negligência do Legislativo brasileiro, Maria da Penha, após publicar um livro que contava a sua trajetória de sofrimento constante de violência doméstica, recorreu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em busca de justiça. O órgão internacional, condenou o Brasil no ano de 2002, e determinou que o país promulgasse leis e políticas públicas, que fossem voltadas a proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

## 2.2 LEI MARIA DA PENHA: CONCEITO DE VIOLÊNCIA, AMBIENTE, AS CIRCUNSTÂNCIAS E AS FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Como brevemente demonstrado no título anterior, a violência contra a mulher é presente na sociedade desde os tempos remotos. Em acordo com Damásio de Jesus (2015), a violência contra a mulher constitui um fato social, que ocorre tanto no Brasil, quanto no mundo; e que o conceito de violência está em constante mudança, pois em diferentes épocas, diferentes comportamentos são enquadrados como práticas violentas.

Ainda segundo o autor, a divisão tradicional de tarefas reservadas ao gênero feminino, que em muitos anos, se limitavam a esfera familiar e à maternidade, contribuiu para que a violência contra a mulher, em regra, ocorresse no seio familiar, tendo como principal agressor o próprio companheiro. (JESUS, 2015)

A violência doméstica contra a mulher tem severas consequências sobre a saúde e o desenvolvimento da cidadania das mulheres, e por isto deve ser combatida com leis severas e políticas públicas eficazes, que buscam proteger a mulher em seu ambiente familiar.

A Convenção de Belém do Pará, em seu Artigo I, traz o conceito de violência contra a mulher; configurando como qualquer ato ou conduta que seja baseada no gênero, e que venha a causar a morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada. (BRASIL, 1996)

A Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, delimita a violência doméstica e familiar contra a mulher, como qualquer ação ou omissão que seja baseada no gênero e que venha a causar a morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, bem como dano moral ou patrimonial. (BRASIL, 2006).

Importante esclarecer que, a Lei Maria da Penha, não pune toda e qualquer violência contra a mulher. A referida lei, tem por objetivo, punir a violência doméstica e familiar que ocorre por motivos de gênero. A violência doméstica e familiar é uma espécie de violência contra a mulher. Suas características mais relevantes são:

a) decorre de uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher; b) esta relação de poder advém dos papéis impostos às mulheres e aos homens, reforçados pela ideologia patriarcal, os quais induzem relações violentas entre os sexos, já que calcados em uma hierarquia de poder; c) a violência perpassa a relação pessoal entre homem e mulher, podendo ser encontrada também nas instituições, nas estruturas, nas práticas cotidianas, nos rituais, ou seja, em tudo que constitui as relações sociais; d) a relação afetivo--conjugal, a proximidade entre vítima e agressor (relação doméstica, familiar ou íntima de afeto) e a habitualidade das situações de violência tornam as mulheres ainda mais vulneráveis dentro do sistema de desigualdades de gênero, quando comparado a outros sistemas de desigualdade (classe, geração, etnia)." (BIANCHINI, 2014, p.50).

Para que o agressor de uma mulher seja enquadrado na Lei Maria da Penha, além da violência ser motivada por uma questão de gênero, ela também deve ocorrer em circunstâncias domésticas, familiar ou em uma relação de íntimo afeto. O âmbito doméstico é compreendido pelo espaço físico onde pessoas, com ou sem vínculo de parentesco, convivem de maneira durável e ininterrupta. (BIANCHINI, 2014).

Também é caso de incidência da Lei Maria da Penha a agressão ocorrida entre familiares, ou seja, a vítima e o agressor pertencem à mesma família ou mantêm uma estreita ligação com os membros da família, podendo ser por afinidade ou vontade expressa. Como exemplos, um cunhado que agride uma cunhada, um irmão que agride uma irmã, um filho que agride uma mãe. (BIANCHINI, 2014)

O Superior Tribunal de Justiça, também coaduna com este entendimento, como demonstrado em jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL EM AMBIENTE DOMÉSTICO SUPOSTAMENTE COMETIDO POR FILHO CONTRA MÃE. APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA MULHER. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para os efeitos de incidência da Lei Maria da Penha, o âmbito da unidade doméstica engloba todo espaço de convívio de pessoas, com ou sem vínculo familiar, ainda que esporadicamente agregadas. Ademais, a família é considerada a união desses indivíduos, que são ou se consideram aparentados, por laços naturais, afinidade ou vontade expressa e o âmbito doméstico e familiar é caracterizado por qualquer relação íntima de afeto, em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. 2. Esta Corte Superior entende ser presumida, pela Lei n. 11.340/2006, a hipossuficiência e a vulnerabilidade da mulher em contexto de violência doméstica e familiar. É desnecessária, portanto, a demonstração específica da subjugação feminina para que seja aplicado o sistema protetivo da Lei Maria da Penha. Isso porque a organização social brasileira ainda é fundada em um sistema hierárquico de poder baseado no gênero, situação que o referido diploma legal busca coibir. 3. Na espécie, deve ser reconhecida a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, tendo em vista que o suposto delito foi cometido dentro do âmbito da família, por filho contra mãe. 4. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no REsp 1931918/GO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2021/0105808-3, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 28/09/2021, Data de Publicação/Fonte: DJe 30/09/2021)

Sempre importante destacar que não é necessário que haja coabitação entre vítima e o agressor, entendimento já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: Súmula 600 “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” (SÚMULA 600, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/11/2017, DJe 27/11/2017)



Em seu artigo 7º, a Lei Maria da Penha elucida as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.(BRASIL, 2006)

Este dispositivo não é taxativo, pois em sua descrição trás o enunciado “entre outras”. Bianchini (2014), em seu livro “ Saberes Monográficos: Lei Maria da Penha”, traz exemplos de violência contra a mulher, que se enquadram na Lei Maria da Penha, porém não estão expressamente mencionadas no artigo 7º da Lei Maria da Penha: a violência espiritual é uma delas, e ocorre quando uma mulher é impedida por seu companheiro de seguir determinada religião ou crença, por ele entender que ela não tenha capacidade de escolher sua própria religião.

O Capítulo II da Lei Maria da Penha, e reservado as tratativas das Medidas Protetivas de Urgência. Em seu artigo 18, vêm estabelecido o prazo de 48 horas, para que o juiz conceda a aplicação de medidas protetivas de urgência, que venham a ser requeridas pelo

Ministério Público ou mediante pedido da ofendida. As medidas protetivas de urgência, podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa. No próximo tópico será abordado as medidas protetivas de urgência que tem por objetivo obrigar o Agressor, bem como as medidas que são direcionadas a proteção da vítima de agressão doméstica e familiar. (BRASIL, 2006)

### 2.3 – TIPOS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: MEDIDAS QUE OBRIGAM O AGRESSOR E MEDIDAS QUE PROTEGEM A VÍTIMA

O entendimento doutrinário acerca das Medidas Protetivas de Urgência, é de que estas constituem uma tutela de urgência autônoma, pois independem de vinculação à inquéritos policiais ou até mesmo a processos cíveis ou criminais. Sua natureza jurídica é cível, e devem permanecer enquanto forem necessárias na garantia da integridade física, psicológica, moral, sexual e patrimonial da vítima de agressão de gênero, ocorridas no âmbito domésticos e familiar, ou em uma relação íntima de afeto. (DINIZ, 2020)

Este também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. "O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas" (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). 3. Recurso especial não provido. (Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJE 07/04/2014 REVPRO vol. 232 p. 497 RMD CPC vol. 59 p. 123 RSTJ vol. 235 p. 450 Decisão: 11/02/2014)

Importante mencionar que, em se tratando de Medidas Protetivas de Urgências que se encontram regulamentadas no artigo 22 nos incisos I, II e III, o entendimento do Superior

Tribunal de Justiça é que estas medidas possuem natureza jurídica Penal, porquanto deverá ser atrelada à inquérito policial ou processo penal em andamento, pois trata-se de medidas que limitam o direito de ir e vir do agressor, como bem coloca o Ministro FISCHER em sede de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LEI N. 11.340/06. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE INQUÉRITO POLICIAL OU AÇÃO PENAL EM CURSO. MANUTENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA PENAL. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESFAVORÁVEL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. I - Dentre as medidas previstas no art. 22 da Lei 11.340/06, evidencia-se que as constantes dos incisos I, II e III têm natureza eminentemente penal, visto que objetivam, de um lado, conferir proteção à vida e à integridade física e psicológica da vítima e, de outro, impõem relevantes restrições à liberdade e ao direito de locomoção do agressor, bens jurídicos esses merecedores da maior proteção do direito penal. II - Ademais, as medidas protetivas possuem natureza apenas cautelar, restringindo-se a sua aplicação a casos de urgência, de forma preventiva e provisória. III - Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento de que "as medidas protetivas fixadas na forma do art. 22, incisos I, II e III, da Lei 11.340/2006 possuem caráter penal e, por essa razão, deve ser aplicado o procedimento previsto no Código de Processo Penal" (AgRg no REsp n. 1.441.022/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 2/2/2015). IV - In casu, o eg. Tribunal de origem consignou que mantidas as medidas protetivas desde 23.02.2017, em razão de atos ocorridos naquele ano, não consta, entretanto, tenha sido instaurada ação penal referente à infração criminal. V - Com efeito, as medidas protetivas impostas, em que pese tenham força apenas cautelar, têm limitado a liberdade e o direito de ir e vir do agravado, conquanto não exista ação penal em curso nem se tenha perspectiva de deflagração do jus persecutionis. A imposição das restrições de liberdade ao recorrido, por medida de caráter cautelar, de modo indefinido e desatrelado de inquérito policial ou processo penal em andamento, resulta em constrangimento ilegal. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n 1761375/MG, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, Dje: 09/03/2021, Data de Publicação: 22/03/2021)

As medidas protetivas mencionadas no parágrafo anterior constituem:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida. (BRASIL, 2006).

As medidas protetivas de urgência podem ser divididas em: Medidas que obrigam o agressor e medidas protetivas de urgência que protegem a vítima. Esta última, nos ensinamentos de BIANCHINI, pode ser subdividida em: "b) medidas dirigidas à vítima, de caráter pessoal; c) medidas dirigidas à vítima, de caráter patrimonial; d) medidas dirigidas à vítima nas relações de trabalho." (BIANCHINI, 2014, p.341)

As medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, encontram-se enumeradas no artigo 22 da Lei Maria da Penha, são estas: suspensão da posse ou restrição do porte de armas; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas; bem como, a proibição do contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; além de o agressor não poder frequentar determinados lugares; restrição, e até mesmo a suspensão do direito de visitação à dependentes menores; prestação de alimentos; comparecimento do agressor em programas de recuperação; além de acompanhamento psicossocial do mesmo.(BRASIL, 2006).

As medidas protetivas de Urgência que são direcionadas à vítima, estão regulamentadas no artigo 23 e 24 da Lei Maria da Penha, e nenhuma delas possuem natureza criminal, podendo ser aplicadas de forma cumulativas com outras, dependendo da complexidade e do perigo de cada caso. Essas medidas têm por finalidade a proteção física e psicológica da ofendida. (BIANCHINI, 2014).

É de suma importância salientar que, o artigo 13 da Lei Maria da Penha, traz a possibilidade de aplicação nas causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil, bem como a legislação aplicada à criança, ao adolescente e ao idoso. No Estatuto do Idoso e o Estatuto da Criança e do Adolescente, também são descritas algumas medidas, que se necessário, podem ser aplicadas de forma complementar às medidas protetivas estabelecidas na Lei Maria da Penha. (BIANCHINI, 2014).

Por fim, a Lei Maria da Penha, em seu artigo 22, descreve medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, e em seus artigos 23 e 24, elucida medidas protetivas que são voltadas a proteção da vítima de violência doméstica e familiar. As medidas

protetivas voltadas para as vítimas de violência doméstica e familiar não são taxativas, podendo o juiz, conforme consta no *caput* do artigo 23, aplicar, quando necessário, outras medidas. Já as medidas que podem ser aplicadas ao agressor estão descritas, especificadamente na Lei Maria da Penha, e podem ser aplicadas de forma cumulativa, a depender do entendimento do juiz.

### **3 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA DECRETAÇÃO DO**

#### **AFASTAMENTO DO AGRESSOR DE SEU LAR OU DOMICÍLIO PELO DELEGADO DE POLÍCIA E SEUS AGENTES.**

A Lei Maria da Penha regulamenta medidas protetivas de urgência, entre elas, a decretação do afastamento do agressor de seu lar ou domicílio. Esta medida consta no artigo 22, inciso II, que determina a competência do Juiz em decretar esta, entre outras medidas, de imediato, ao agressor, sempre que for detectado à prática de violência doméstica e familiar.

Neste capítulo, será abordado como era a decretação do afastamento do agressor de seu lar ou domicílio antes da aprovação da Lei nº 13.827 de 2019, onde a competência para determinar a referida medida protetiva era reservada apenas à um juiz, bem como as mudanças introduzidas na Lei Maria da Penha pela Lei nº 13.827 de 2019, especificadamente, a ampliação da competência aos delegados de polícia e autoridades policiais na decretação do afastamento do agressor de seu lar ou domicílio.

Ainda neste capítulo, serão abordados os reflexos do artigo 12-C nos princípios constitucionais e processuais penais da Jurisdicionalidade, do Devido Processo Legal e da Isonomia, como também o entendimento do Supremo Tribunal Federal no que concerne a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pela Associação Brasileira dos Magistrados, questionando a constitucionalidade do artigo 12-C e seus incisos II e III da Lei Maria da Penha.

#### **3.1 CONCESSÃO DA MEDIDA DE AFASTAMENTO DO AGRESSOR DE SEU LAR OU DOMICÍLIO ANTES DA APROVAÇÃO DA LEI Nº 13.827 DE 2019**

O afastamento do agressor de seu lar, domicílio ou local em que mantenha convivência com a ofendida, encontra-se regulado no artigo 22, incisos II da Lei Maria da Penha. Essa medida tem o propósito de resguardar a saúde física e psicológica da mulher em situação de violência doméstica, diminuindo significativamente o risco de reiterados atos de violência, tanto física como psicológica, pois o agressor não estará convivendo no mesmo espaço físico que a ofendida, contribuindo assim com o acesso da vítima à justiça. (BIANCHINI, 2014).

Antes da edição da Lei nº 13.827 de 2019, o afastamento do agressor de seu lar, domicílio ou local em que convivesse com a ofendida, era decretado apenas pelo juiz, no prazo de até 48 horas, a pedido do Ministério Público ou da ofendida. Nesta realidade, a ofendida, muitas das vezes, após efetivar sua denúncia, retornava ao convívio com seu agressor.

Com a edição da Lei nº 13.827 de 2019, que inclui o artigo 12-C na Lei Maria da Penha, isso não irá mais ocorrer, pois a mesma autoriza a aplicação de medida protetiva de urgência tanto pela autoridade judicial quanto pela autoridade policial, nos quais estes pertencem os policiais civis e militares.

Esta nova redação legal da Lei Maria da Penha, proporcionou mais celeridade ao processo de aplicação da medida protetiva de urgência, evitando um ciclo de violência sofrido por vítimas que convivem com seus agressores. Está mudança também ajuda motivar as vítimas de violência doméstica à procurarem a delegacia de polícia para denunciarem seus agressores, pois terão a certeza de que estarão protegidas, não precisando após a denúncia, voltar a convivência com seu agressor quando regressar a sua residência.

### 3.2 CONCESSÃO DA MEDIDA DE AFASTAMENTO DO AGRESSOR DE SEU LAR OU DOMICÍLIO PELO DELEGADO DE POLÍCIA E AUTORIDADES POLICIAIS

A possibilidade da concessão da medida protetiva de afastamento do agressor de seu lar ou domicílio, pela autoridade judicial ou policial, foi criada pela Lei 13.827 de 13 de maio de 2019. Está lei altera a Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), incluindo o Artigo 12-C que regulamenta o seguinte:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: I - pela autoridade judicial; II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. § 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. § 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso. (BRASIL, 2019).

De acordo com o artigo supracitado, o delegado de polícia e o policial, são competentes para decretar de imediato o afastamento do agressor de lar ou domicílio, quando for averiguado que a vida ou integridade física de uma mulher ou de seus dependentes, encontre-se em risco atual ou iminente, por encontrar-se em situação de violência doméstica e familiar.

Em acordo com o inciso II do artigo 12-C da Lei Maria da Penha, o delegado somente poderá decretar o afastamento do agressor de seu lar ou domicílio, caso o Município não seja sede de comarca. Já no inciso III, do mesmo artigo, o policial poderá determinar o afastamento do agressor de seu lar ou domicílio, quando o município não for sede de comarca e não houver um delegado disponível no exato momento da denúncia de violência doméstica e familiar para realizar a decretação da medida. Foureaux (2019), interpretou a legitimidade dessas autoridades policiais como sendo condicionada.

Na hipótese da decretação do afastamento do agressor de seu domicílio, ocorrer pelo Delegado de Polícia ou pelo Policial, o juiz deverá ser comunicado da ocorrência no prazo de 24 horas, e no mesmo lapso temporal o juiz é quem irá decidir pela revogação ou manutenção da medida protetiva.

Importante destacar que, o Policial legitimado no inciso III, do artigo 12-C da Lei Maria da Penha, para decretar a referida medida protetiva, engloba tanto os policiais civis como os militares. Estes, podem ser um Escrivão, um Agente de Polícia, e do Soldado até o Coronel da Polícia Militar. (FOUREAUX, 2019).

Foureaux (2019), listou os pressupostos para a concessão da medida protetiva pelo Delegado de polícia e os policiais, e a classificou como um poder-dever, pois no entendimento do magistrado, a autoridade policial quando diante dos pressupostos legais, tem o dever de aplicar a medida protetiva, afastando o agressor de seu lar ou domicílio.

Os pressupostos são: "Risco atual ou iminente à vida ou à integridade física; vítima mulher ou seus dependentes; situação de violência doméstica e familiar e legitimidade condicionada da autoridade policial." (FOUREAUX, 2019, não paginado).

O principal objetivo da inclusão do artigo 12-C e seus incisos na Lei Maria da Penha, é dar mais celeridade e eficiência a mesma, e com isto aperfeiçoar a proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. No entanto, as mudanças trazidas com a promulgação da Lei 13.827/2019, com a inclusão do artigo 12-C na Lei Maria da Penha, levantou-se algumas divergências doutrinárias acerca de sua Constitucionalidade.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB, 2019), ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de Medida Cautelar, alegando que a alteração da Lei Maria da Penha pela Lei 13.827/2019, que incluiu

o artigo 12-C e seus incisos naquela, autorizando os Delegados e Policiais decretar o afastamento do agressor de seu lar ou domicílio, é inconstitucional por ferir os princípios da reserva de jurisdição e do devido processo legal. De acordo com entendimento da Associação, esta competência é exclusiva do Poder Judiciário, e o Delegado de Polícia e os policiais são agentes públicos do Poder Executivo. Na concepção da AMB, a separação dos poderes também estaria sendo violada, ferindo o Estado Democrático de Direito. Em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a AMB argumenta que:

Conferir, porém, ao delegado de polícia ou ao policial tal competência, implica clara ofensa ao inciso XI (“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em flagrante delito ou desastre, ou, durante o dia, por determinação judicial”) e LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), do art. 5º, da CF. Com efeito, não se pode cogitar da possibilidade de um policial ou delegado vir a “penetrar” no “lar, domicílio ou local de convivência”, sem ordem judicial, para retirar alguém do ambiente e ainda mantê-lo afastado, privando-o da sua liberdade, antes do devido processo legal. A lei não pode conter tal autorização, porque a Constituição somente estabeleceu as exceções nela previstas (flagrante delito, desastre ou autorização judicial). (AMB, 2019, p.2).

Na perspectiva de Foureaux, existem três correntes acerca da constitucionalidade do artigo 12-C, incisos II e III, da Lei Maria da Penha. A primeira corrente alega que o artigo é inconstitucional, pois a competência para a decretação de medidas protetivas de urgência é exclusiva da autoridade judiciária. A segunda corrente sustenta ser inconstitucional, pois entende ser competente para decretar o afastamento do agressor de seu lar ou domicílio, apenas a autoridade judicial e o Delegado de Polícia, por este ser legitimado para confeccionar auto de prisão em flagrante e arbitrar fiança. A terceira corrente, acredita que o artigo 12-C é inconstitucional, por tratar de “forma desigual mulheres que se encontram na mesma situação fática”, quando determina que o Delegado de polícia somente poderá decretar a medida de afastamento do agressor de seu lar ou domicílio, apenas em municípios que não for sede de comarca. (FOUREAUX, 2019, não paginado).

A promulgação da Lei 13.827/2019, houve significativas mudanças na decretação da medida protetiva de afastamento do agressor de lar ou domicílio, quando de verificada a ocorrência de violência doméstica e familiar. Antes dessa, apenas o juiz detinha a competência para sua decretação, como ainda consta, no artigo 22, inciso II, da Lei Maria da Penha. Com sua entrada em vigor da Lei 13.827/2019, o delegado de polícia e os policiais também passarão a ter a competência para decretar a referida medida protetiva.



Á vista disso, a Associação dos Magistrados Brasileiros, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tem por objetivo a decretação da inconstitucionalidade dos incisos II e III do artigo 12-c da Lei Maria da Penha. Adiante, será abordado os reflexos do então artigo, bem como seus incisos, nos princípios da jurisdição, do devido processo legal e da isonomia, como também, acerca de sua possível inconstitucionalidade.

### 3.3 A INCLUSÃO DO ARTIGO 12 – C NA LEI MARIA DA PENHA E SEUS REFLEXOS NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIIS DA JURISDIÇÃO, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA ISONOMIA

A Lei 13.827, de 13 de maio de 2019, alterou a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2016, mais conhecida como Lei Maria da Penha, autorizando o Delegado de Polícia e os policiais a decretarem o afastamento do agressor de seu lar ou domicílio, quando a mulher, vítima de violência doméstica, ou seus dependentes, encontrarem-se diante de uma situação que coloquem em risco, atual ou iminente, à sua vida ou à sua integridade física.

Porém, com a promulgação da Lei 13.827, de 13 de maio de 2019, a Associação dos Magistrados Brasileiros, impetrou perante o Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, alegando que a referida lei é inconstitucional, pois fere os princípios Constitucionais e Processuais Penais da Jurisdição e do Devido Processo Legal.

Neste tópico serão analisados os reflexos do artigo 12-C da Lei Maria da Penha, nos princípios Constitucionais e Processuais Penais da Jurisdição, do Devido Processo Legal e da Isonomia. Para melhor exploração do tópico, importante transcrever o artigo 12-c e seus incisos, que diz:

Art. 12-C Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: I - pela autoridade judicial; II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. § 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do *caput* deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. § 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso. ”

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), alega ser inconstitucional os incisos II e III, bem como o § 1º, do artigo 12-C da Lei Maria da Penha, pois estes estariam violando o princípio da reserva de jurisdição, bem como o devido processo legal, por autorizar que autoridade policial tenha a “competência para ingressar no lar ou domicílio do cidadão, retirá-lo e mantê-lo afastado”. (AMB, 2019, p.1). Ainda, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a AMB alega que, a hipótese de alguém adentrar no domicílio de outrem e restringir a sua liberdade, somente pode ser prescindida de autorização judicial, e que se trata de uma “reserva constitucional absoluta de jurisdição”. (AMB, 2019, p. 5)

Para Aury Lopes Jr. a Jurisdicionalidade, representa, entre outras coisas, uma exclusividade do poder jurisdicional ao juiz natural, que garante a independência da magistratura, devendo o juiz submissão exclusivamente à Lei. O Autor complementa que, o princípio da jurisdição estabelece a “inderrogabilidade do juízo, no sentido de infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição.” (JR., 2021, p.90)

Ou seja, no entendimento do Doutrinador, a jurisdição, deve ser entendida como um direito-dever do Juiz, que deve aplicar a lei diante de um caso concreto de violação da mesma, não podendo este declinar-se a não aplicação do Direito, e nem mesmo ser substituído, no momento da aplicação da Lei, por qualquer outro agente do direito, como um Advogado, Defensor Público, ou até mesmo autoridades policiais; sendo portanto, o juiz, o único competente para a aplicação da Lei diante de ocorrência de fatos jurídicos.

Esse também é o entendimento dos doutrinadores Arruda e Pereira, que compreendem o poder jurisdicional como pertencente ao Poder Judiciário, que o exerce por meio de seus juízes. (JÚNIOR, 2015, P.21).

Carneiro, em suas palavras sustenta o mesmo entendimento: “Sendo indeclinável a jurisdição, não poderá o juiz delegar suas atribuições ou eximir-se de julgar, salvante, como dito, os casos de incompetência, impedimento e suspeição.” (CARNEIRO, 2013, p.42)

Em se tratando do princípio do devido processo legal, este vem preconizado na Constituição Federal no artigo 5ª, inciso LIV, que determina que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nas palavras de Arruda, isso significa dizer, que o magistrado é quem detém a competência para impulsionar o feito, seguindo uma forma já pré-estabelecida em lei. (JÚNIOR, 2015, p.21).

Para a AMB, o artigo 12-C e seus incisos II, III da Lei Maria Penha, fere o princípio do Devido Processo Legal, pois autoriza, de imediato, a retirada do agressor de seu lar ou domicílio, sem uma autorização judicial., como estabelecido nas exceções do artigo 5ª, inciso LIV da CF/88. Nas palavras da Associação “ [...] o dispositivo legal está admitindo que um delegado de polícia ou um policial, restrinjam essa liberdade do agressor, sem que tenha sido instaurado um processo e proferida uma decisão judicial. ” (AMB, 2019, p. 5)

Em se tratando da violação ao princípio da isonomia, pelo artigo 12-C, e seus incisos II e III da Lei Maria da Penha, tem se o entendimento, segundo FOUREAUX (2019), de alguns doutrinadores, que o artigo em questão, trata mulheres que se encontram em situações semelhantes de maneira diferentes, ao estabelecer que, para o delegado de polícia decretar o afastamento do agressor de seu lar ou domicílio, a cidade não poderá ser sede de comarca.

Cunha (2013), entende que o princípio da isonomia não instaura a igualdade para todos os seres humanos. Nas palavras do autor, uma lei que tratar desigualmente um grupo ou uma classe de pessoas, em detrimento de um todo, não estará ferindo o princípio da isonomia. "O princípio da isonomia significa: a) a lei é geral, impessoal; b) o modo como a lei dispõe a respeito dos grupos de pessoas pode ser diverso, desde que não discriminatório." (CUNHA, 2013, p.298)

As vítimas protegidas pela Lei Maria da Penha podem ser enquadradas em uma classe de mulheres vítimas de violência. Esta classe é a das "mulheres vítimas de violência doméstica e familiar". O artigo 12-C da Lei Maria da Penha, vêm com a finalidade de proteger uma classe de mulheres dentro da categoria de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Esta classe é composta por mulheres que se encontram em situação de violência doméstica e familiar, onde sua vida ou de seus dependentes, bem como sua integridade física, estão em eminente perigo.

O Superior Tribunal Federal, por unanimidade, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade 6138, impetrada pela AMB., que questionava a Constitucionalidade do artigo 12-C, incisos II e III, da Lei Maria da Penha. Em seu voto, o ministro relator Alexandre de Moraes, argumentou que, a decretação do afastamento do agressor de seu lar ou domicílio pelos delegados de polícia, e os policiais, não são inconstitucionais, pois, após a decretação da medida preventiva, o juiz deverá analisar o fato concreto no prazo de 24 horas, e decidir sobre sua manutenção ou revogação. (STF, 2022, não paginado)

O ministro classificou a atuação do delegado de polícia e dos policiais como sendo de caráter "supletivo" e de fundamental importância para o encerramento de um ciclo de violência doméstica. Além disto, o ministro complementou alegando que a Constituição permite a invasão do lar sem uma prévia autorização, complementa ainda, argumentando que a Carta Magna, em seu artigo 226, parágrafo 8º, estabelece a dever do Estado de promover a assistência familiar, por meio de mecanismos que venham coibir a violência no âmbito de suas relações. (STF,2022, não paginado)

Com o exposto, pode-se inferir que, o artigo 12-C da Lei Maria da Penha, não é inconstitucional por violar os princípios da jurisdicionalidade e do devido processo legal, pois a decretação do então afastamento do agressor de seu lar ou domicílio pelas

autoridades policiais, será avaliada por um juiz competente, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, de acordo com o § 1º do já mencionado artigo:

Art. 12 – C § 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do **caput** deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. (BRASIL,2006).

A inconstitucionalidade do artigo 12 – C e seus incisos II e III, também é insustentável, sob o ponto de vista da violação ao princípio da jurisdicionalidade, pois a própria Carta Magna em seu artigo 5ª, inciso LIV, confere a outrem, que não as autoridades judiciais, a decretar a prisão em situações que envolvam hipóteses de flagrante delito, de transgressão militar ou de crime propriamente militar.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 301, esclarece que as autoridades policiais e seus agentes deverão prender qualquer pessoa que se encontre em flagrante delito. No mesmo código, no artigo 304, o delegado de polícia é o competente para lavra o auto de prisão em flagrante, e em decorrência de fundamentada suspeita contra o suposto autor de crime, o delegado mandará recolhê-lo à prisão. (BRASIL, 1941, não paginado)

Importante também destacar a competência do delegado de polícia para aplicar medidas cautelares diversa da prisão. Como exemplo, o artigo 322 do Código de Processo Penal, que autoriza a autoridade policial conceder fiança quando se tratar de infrações que cominam em pena privativa de liberdade máxima não superior a 04 (quatro) anos. (BRASIL, 1941, não paginado)

No entanto, o artigo 12-C da Lei Maria da Penha, vêm violar o princípio da isonomia, pois procede de maneiras diferentes com mulheres que se encontram em situações fáticas semelhantes de violência doméstica e familiar, quando estabelece que o Delegado de Polícia somente poderá decretar o afastamento do agressor de seu lar ou domicílio, em locais que não for sede de comarca. Este também é o entendimento do magistrado RODRIGO FOUREAUX, que frisou que este critério não poderá ser interpretado de forma rígida, pois de acordo com o magistrado, a realidade do país é de um território muito extenso, com cidades grandes, e moradores que residem em locais que são distantes da sede da comarca, ressaltando ele as áreas rurais. (FOUREAUX, 2019, não paginado)

Contudo, uma melhor redação ao artigo 12-C e seus incisos II e III, seria a possibilidade do delegado de polícia, que se encontrar diante de vítima de violência doméstica, onde a sua integridade física ou sua vida ou de seus dependentes estejam sob risco ou perigo eminente, este, independentemente da cidade ser ou não sede comarca, decretar desde logo o afastamento do agressor de seu lar ao domicilio, evitando que a

vítima ou seus dependentes sejam expostos a mais violência, interrompendo assim, um possível ciclo de violência doméstica e familiar, que é muito comum nessas situações.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Lei Nº 11.340, promulgada em de 7 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha, é resultado de uma condenação sofrida pelo Brasil na Corte Interamericana de direitos humanos no ano de 2002, e tem como objetivo a coerção e a prevenção da violência direcionada ao gênero, que ocorre no contexto doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto. Esta proteção voltada para a mulher encontra amparo jurídico no § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, além de Convenções e Tratados Internacionais, ratificados pelo Brasil, que buscam proteger a Mulher. (BIANCHINI, 2014)

Para assegurar a efetividade da proteção da mulher, em situação de violência de gênero no âmbito doméstico, familiar ou em uma relação de íntimo afeto, a Lei Maria da Penha, trouxe em seus artigos 22, 23 e 24, Medidas Protetivas de Urgência, que nas palavras de Bianchini, constituem, acompanhado da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, a principal inovação trazida pela lei, e sua primordial característica é o seu caráter cautelar em decorrência da urgência que a situação fática apresentada exige, ou seja, as medidas protetivas são decretadas antes do ajuizamento da ação penal. (BIANCHINI, 2014)

Antes da inclusão do artigo 12-C na Lei Maria da Penha, uma mulher que se encontrasse em situação de violência doméstica e familiar, baseada no gênero, deveria dirigir-se a uma delegacia, onde seria lavrado o boletim de ocorrência, onde este deveria ser remetido ao juiz no prazo de 48 horas, com o pedido da ofendida, para que fosse decretado medidas protetivas de urgência. Com o recebimento do expediente com o pedido da ofendida, o juiz tem mais um prazo de 48 horas para decidir sobre aplicação da medida protetiva de urgência. Durante todo esse período, a ofendida encontrava-se vulnerável, pois teria que regressar ao convívio com seu agressor.

Com a mudança trazida pela Lei nº 14.188/2021 que inclui o caput do artigo 12-C, e a inclusão dos incisos II e III pela Lei 13.827/2019, a decretação da medida protetiva de urgência que obriga o agressor, regulamentada no artigo 22, inciso II, da Lei Maria da Penha "afastamento do agressor de seu lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida", poderá ser decretada de imediato pelo delegado de polícia e policiais, quando em situação de violência doméstica e familiar, verificar-se a existência de risco atual ou iminente a vida ou à integridade física ou psicológica da mulher ou de seus dependentes.

Esta alteração trouxe mais efetividade a Lei Maria da Penha, pois as mulheres vítimas de violência domésticas e familiar podem se sentir mais seguras ao denunciar o seu agressor, pois não teriam que retornar aos seus lares e continuar a conviver com aquele

que coloca em risco sua vida ou integridade física ou psicológica, facilitando o acesso à justiça de mulheres em situação de violência.

No entanto houveram críticas aos incisos II e III do artigo 12-C da Lei Maria da Penha. A Associação dos Magistrados Brasileiro acredita que, a decretação do afastamento do agressor de seu lar ou domicílio, pelo delegado de polícia ou pelo policial, viola os princípios constitucionais da jurisdicionalidade e do devido processo legal, isto porque, a AMB, acredita que as autoridades policiais estariam praticando atos privativos do poder judiciário.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o artigo 12- C e seus incisos II e III da Lei Maria da Penha é Constitucional, pois de acordo com o Relator da ADI, após a decisão pela decretação da medida preventiva proferida pela autoridade policial, esta deverá ser analisada pelo juiz no prazo de 24 horas, e este é quem irá decidir sobre a manutenção ou revogação da medida. O ministro classificou a atuação do delegado como sendo acessória e de fundamental importância para o encerramento de um ciclo de violência. (STF, 2022, não paginado)

Com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, somado a competência do delegado de decretar a prisão em flagrante delito, que deverá ser aprovada pelo juiz, conferida pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 304, § 1º, bem como a possibilidade do delegado de decretar medidas cautelares diversas da prisão, como no caso de conceder liberdade provisória em casos de flagrante, mediante fiança, em infrações em que a maior pena que poderá ser aplicada não ultrapassara a 4 anos, conforme artigo 322 do Código de Processo Penal, vislumbra-se que a autoridade policial tem competência e conhecimento jurídico suficiente para decretar o afastamento do agressor de seu lar ou domicílio. (BRASIL, 1941, não paginado)

Outro aspecto importante de se mencionar do afastamento do agressor de seu lar ou domicílio, e que este constitui uma das medidas protetivas de urgência regulamentadas pela Lei Maria da Penha em seu artigo 22, de acordo com a doutrina, estas são independentes, não sendo necessário que haja um inquérito policial, nem mesmo um processo penal em andamento para sua decretação, portanto as autoridades policiais, que são os primeiros agentes a participarem da persecução penal, não estariam violando os princípios da jurisdicionalidade e nem mesmo do devido processo legal, ao cumprir o que determina o caput do artigo 12-C e seus incisos II e III da Lei Maria da Penha.

Ainda assim, a Lei 13.827/2019, que incluiu o artigo 12-C na Lei Maria da Penha, veio a tratar de maneira diferente mulheres que sofrem violência doméstica e familiar, pois aquelas que residem em municípios sede de comarca, continua valendo o prazo de 48 horas para que seu pedido chegue ao juiz, e o prazo de mais 48 horas para que o juiz analise e decida sobre o mesmo. Estas mulheres estariam nesse lapso temporal de 4 dias desprotegidas, e assim vulneráveis a ocorrências de mais um ciclo de violência doméstica.

Com isto, o artigo 12-C viola o princípio da isonomia, por colocar em situações desiguais, mulheres que se encontram em situações semelhantes de violência doméstica e familiar. Para tanto, é necessário que este requisito não seja assimilado de forma literal, e que a decretação da então medida protetiva seja aplicada pela autoridade policial a cada caso, quando verificado, que a vida ou a integridade física ou psicológica da vítima de violência doméstica, ou de seus familiares, estejam diante de um risco atual ou iminente.

Logo, conseqüentemente, todas as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, estariam protegidas, independente de residir ou não em sede de comarca, e o Estado estaria cumprindo seu dever constitucional de assegurar a assistência familiar e de cada pessoa da família, como estabelece o § 8º do artigo 26 da Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

AMB. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (CF,art. 102,I,a) com pedido de medida cautelar(Lei n 9.868/99,art.10)**. Brasília-DF, 2019. Disponível em:  
[https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/05/AMB\\_STF\\_ADI\\_MPenha.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/05/AMB_STF_ADI_MPenha.pdf).

AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. **AMB ingressa com ADI contra alteração à Lei Maria da Penha**. Brasília -DF ,2019, não paginado. Disponível em:  
<https://www.amb.com.br/amb-alteracao-maria-da-penha/>.

BIANCHINI, A. SABERES MONOGRÁFICOS - LEI MARIA DA PENHA. 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 2014. E-book.

BITTAR, E. C. B. Metodologia da pesquisa jurídica. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

BRASIL. Dados da Central de Atendimento à mulher registrou 1,3 milhão de chamadas em 2019 e consta que a violência doméstica e familiar no Brasil, representar 78,96% das violações registradas na central.2020, não paginado. Disponível em:  
<https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/05/central-de-atendimento-a-mulher-registrou-1-3-milhao-de-chamadas-em-2019>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, 1996. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm). Acesso em: 14 de abril de 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: [Del3689Compilado \(planalto.gov.br\)](http://del3689compilado.planalto.gov.br). Acesso em: 14 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006** Lei Nº 14.149, de 2021. Cria Mecanismos Para Coibir A Violência Doméstica e Familiar Contra A Mulher, nos Termos do § 8º do Art. 226 da Constituição Federal, da Convenção Sobre A Eliminação de Todas As Formas de Discriminação Contra As Mulheres e da Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar A Violência Contra A Mulher; Dispõe Sobre A Criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra A Mulher; Altera O Código de Processo Penal, O Código Penal e A Lei de Execução Penal; e Dá Outras Providências 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 14 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm). Acesso em: 14 de abril de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5 Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1761375 / MG (2020/0242676-5). Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Agravado: Marcus Vinicius de Oliveira Silva. Relator: Ministro Felix Fischer, 09 de março de 2021, Brasília/DF: Superior Tribunal de Justiça, 2021. Disponível em: [Superior Tribunal de Justiça - O Tribunal da Cidadania \(stj.jus.br\)](http://stj.jus.br)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1931918 – GO (2021/0105808-3). Agravante: L.C. de Sá Bravo, Agravado: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Minis. Rogerio Schietti Cruz, 28 de setembro de 2021. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202101058083&dt\\_publicacao=30/09/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101058083&dt_publicacao=30/09/2021). Acesso em: 26 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 600: dispõe sobre a coabitação de agressor e vítima na Lei Maria da Penha. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2017. não paginado. Disponível em: [STJ - Súmulas Anotadas](http://stj.jus.br). Acesso em: 28 fevereiro 2022.

CARNEIRO, A. G. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

CUNHA, S. S. D. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.



DINIZ, Anáilton Mendes de Sá. Medidas Protetivas de Urgência: Natureza Jurídica- Reflexos procedimentais. **Núcleo Estadual de Gênero Pró-Mulher-MPCE**, 2020. Disponível em: [Medidas Protetivas de Urgencia - Natureza Jurídica - Anailton Mendes de Sa Diniz.pdf \(mpce.mp.br\)](#). Acesso em 09 de março de 2022.

FOUREAUX, Rodrigo. A Lei nº 13.827/19 e a aplicação de medidas protetivas de urgência pelas autoridades policiais. **Jus Navegandi**, 2019. Disponível em: [Lei nº 13.827/19: medidas protetivas de urgência pelas autoridades policiais - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em 21 de março de 2022.

JESUS, D. D. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

JR., A. L. Direito processual penal. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

JÚNIOR, A. P.; CALVES, J. P.; ARRUDA, R. A. D.; PEREIRA, R. S. Manual de direito processual penal. São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book.

LIRA, Higor. Aspectos históricos da discriminação de gênero e da violência doméstica contra a mulher. **Jus Navegandi**, 2015. Disponível em: [Aspectos históricos da discriminação de gênero e da violência doméstica contra a mulher - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em 20 de fevereiro de 2022.

OLIVEIRA, Maria Chistina Barreiros. **Breve Análise do Princípio da Isonomia**. 2011. Não paginado. Disponível em: [http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3\\_edicao1.pdf](http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf). Acesso em: 28 de março de 2022.

STF valida mudança na Lei Maria da Penha que autoriza delegados e policiais a concederem medidas protetivas. Brasília, 2022. Disponível em: [Supremo Tribunal Federal \(stf.jus.br\)](#). Acesso: 27 de março de 2022.

## **PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DOS TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO**

**ANA BEATRIZ PAIVA LESSA LIMA:**

Engenheira Civil pela Universidade Federal de Alagoas e Servidora Pública do Município da Barra dos Coqueiros, na qualidade de Engenheira Civil.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo falar sobre a prescrição e a decadência tributárias, especialmente no que se refere a tributos sujeitos a lançamento por homologação. Para isso, será feita uma pesquisa bibliográfica, com foco principal na legislação tributária e no entendimento dos tribunais superiores acerca dos temas. Tais assuntos, são de extrema importância para o direito tributário e para a sociedade como um todo por serem formas de extinção do crédito tributário pelo decurso do tempo, diferenciando-se pelo momento em que cada um desses institutos ocorre. Além da definição dos conceitos de prescrição, decadência e tributos sujeitos a lançamento por homologação, também serão apresentados os termos iniciais de contagem dos prazos decadenciais e prescricionais nessa espécie de lançamento tributário, esclarecendo as controvérsias sobre o tema.

**Palavras-Chaves:** Decadência; Prescrição; Lançamento por homologação.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Conceito de prescrição e decadência tributária. 2.2. Conceito de lançamento por homologação. 2.3. Prazos decadenciais em Tributos lançados por homologação. 2.4. Prazos prescricionais em Tributos lançados por homologação. 3. Conclusão. 6. Referências.

### **1. INTRODUÇÃO**

A segurança jurídica é um princípio que confere previsibilidade e coerência na aplicação das leis. No âmbito do direito tributário esse princípio serve para buscar a promoção da estabilidade do sistema tributário, começando por remover o obstáculo do desequilíbrio de poder numa sociedade democrática (BERNARDES e RIBEIRO, 2013).

O tempo tem grande importância nas relações jurídicas, podendo implicar no nascimento e na extinção de direitos. Nesse sentido, a prescrição e a decadência são dois institutos, relacionados com o decurso do tempo, que visam garantir a segurança jurídica na seara do direito tributário.

Apesar de serem regulados pelo Código Tributário Nacional, algumas controvérsias ainda existem a respeito desses temas, principalmente no que se refere ao

termo inicial de contagem dos prazos prescricionais e decadenciais em tributos lançados por homologação. Por serem formas de extinção do crédito tributário, é essencial para a sociedade como um todo entende-las e saber aplica-las de modo correto.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo tratar da prescrição e da decadência com enfoque nos tributos lançados por homologação. Para isso, serão apresentados os conceitos de prescrição e decadência tributárias, tributos lançados por homologação, e como se dá a aplicação dessas formas de extinção do crédito tributário nessa espécie de lançamento.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1. CONCEITO DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA**

A prescrição e a decadência são de extrema importância para o direito tributário. Tais figuras são formas de extinção do crédito tributário expressamente elencadas no Código Tributário Nacional, no inciso V do artigo 156, por isso, quando se concretizam, o sujeito passivo da obrigação passa a não ser mais apto ao pagamento do tributo, e o sujeito ativo não mais terá direito a receber o valor devido.

Tanto a prescrição quanto a decadência causam a extinção do crédito tributário pelo decurso do tempo, ou seja, o ente titular do direito de receber tais créditos permanece inerte por período de tempo igual ou superior ao fixado em lei, conseqüentemente perdendo tais direitos. Essas figuras garantem segurança jurídica à sociedade, a qual não pode ser surpreendida com cobrança de tributos após grande lapso temporal (MENDES, 2021).

A diferença entre esses instrumentos está no momento em que eles ocorrem. Enquanto a decadência ocorre pela não constituição do crédito tributário através do lançamento, a prescrição acontece quando após a constituição do crédito tributário o sujeito passivo não procede ao ajuizamento de ação de cobrança da dívida em tempo hábil.

ALEXANDRE (2017) resume que o prazo para que a administração tributária, por meio de autoridade competente, promova o lançamento é decadencial, e o prazo para que se ajuíze a ação de execução fiscal é prescricional. Ou seja, o lançamento do crédito tributário é o marco que separa, na linha do tempo, a prescrição e a decadência.

HARADA (2016) explica que:

Pela conceituação clássica, decadência é o perecimento do direito por decurso do tempo, não comportando suspensão, nem interrupção, sendo irrenunciável e devendo ser pronunciada do ofício. Prescrição é a perda do direito de ação pelo decurso de determinado prazo, comportando suspensão e interrupção, sendo renunciável e devendo ser arguida pelo interessado. Mas, na seara do direito tributário, tanto a prescrição quanto a decadência extinguem a obrigação principal.

Por serem formas de extinção do crédito tributário, o sujeito passivo que faz pagamento de obrigação já prescrita ou decaída tem direito a repetição do indébito, diferentemente do que ocorre no direito civil, pois, segundo consta em decisão do Superior Tribunal de Justiça a prescrição tributária não está sujeita à renúncia, uma vez que ela não é causa de extinção apenas do direito de ação, mas, sim, do próprio direito ao crédito tributário (AgInt no AREsp 1156016/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/06/2020, DJe 04/06/2020).

## **2.2. CONCEITO DE LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO**

Três são as formas de lançamento possíveis no nosso ordenamento jurídico, são elas: lançamento de ofício ou direto, lançamento por declaração ou misto e lançamento por homologação ou auto lançamento (ALEXANDRE, 2017). No que diz respeito ao último, o sujeito passivo deve fazer o pagamento do tributo antes de qualquer manifestação da fazenda, ficando a extinção do crédito tributário condicionada a posterior homologação da autoridade fiscal, seja de forma expressa ou tácita.

Nesse sentido, o Código Tributário Nacional dispõe que:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento. (BRASIL, 1966)

Em que pese o lançamento ser ato privativo de autoridade administrativa competente, é pacífico que a entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco, conforme enunciado da Súmula 436 do Superior Tribunal de Justiça.

### **2.3. PRAZOS DECADENCIAIS EM TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO**

O Código Tributário Nacional preceitua que:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - Do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - Da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. (BRASIL, 1966)

Porém, o dispositivo citado, como regra, não é aplicado para tributos sujeitos a lançamento por homologação. Do § 4º do artigo 150 da Lei Complementar 5.172/1996 extraímos que:

Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (BRASIL, 1966)

A doutrina entende que com o passar do prazo sem que a homologação tenha sido expressamente realizada, configura-se não só homologação tácita, mas também a decadência do direito de constituir o crédito tributário relativo a diferença entre o valor antecipado pelo sujeito passivo e o realmente devido (ALEXANDRE, 2017).

ALEXANDRE (2017) expõe, ainda, que em regra a decadência não alcança os tributos lançados por homologação, já que, de acordo com entendimento do STJ, a declaração do sujeito passivo já é suficiente para constituir o crédito tributário. Sendo assim, o prazo decadencial de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador é aplicável ao lançamento da diferença entre o valor declarado e o valor apurado pela autoridade administrativa.

Ainda em relação ao § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, ao afirmar que ele não deve ser aplicado em casos de dolo, fraude ou simulação, temos que nesses casos a contagem do prazo decadencial obedece a regra geral aplicadas para tributos lançados de ofício, ou seja, o termo inicial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional também não é aplicado quando, nos casos em que a legislação prevê lançamento por homologação, não houver declaração do débito. Nesse caso, a súmula 555 do STJ dispõe que o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN.

Embora haja certa divergência a respeito do termo inicial da decadência nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o STJ utiliza como parâmetro o adiantamento ou não do pagamento da exação, ainda que parcial. Ou seja, havendo pagamento, mesmo em valor ínfimo, é aplicado a regra do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido o STJ dispõe que:

Havendo pagamento parcial, a decadência para constituir a diferença não declarada e não integrante do pagamento parcial tem como termo a quo a data do fato gerador, na forma do art. 150, § 4º, do CTN, não se aplicando o entendimento fixado na Súmula nº 555 do STJ e no REsp nº 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/9/2009, segundo o qual o prazo decadencial segue o disposto no art. 173, I, do CTN quando, a despeito da previsão legal, não há pagamento antecipado em caso de tributo sujeito a lançamento por homologação. (AgInt no AgInt no AREsp 1.229.609/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 24/10/2018)

Em resumo, ALEXANDRE (2017) sintetiza que não havendo pagamento antecipado ou havendo pagamento antecipado com dolo, fraude ou simulação, aplica-se a regra do artigo 173, inciso I, do CTN. Por outro lado, havendo pagamento antecipado, ainda que a menor, aplica-se a regra do artigo 150, § 4º, do CTN. Por fim, nos casos de tributos declarados e não pagos, não há o que se falar em decadência, visto que o crédito já está constituído.

#### **2.4. PRAZOS PRESCRICIONAIS EM TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO**

O Código Tributário Nacional em seu artigo 174, dispõe que a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Essa regra é válida tanto para tributos lançados por homologação quanto para os lançados de ofício ou por declaração.

Nos tributos lançados por homologação, o STJ dispõe que:

O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributo sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional. (REsp 1120295 / SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 21/05/2010)

Sendo assim, o termo inicial da contagem do prazo prescricional é a data de vencimento do pagamento da obrigação tributária declarada. Porém, apesar deste prazo ser de 5 anos, poderá ser interrompido ou suspenso nas situações elencadas na Lei Complementar 5.172/1966. Essas duas figuras diferenciam-se, pois, no primeiro caso todo o período de tempo já decorrido deve ser desprezado, iniciando-se novamente o prazo prescricional quinquenal, já no último, uma vez removida a sua causa, o prazo volta a fluir de onde parou (MENDES, 2021).

A prescrição interrompe-se nas situações previstas no parágrafo único do artigo 174 do Código Tributário Nacional e é suspensa quando ocorre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ou seja, nas situações dispostas no artigo 151 do CTN.

### 3. CONCLUSÃO

Diante do exposto verifica-se a importância da prescrição e da decadência para o direito tributário e como devem ser aplicadas nos tributos lançados por homologação. Apesar da prescrição e da decadência serem institutos que, igualmente, extinguem a obrigação tributária, se diferenciam pelo momento de aplicação. Enquanto o primeiro impede o nascimento do crédito tributário pela não ocorrência do lançamento, o segundo impede o ajuizamento de ação de cobrança dos créditos já constituídos.

Os tributos lançados por homologação são aqueles os quais o sujeito passivo deve adiantar o pagamento da exação sem que a autoridade fiscal se manifeste previamente. Nessa espécie de lançamento o prazo decadencial deve observar algumas regras e o termo inicial da contagem depende de ter havido ou não pagamento e da existência de dolo, fraude ou simulação.

Em resumo, na decadência, não havendo pagamento antecipado ou havendo pagamento antecipado com dolo, fraude ou simulação, inicia-se a contagem do prazo quinquenal no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído. Por outro lado, havendo pagamento antecipado, ainda que a menor, a contagem do prazo quinquenal inicia-se na data da ocorrência do fato gerador. Já nos casos de tributos declarados e não pagos, não há o que se falar em decadência, visto que o crédito já está constituído.

No tocante a prescrição dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo é de 5 anos a contar da constituição definitiva do crédito tributário, que ocorre na data de vencimento do pagamento da exação. Em que pese esse prazo ser quinquenal, pode ser interrompido ou suspenso nas situações elencadas no parágrafo único do artigo 174, e no artigo 151 do CTN respectivamente.

### 4. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, R. **Direito Tributário/Ricardo Alexandre** – 11. Ed. rev., atual. e ampl. – Salvador – Ed. JusPodivm, 2017.

BERNARDES, F. C.; RIBEIRO, G. C. M. **O princípio da segurança jurídica tributária e sua aplicação pelo supremo tribunal federal nos julgados que deram origem à súmula vinculante Nº 08**. XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE - Tema: Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade, São Paulo, p. 426-450, 2013. ISBN 978-85-7840-211-2. Disponível em:



<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3af3d94fb6259a15>. Acesso em: 8 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (primeira turma)**. AgInt no AREsp 1156016/SE. Processual civil e tributário. Agravo interno no agravo em recurso especial. Execução fiscal. Prescrição reconhecida. Decurso de mais de 5 anos entre a constituição do crédito e o ajuizamento da execução. Parcelamento posterior. Restauração da exigibilidade do tributo. Impossibilidade. Violação do art. 267, v do cpc/1973. Ausência de prequestionamento. Incidência da súmula 211/STJ. Agravo interno do estado a que se nega provimento. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 01/06/2020, DJe 04/06/2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201702082257&dt\\_publicacao=04/06/2020](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702082257&dt_publicacao=04/06/2020). Acesso em: 8 mai. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (primeira seção)**. REsp 1120295/SP. Processual civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. Execução fiscal. Prescrição da pretensão de o fisco cobrar judicialmente o crédito tributário. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Crédito tributário constituído por ato de formalização praticado pelo contribuinte (in casu, declaração de rendimentos). Pagamento do tributo declarado. Inocorrência. Termo inicial. Vencimento da obrigação tributária declarada. Peculiaridade: declaração de rendimentos que não prevê data posterior de vencimento da obrigação principal, uma vez já decorrido o prazo para pagamento. Contagem do prazo prescricional a partir da data da entrega da declaração. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 12/05/2010, DJe 21/05/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221120295%22%29+ou+%28RESP+adj+%221120295%22%29.suce>. Acesso em: 8 mai. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (segunda turma)**. AgInt no AgInt no AREsp 1.229.609/RJ. Processual civil e tributário. Agravo interno. Enunciado administrativo no 3 do STJ. Decadência. Pagamento parcial consignado pelo acórdão recorrido. Premissa fática expressa no acórdão. Afastamento da Súmula nº 7 do STJ. Afastamento do Resp nº 973.733/SC. IPI. Tributo sujeito a lançamento por

homologação. Decadência das diferenças não declaradas. Termo a quo em caso de pagamento parcial. Fato gerador. Crédito tributário extinto pela decadência. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 09/10/2018, DJe 24/10/2018. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AAINTARESP%27.clas.+e+@num=%271229609%27\)+ou+\(%27AgInt%20no%20AgInt%20no%20AREsp%27+adj+%271229609%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AAINTARESP%27.clas.+e+@num=%271229609%27)+ou+(%27AgInt%20no%20AgInt%20no%20AREsp%27+adj+%271229609%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 8 mai. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 436. A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2010. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@NUM=436>. Acesso em: 8 mai. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 555. Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@NUM=555>. Acesso em: 8 mai. 2022.

HARADA, K. **Decadência e prescrição tributária à luz do direito positivo**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 17, no 45, p. 41-54, out./dez. 2016. Disponível em:

<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/tf4.pdf?d=636685514639607632>. Acesso em: 8 mai. 2022.

MENDES, C. T. **Decadência e prescrição tributária**. 7 mai. 2021. Disponível em:

<https://cleversonteixeira.adv.br/decadencia-e-prescricao-tributaria-2/>. Acesso em: 8 mai. 2022.

## **“EM CARTAZ - A INVISIBILIZAÇÃO DA MULHER”: O PARADOXO DA ESPETACULARIZAÇÃO MIDIÁTICA DO FEMINICÍDIO NO BRASIL**

**FLAVIA AUGUSTA RODRIGUES GARCIA:**

Advogada, inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná sob o nº 74.371, formada em 2014 pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes, 2018 e em Direito Tributário pela Faculdade Cidade Verde, 2020. Pós-graduanda em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul 2021-presente.

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é analisar a articulação entre a mídia e o feminicídio e a consequente manutenção do status quo da espetacularização e invisibilização da mulher no Brasil, fazendo um paralelo ao Caso Marcia Barbosa de Souza, última condenação brasileira na Corte Interamericana de Direitos, que demonstra como a imprensa segue perpetuando a reprodução de estruturas de opressão e violência contra a mulher.

**Palavras-chave:** Mídia. Feminicídio. Espetacularização. Invisibilização. Opressão. Violência contra a Mulher.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Contextualização sobre o feminicídio. 3. O discurso midiático sobre o feminicídio: 3.1. O paradoxo da espetacularização e invisibilização da mulher. 4. Conclusão. 5. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

A história demonstra que a cultura da violência contra a mulher, embora retratada nos excertos de notícias reportadas pelos veículos de informação brasileiros, é sempre amenizada e naturalizada no país. Há inegavelmente um paradoxo no que concerne ao discurso midiático sobre o feminicídio: de um lado a espetacularização dos casos concretos e de outro a invisibilização da mulher, reduzida a um não-ser, um mero objeto de ação do homem. De fato, essa espetacularização da violência e a abordagem da mídia brasileira nos casos de feminicídio corroboram a posição do Brasil no ranking de países que mais matam mulheres no mundo, demonstrando o complexo problema da violência sistemática de gênero. Dessa forma, dada a potencialidade dos discursos midiáticos, não se olvida a necessidade da adoção de perspectivas de gênero e de um maior direcionamento de protagonismo às mulheres.

## 2. CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE O FEMINICÍDIO

O assassinato de mulheres é habitual na sociedade patriarcal, onde estão submetidas ao controle e poder dos homens, quer sejam maridos, familiares ou desconhecidos. As causas destes crimes não se devem, a priori, a condições patológicas dos ofensores, mas à ideia de inferiorização e desejo de posse das mulheres, em muitas situações culpabilizadas por não cumprirem os papéis de gênero designados pela cultura.

O feminicídio é a manifestação mais grave da violência perpetrada contra a mulher e, em sociedades patriarcais e machistas, a condição feminina é o fator de risco mais relevante para a violência letal, notadamente quando conjugado com condicionantes, chamadas de interseccionalidades, especialmente as raciais, étnicas e de classe social (DAVIS, 2016, p. 68).<sup>127</sup>

O conceito de femicídio foi utilizado pela primeira vez por Diana Russel em 1976, perante o Tribunal Internacional Sobre Crimes Contra as Mulheres, realizado em Bruxelas, para caracterizar o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres<sup>128</sup>, definindo-o como uma forma de terrorismo sexual ou genocídio de mulheres. O conceito descreve o assassinato de mulheres por homens motivados pelo ódio, desprezo, prazer ou sentimento de propriedade. O femicídio, assim, é parte dos mecanismos de perpetuação da dominação masculina, estando profundamente enraizado na sociedade e na cultura.

Vale destacar, nessa linha, a lição de Iris Marion Young:

Nesse sentido estrutural estendido, opressão se refere às vastas e profundas injustiças que determinados grupos sofrem, como uma consequência de, algumas vezes inconscientes, assunções e reações de pessoas bem-intencionadas em suas interações ordinárias, na mídia e estereótipos culturais e em características estruturais de hierarquias burocráticas e mecanismos de mercado – basicamente, o processo normal da vida cotidiana.<sup>129</sup>

Os cenários onde ocorrem os feminicídios ajudam a compreender as suas determinantes. Os mais conhecidos e estudados são os cenários familiares e domésticos, uma vez que a família em sociedades patriarcais confere todo o protagonismo e poder ao homem, e nas relações entre parceiros íntimos as mulheres são consideradas propriedade

---

<sup>127</sup> DAVIS, Angela. Mulheres, raça e classe. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016, P - 68.

<sup>128</sup> RUSSEL D, CAPUTTI J. Femicide: the politics of women killing New York: Twayne Publisher; 1992.

<sup>129</sup> YOUNG, Iris M. Five faces of opression. In: ASUMAH, Sth N,; NAGEL, Mechthild. Diversity, social justice, and inclusive excellence: transdisciplinary and global perspectives. Albany: Sate University of New York Press, 2014. P – 3-32.2014.

dos maridos, companheiros, namorados e ex-companheiros. Tal situação pode ser explicada, de certa forma, como uma maneira de autoafirmação da masculinidade, entendida socialmente como uma posição de dominação e superioridade em relação às mulheres e, sobretudo, em relação às parceiras afetivas.

Assim, o feminicídio é concebido como um conceito complexo, fruto de uma construção histórico-social na qual as mulheres foram colocadas em posição de inferioridade e subordinação.

Nesse contexto, a mídia desponta como uma relevante ferramenta de difusão e perpetuação da afirmação da masculinidade e legitimação da violência estrutural de gênero.

### **3. O DISCURSO MIDIÁTICO SOBRE O FEMINICÍDIO**

As inúmeras formas de violência contra a mulher se sustentam em uma realidade social de desigualdades profundas entre os gêneros. As mulheres estão inequivocamente em situação de inferioridade e subordinação relativamente aos homens. Nesse ponto, a mídia e o seu discurso acerca de casos concretos de feminicídio contribui para a manutenção desse cenário. As desigualdades de gênero são mantidas e até mesmo naturalizadas pela representação do mundo social (MIGUEL E BIROLI, 2010). O feminicídio é retratado como um espetáculo, em uma linguagem teatral e opressora.

Com efeito, a desumanização da vítima mulher é feita pela sociedade e pela mídia, pelo apagamento de sua história, por sua invisibilização, com a consequência de nenhum estabelecimento de empatia. Insistir no entendimento de que os discursos apresentados pela mídia se impõem pela racionalidade e coerência é corroborar com a manutenção do status a quo da violência sistemática de gênero. A mídia não paira isenta, acima da sociedade. Não surpreende, dessarte, que, em uma sociedade marcada pelas estratificações e misoginias, a mulher seja reduzida a um não ser, tendo suas palavras um menor valor do que as palavras masculinas.

A esse respeito, temos como ilustração a 10ª condenação do Brasil no Sistema Interamericano de Direitos humanos, veiculada em 7 de setembro do 2021, o Caso Marcia Barbosa de Souza e outros vs Brasil é uma triste demonstração dos pontos aqui destacados.

O crime, apesar de ter sido praticado em meados de 1998, evidencia situação atual, Marcia Barbosa, mulher, preta, pobre e periférica foi vítima de feminicídio praticado por Aécio Pereira de Lima, um homem com status social ampliado pela posição de Deputado Estadual da Paraíba, o que ao fim, mesmo após a condenação pelo Tribunal do Juri em 16 anos de reclusão, lhe garantiu impunidade.

Importa para o presente trabalho apontar que todo o processo foi marcado por uma espetacularização midiática, repleta de questionamentos e indagações a despeito da vida privada da vítima, a vida sexual pregressa e o suposto envolvimento com entorpecentes foram utilizados para deslegitimar seu merecimento à vida, respeito e dignidade. Houve um show televisivo, com a devassa da intimidade da vítima servindo aos interesses da misoginia e do machismo estrutural, causando a vitimização terciária, isto é, levando a sociedade a vitimizá-la, restando impune socialmente o verdadeiro culpado.<sup>130</sup>

Além de morrer antes de cumprir qualquer pena, foi velado em Salão Nobre na Assembleia Legislativa da Paraíba com decretação de luto oficial no Estado por 3 dias, evidenciando a chicana no tratamento do Femicídio no Brasil, e a necessidade de reflexão sobre os padrões contraditórios da imprensa na luta contra a violência e estereótipos de gênero.

### **3.1 O PARADOXO DA ESPETACULARIZAÇÃO E INVISIBILIZAÇÃO DA MULHER**

No Brasil, como exemplificado anteriormente, o discurso midiático de casos de feminicídio carece de aprimoramento. As vítimas mulheres, na maioria das vezes, não são humanizadas pelos veículos de comunicação, já que não há nas matérias jornalísticas uma contextualização efetiva dos fatos.

Há, em verdade, um movimento contrário ao recomendado. A culpabilização e a invisibilização da mulher acabam se sobressaindo diante da espetacularização ocasionada pela mídia, que pouco colabora para que a sociedade compreenda mais acerca das políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher.

De fato, a cobertura midiática dos crimes de feminicídio no país comumente romantiza os casos, buscando tornar atrativo o texto ao leitor através de um cenário teatralizado. São geralmente noticiados como delitos passionais, motivados por traições, ciúmes, crises, sem revelar o caráter misógino por trás dos assassinatos de mulheres (MELLO, 2015).

A banalização da violência constrói socialmente uma simbólica do lugar comum para o brutal, naturalizando condutas de domínio e ódio como traços do cotidiano. A agenda midiática passeia entre a linha da super exposição da barbárie, veiculando constantemente notícias dessa natureza, e da relativização da vida, ao reduzir a morte sistemática de mulheres à categoria da passionalidade.

---

<sup>130</sup> CORTE IDH. Caso Marcia Barbosa de Souza e outros vs. Brasil. Sítio eletrônico Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2022. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_435\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf)>. Acesso em 8 de fev. de 2022.

Assim, todas as vezes em que a imprensa romantiza e naturaliza os casos de feminicídio, acaba por invisibilizar a mulher e a violência de gênero, retirando os aspectos determinantes que envolvem tal violência, quais sejam, misoginia e machismo.

Infere-se, dessarte, que a igualdade constitucionalmente garantida entre homens e mulheres é uma falácia na prática.

Por derradeiro, faz-se necessária a reflexão, com um fragmento de Butler: “nas condições bélicas contemporâneas, a condição compartilhada de precariedade conduz não ao reconhecimento recíproco, mas sim a uma exploração específica de populações-alvo, de vidas que não são exatamente vidas, que são consideradas “destrutíveis” e “não passíveis de luto” (BUTLER, 2016, p.53).

#### **4. CONCLUSÃO**

Não há dúvidas da influência da mídia na formação da opinião pública em relação a determinados temas. Os meios de comunicação agem como construtores privilegiados de representações sociais, notadamente sobre o crime e a violência.

Logo, a linguagem e a forma como se constrói a narrativa da violência de gênero pela cobertura midiática são de extrema relevância no sentido de como os crimes de feminicídio serão vistos pelos leitores.

Através de paralelo ao caso de Márcia Barbosa de Souza, apontamos como a mídia pode influenciar no descrédito da vítima, deslegitimando-a enquanto pessoa merecedora de valor e respeito, afastando dos holofotes o culpado, contribuindo para a manutenção da situação alarmante e endêmica da violência de gênero no Brasil.

Desse modo, vemos que os veículos de imprensa, ora através de romantização, naturalização e alegação de passionalidade, ora por especulações sobre a vida íntima e privada das mulheres vítimas de agressões e crimes, acabam por justificarem e até mesmo legitimarem a violência contra a mulher, perpetuando o status quo. Há, nessa estratégia, um jogo perigoso que reserva a culpa para a vítima.

Assim, inobstante toda a espetacularização midiática em torno do feminicídio, tal forma de violência de gênero continua escondida e invisibilizada no que tange aos reais fatores de sua permanência na atualidade.

Com efeito, o questionamento acerca da responsabilidade dos veículos midiáticos de informação na abordagem dos crimes de feminicídio é essencial para o combate e enfrentamento do delito em testilha.

#### **5. REFERÊNCIAS**

- BUTLER, Judith. Quadros de guerra. Quando a vida é passível de luto? Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2016.
- CARCEDO, Ana. No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica 2000-2006. San José: Asociación Centro Feminista de Información y Acción (CEFEMINA); 2010.
- CORTE IDH. Sítio eletrônico Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Marcia Barbosa de Souza e outros vs. Brasil, 2021. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_435\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf)>. Acesso em 8 de fev. de 2022.
- DAVIS, Angela. Mulheres, raça e classe. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.
- MELLO, Adriana Ramos. Femicídio: breves comentários à Lei 13.104/15. *Direito em movimento*, v. 23, p. 47-100, p. 50, 2015.
- MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. "A produção da imparcialidade: a construção do discurso universal a partir da perspectiva jornalística", *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 2010; 25(73), 59-76.
- MONÁRREZ, Julia Estela Fragoso. Femicidio sexual serial em Ciudad Juarez: 1993-2001. *Debate Feminista* 2002; 25(13):1-16.
- RUSSEL D, CAPUTTI J. *Femicide: the politics of women killing* New York: Twayne Publisher; 1992.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. 2. ed. São Paulo: Graphium, 2011.
- SARPI, Letícia Longo; FONSECA-MACHADO, Mariana de Oliveira; BUSSADORI, Jamile Claro de Castro. A violência contra a mulher em foco: o que é publicado pela mídia impressa no Brasil? In: 13º MUNDO DE MULHERES & FAZENDO GÊNERO 11, 2017, Florianópolis. Pôster.
- YOUNG, Iris M. Five faces of oppression. In: ASUMAH, Sth N.; NAGEL, Mechthild. *Diversity, social justice, and inclusive excellence: transdisciplinary and global perspectives*. Albany: State University of New York Press, 2014. P – 3-32.2014.



## **SEGURANÇA PÚBLICA: ATUAÇÃO DO ESTADO NO COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL**

**DANILO DE ARAUJO SOUSA:**  
Graduando em Direito pela  
Unidade de Ensino Superior do Sul  
do Maranhão – UNISULMA<sup>131</sup>

LUÍS GONZAGA DE ARAÚJO NETO<sup>132</sup>  
(orientador)

**RESUMO:** O trabalho tem como objetivo geral analisar a importância de uma segurança pública eficiente como resultado da atuação do Estado no combate às organizações criminosas no Brasil. Sabe-se que o país convive com diferentes problemas sociais que afetam diretamente a população, dentre eles, cita-se a falta de uma segurança pública eficiente que atenda todas as classes de forma humana e igualitária. Portanto, investimentos em tecnologia, recursos materiais e humanos são fundamentais para que a guerra contra o tráfico de drogas, armas e, conseqüentemente, o crime organizado seja vencida. O notável progresso da criminalidade colocou a questão da segurança pública na agenda política e social de prefeitos, governadores e do Presidente da República. O fracasso das políticas tradicionais de combate ao crime e à violência abriu espaço para reformas e propostas inovadoras, como por exemplo, a implementação do pacote anticrime. No que diz respeito à metodologia, trata-se de uma revisão bibliográfica por meio de livros e artigos de autores especialistas na temática abordada. Após a pesquisa, conclui-se que

**Palavras-chave:** Segurança pública. Estado. Combate. Crime Organizado. Brasil.

**ABSTRACT:** The work has as general objective to analyze the importance of an efficient public security as a result of the State's action in the fight against criminal organizations in Brazil. It is known that the country lives with different social problems that directly affect the population, among them, there is a lack of efficient public security that serves all classes in a humane and egalitarian way. Therefore, investments in technology, material and human resources are essential for the war against drug trafficking, weapons and, consequently, organized crime to be won. The remarkable progress of crime has placed the issue of public security on the political and social agenda of mayors, governors and the President of the Republic. The failure of traditional policies to combat crime and violence opened up space for reforms and innovative proposals, such as the implementation of the

131 E-mail: danilo\_raviniere@hotmail.com

132 Especialista em Direito Penal.

anti-crime package. Regarding the methodology, it is a bibliographic review through books and articles by authors specializing in the subject addressed. After the research, it was concluded that

**Keywords:** Public security. State. Combat. Organized crime. Brazil.

## 1 INTRODUÇÃO

A nossa sociedade, de forma geral conquista avanços em diversos setores, porém, esses avanços vem acompanhados de significativo aumento de problemas sociais. Dentre os quais podemos citar o aumento da criminalidade em todos os níveis e não apenas em grandes capitais, como acontecia há alguns anos no país.

A crescente violência, espalhada por todos os estados da federação, conta cada vez mais com a participação de profissionais e cidadãos de várias áreas que deveriam trabalhar para o bem de nossa sociedade, mas que são aliciados e se aliam ao chamado crime organizado colocando em prática a capacitação que possui em determinada área, onde na maioria das vezes, é o fruto do poder público, que é concedido pelo estado para ser usado na defesa do cidadão, e passa a utilizá-lo a favor de grupos criminosos nas práticas de crimes como roubo, extorsão, sequestro e tráfico de drogas.

O trabalho apresenta a seguinte problemática: Em relação à segurança pública, como o Estado atua no combate às organizações criminosas no Brasil? Diante desse questionamento, percebe-se que é uma tarefa árdua, pois trata-se de uma nação continental, como vasta área litorânea, fronteiras com vários países e região de florestas no qual é quase impossível diante de um contingente tão reduzido. Diante desse cenário, armas e drogas acabam por entrar no país em diferentes regiões, o que acarreta a ação de criminosos e o crescimento da violência urbana.

Assim, considera-se pertinente este trabalho que tem como objetivo geral analisar a importância de uma segurança pública eficiente como resultado da atuação do Estado no combate às organizações criminosas no Brasil. A partir disso, destaca-se os seguintes objetivos específicos: Estudar segurança pública, enfatizando o Sistema Único de Segurança Pública; Definir organização criminosa, bem como sua evolução; Compreender a atuação do Estado no combate às organizações criminosas no Brasil e suas inovações.

O presente trabalho está dividido em cinco itens. Inicia-se com essa introdução. O primeiro item apresenta o conceito de segurança pública, sistema de segurança pública, criminologia e responsabilidade do estado. O segundo item tem como foco as organizações criminosas, bem como, a atuação do Estado no combate às organizações criminosas no Brasil. O quarto item refere-se à metodologia. Por fim, as considerações finais.

## 2 SEGURANÇA PÚBLICA

É fato que o Brasil está entre os países mais violentos do mundo, matando mais que outras nações que estão em guerra. Poucos, hoje em dia, conseguem uma explicação para o fenômeno da violência, pois, se ela é percebida como algo geral, imprevisível e incompreensível, que tomou conta do mundo, então já não é possível analisá-la de fora, a distância, procurando relacioná-la com situações vividas pela sociedade. Sabe-se, entretanto, que ela não tem uma causa única.

“As mais gerais podem estar relacionadas à nossa organização econômica, que promove uma distribuição de renda injusta e emudece diante dos efeitos preocupantes da globalização nas relações de trabalho e emprego”, aponta Canos e Santos (2007, p.61).

Outros fatores são; mau funcionamento da Justiça; impunidade; colapso da educação e da saúde; corrupção; influência da mídia; crescimento das cidades; falta de organização da população, o que reforça a ausência de confiança, o egoísmo e a quebra da solidariedade.

Pode-se dizer que vive-se um momento em que os indivíduos parecem encarar a vida em sociedade como um vale-tudo, com “cada um por si e Deus por todos”. Se o que vale é a sobrevivência individual, e se esta é medida pelo sucesso material, pouco importam os meios utilizados para a obtenção desse sucesso, pois somente os fracos serão punidos (BUORO, 1999).

Esse tipo de comportamento mostra a fragilidade e a vulnerabilidade da população, desagregada, sem laços, sem organização, sem confiança em si como força capaz de melhorar sua vida. Não há confiança nas instituições, não há confiança nem mesmo nos vizinhos.

A violência disseminada, generalizada, que está em todos os lugares e permeia todas as relações reflete um momento de redefinição das regras e normas de vida no Brasil, de tentativa de definição de novos parâmetros. O que consideraremos violência? O que consideraremos crime? Como eles deverão ser punidos? Trata-se do desafio de pensar em um novo contrato entre os cidadãos, revendo antigos e arraigados processos de exclusão, de autoritarismo, propondo novas formas de participar da política e de construir uma sociedade justa e democrática (CANO; SANTOS, 2007, p.70).

A violência cotidiana de uma sociedade que exclui do usufruto de bens e de direitos grande parte de sua população torna-se atualmente insuportável. Seu lado mais visível - a violência da criminalidade - afeta diretamente nossa vida cotidiana, constrange-nos, coloca em questão se o que temos é direito ou privilégio. (Nosso carro, nossa casa, nossos tênis são um direito ou um privilégio?) Se vivemos numa sociedade marcada pela exclusão

(grande parte das pessoas são colocadas à margem da sociedade), isso não é um problema apenas daqueles que, por “azar”, tenham nascido do lado de lá da linha de exclusão.

Tal problema é de todos, pois destrói a condição essencial para a vida em sociedade - a segurança -, colocando os frutos do esforço de cada um e de todos sob o signo da suspeita, transformando direito em privilégio. Todos se tornam suspeitos, uns por não terem nada, outros por terem muito.

A escalada da criminalidade e a incapacidade do poder público de conter o avanço da violência cunham ao mesmo tempo as duas faces da moeda da economia. De um lado, oneram empresas e consumidores, que passam a pagar mais caro por produtos e serviços devido ao custo crescente da busca por proteção. De outro, são combustível para o avanço da segurança privada, que ocupa o vácuo deixado pelo aparato estatal e cresce a altas taxas no país (ALENCASTRO, 2016).

É necessário buscar estratégias de defesa para amenizar esse problema, como por exemplo, manter na rua determinados comportamentos, só circular em certos lugares, vestir-se com roupas que são como disfarces, usar armas, aprender técnicas de luta para autodefesa.

Percebe-se a preocupação por parte do governo atual em implantar uma Política Nacional de Segurança Pública. Não é que isso não exista, mas sim torná-la mais eficiente. A Lei 13.675 de 11 de junho de 2018 destaca em seus dois primeiros artigos:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp) e cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), com a finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de atuação conjunta, coordenada, sistêmica e integrada dos órgãos de segurança pública e defesa social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em articulação com a sociedade.

Art. 2º A segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos, compreendendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito das competências e atribuições legais de cada um.

Dentre essas estratégias, cita-se no tópico a seguir, o Sistema Único de Segurança Pública que veio fortalecer a segurança no país tornando o trabalho combinado entre as forças policiais em todo o país.

## **2.1 Sistema Único de Segurança Pública**

O Sistema Único de Segurança Pública (Susp) foi criado para realmente mudar a história e tornar-se um divisor de água. Inserido a partir da Lei n.º 13.675/2018, aprovada em 11 de junho de ano passado, o Susp gera uma igualdade ao setor em campo nacional e prevê, além do compartilhamento de dados, operações e colaborações nas estruturas federal, estadual e municipal.

Com as novas regras, os órgãos de segurança pública, como as polícias civis, militares e Federal, as secretarias de Segurança e as guardas municipais serão integrados para atuar de forma cooperativa, sistêmica e harmônica. A área da saúde já é assim, os órgãos de segurança do Susp já realizam operações ajustadas. Tais operações podem ser ostensivas, investigativas, de inteligência ou mistas e contar com a participação de outros órgãos, não necessariamente vinculados diretamente aos órgãos de segurança pública e defesa social – especialmente quando se tratar de enfrentamento a organizações criminosas.

O Sistema Único de Segurança Pública (Susp) tem como órgão central o Ministério da Segurança Pública e é integrado pelas polícias Federal, Rodoviária Federal; civis, militares, Força Nacional de Segurança Pública e corpos de bombeiros militares. Além desses, também farão parte do Susp: agentes penitenciários, guardas municipais e demais integrantes estratégicos e operacionais do segmento da Segurança Pública (BRASIL, 2018, p.11).

A lei do Susp cria também a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) para fortalecer "as ações de prevenção e resolução pacífica de conflitos, priorizando políticas de redução da letalidade violenta, com ênfase para os grupos vulneráveis". A Política será estabelecida pela União e está prevista para valer por dez anos. Caberá aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios estabelecerem suas respectivas políticas a partir das diretrizes do Plano Nacional (BRASIL, 2018).

## 2.2 Criminologia

Inicialmente, é importante destacar que o Direito Penal e a Criminologia são disciplinas distintas. O Direito Penal é um convênio fixado pelos legisladores para defender a sociedade dos comportamentos típicos e desviantes. A Criminologia busca o delito e o Direito Penal, sem dúvida alguma, nada tem a ver com isso. O objeto do Direito Penal é a culpabilidade *latu sensu*. O objeto da Criminologia é o estudo da periculosidade, tendo por meta a pesquisa teórica da etiologia do crime.

Sendo ciência normativa, valorativa e finalista, o Direito Penal é fundamentalmente abstrato preocupando-se tão somente com a proibição do delito como fenômeno individual ou coletivo, nenhuma contribuição ofertando no campo da prevenção criminal.

De fato, diante do delito como fenômeno social, o Direito Penal, repressivo que é, exaure suas possibilidades sem alcançar um solucionamento satisfatório para o problema criminal. Para o Direito Penal tudo se finda com a aplicação e a execução da pena. Ele não vai além. Ditada a pena e providenciada a sua execução, não mais interessa ao Direito Penal o homem que delinuiu, salvo se reincidente (GOMES, 2012, p.32).

Talvez por isso, em seu livro *Criminologia*, Orlando Soares, criminólogo pátrio de amplo acatamento, rotula o Direito Penal de “ciência abstrata e inócua, que nada tem podido realizar no campo da prevenção do crime e do tratamento do criminoso, porque, em verdade, só cuida do problema da repressão do delito”.

Daí a necessidade de outras ciências virem ao auxílio do Direito Penal para lhe assegurar a própria existência. Seria utopia almejar o equacionamento do problema crime-criminoso apenas através do Direito Penal, sem a colaboração da Criminologia, da Psiquiatria, da Medicina Legal, da Psicologia e da Sociologia, só para enumerar algumas ciências.

Portanto, em face da insuficiência do Direito Penal, outras ciências saem em seu socorro, e entre elas a Criminologia com a matização de verdadeira “filosofia do crime e do criminoso” (GOMES, 2012), mas tendo como valores primaciais a criminalidade e a sociedade. Demais o ponto final da Criminologia não se resume no crime e no criminoso, pois transcende esse binômio, voltando-se para o sociologismo da delinquência em geral.

### 2.2.1 Conceituações e divisores da Criminologia

O vocábulo “criminologia”, cuja significação etimológica é “tratado do crime”, teria sido usado pela primeira vez em 1885 por Rafael Garófalo, época em que o objeto e o método da disciplina já haviam merecido a atenção de Cesare Lombroso e Enrico Ferri. Entendia, Ferri, que, com o surgimento da Criminologia, o Direito Penal ter-se-ia tornado inocente e meramente acadêmico, disto discordando na década de 40 Arturo Rocco, assinalando que o Direito Penal é inquestionavelmente uma ciência abrangente na medida em que seu objeto fique limitado ao Direito Positivo.

Ainda alusivo ao termo “criminologia” que Garófalo (1812) utilizou para designar a “ciência do crime”, Adrian William Bonger (1916) alega que ele “teria sido empregado pelo antropologista francês P. Topinard”. Em sentido amplo, a Criminologia estuda fenômenos criminais, bem como suas características e causas, e tudo aquilo que nela incide.

Sucedendo, no entanto, que os criminólogos, geralmente trazem sua experiência do estudo de outros setores científicos aos quais acrescem considerações de ordem pessoal,

a Criminologia, como não poderia deixar de ser, não é definida de maneira uniforme, sendo diversificadas suas conceituações.

Mesmo deixando transparecer o entusiasmo pela disciplina, Hungria (2008, p.23) diz que a Criminologia é o “estudo experimental do fenômeno do crime, para pesquisar-lhe a etiologia e tentar sua debelação por meios preventivos”. Jean Pinatel define a Criminologia como “a ciência que tem por objetivo fundamental coordenar, confrontar e comparar os resultados obtidos pelas ciências

Para Sutherland (1949) “Criminologia ainda não é uma ciência, mas sê-lo-á futuramente. Sustenta ser impossível transformar a Criminologia em ciência, a não ser que esta tenha seu conceito comprimido”. Persiste, que são vários e mesmo adversos os conceitos e definições sobre a Criminologia. Por isso que nem sempre se reconhece seu caráter de ciência autônoma.

É sabido que toda ciência se caracteriza pela existência de método e objeto. É o objeto, em suma, que distingue as ciências. Método é o fim que conduz ao conhecimento ou a verdade científica. Existe uma profunda ligação entre a natureza do objeto e a do método, o que gera uma condição de dependência entre uma e outra que vai refletir no próprio significado da ciência. Inclusive que o conhecimento não existe sem o objeto. Ora, tendo como objeto a dimensão naturalística do fato criminoso e, como método, a observação e experimentação de casos particulares na busca de uma verdade global, a Criminologia, na realidade, é a ciência empírica do crime e notadamente de sua gênese, o que justifica sua estuante colaboração com o Direito Penal que procura enveredar, cada vez mais, na essência e causação do delito e na personalidade do delinquente.

Apesar de, enquanto o direito penal não deixa de ser ciência de repressão social contra o delito através de regras jurídicas coibitórias cuja transgressão implica sanções, a Criminologia é ciência causal-explicativa, essencialmente profilática, visando o oferecimento de estratégias, por intermédio de modelos operacionais, de molde a minimizar os fatores inibidores do conjunto de crimes.

Destarte, malgrado alguns lhe neguem o caráter científico, aflora pacífico que a Criminologia é ciência. Ciência que aborda o acontecimento delitivo nos seus aspectos individual e antissocial e na sua causação, inclusive destacando seus provocativos no intento de atenuar a incidência delituosa.

Contudo, havendo conflitância de opiniões acerca do conceito de Criminologia, evidente que tais arestas obrigatoriamente estender-se-ão às subdisciplinas criminológicas que, não raro, são confundidas com a própria Criminologia, como é o caso da Antropologia Criminal

e da Biologia Criminal, cujos conceitos são símiles (GOMES, 2012, p.38).

Em suma, pode-se definir a Criminologia como a ciência que, impregnada sempre de sentido profilático, procura compreender os processos físicos, biológicos, psicológicos e sociais que envolvem a pessoa do delinquente e a evolução do crime.

Para muitos, aliás, a Criminologia é considerada uma ciência que até abarca todas as disciplinas criminais. Ela seria uma constelação criminológica invadindo, por decorrência, o campo de atuação de outras ciências criminais. Mas nem por isso ela deixaria de ser uma "ciência de síntese", eis que sua estrutura científica é constituída pelas contribuições de ciências como a Biologia, a Antropologia, a Sociologia a Psicanálise e a Psicologia, quando tais disciplinas estão concentradas no estudo do homem.

Por essas razões alguns estudiosos, como Orlando Soares (1986), por exemplo, "dividem a Criminologia em três partes: Sociologia Criminal, Antropologia Criminal e Política Criminal". A Sociologia Criminal estudando as causas da criminalidade e da periculosidade que a propicia, a par de estabelecer a ação ou omissão coadjuvantes das causas naturais.

A Antropologia Criminal investigando a ação, ou omissão, adjutória das causas internas da criminalidade e da periculosidade que a estimula. A política criminal representando o liame entre a Criminologia e o Direito Penal, sendo por sua intervenção que a Criminologia passará do plano científico e pedagógico para o técnico e o administrativo.

Inquestionável que, a um só tempo, a Criminologia é ciência natural e ciência cultural: enquanto procura revelar uniformidade e leis gerais, concomitantemente trata da observação e classificação sistemática, nos casos individuais do comportamento humano. Com lucidez, Kaiser (2011) compreende que:

A Criminologia é uma ciência complexa, voltada para o conhecimento experimental-científico do delito e da luta contra ele, além de buscar o controle da conduta social desviada. Acredita-se que a Criminologia visa a aplicação das ciências humanas e sociais na contenção e reeducação do indivíduo antissocial e na prevenção da criminalidade.

Resumindo o pensamento do autor, a concepção dominante sobre a natureza da Criminologia não a tem como mera ciência, mas também como ciência aplicada, daí resultando a Criminologia geral e a Criminologia clínica. A Criminologia compara, analisa e classifica os resultados obtidos no âmbito de cada uma das ciências criminológicas. A



Criminologia clínica consiste na aplicação dos métodos e princípios das matérias criminológicas fundamentais e na observação e tratamento dos delinquentes.

Contradizendo a posição unitária da Criminologia, a Escola Austríaca adota a concepção enciclopédica, que considera a Criminologia como um compacto de disciplinas particulares que pesquisam a realidade criminal, os fatos do processo e a luta contra o crime. As disciplinas que auscultam a realidade criminal compreenderiam a Fenomenologia Criminal, a Antropologia Criminal e Sociologia Criminal.

Esta concepção enciclopédica da Criminologia é defendida por vários estudiosos que dividem a Criminologia em dois grupos: 1. Ciências Puras: Antropologia Criminal, Biopsicologia Criminal e Sociologia Criminal; 2. Ciências Aplicadas: Política Criminal, Profilaxia Criminal e Penologia.

Adverte Pinatel (1974) que, “sem o concurso dos centros de clínica criminológica, a Criminologia terá de se restringir de um simples compacto de ciências”. Enfeixariam, então, o conjunto de ciências que estão em relação com o fenômeno criminal. Nesta perspectiva, tratar-se-ia, mais, de um adensamento de ciências criminológicas, menos de Criminologia propriamente dita. Frisa, Pinatel (1974) que a Clínica Social da Criminologia lança mão de métodos e dados das disciplinas fundamentais num verdadeiro trabalho de cunho interdisciplinar.

Como ciência interdisciplinar que é, Criminologia se interliga às ciências humanas. De fato, a Biologia, a Psicologia e a Psicanálise são instrumentos essenciais à Criminologia Clínica. Por outro lado e como já foi explanado, a Criminologia igualmente se relaciona com as ciências criminais: o Direito Penal lhe delimita o objeto; o Direito Processual Penal inquire a ocorrência do ato criminal e se interessa pelo exame da personalidade do delinquente; o Direito Penitenciário através de seus laboratórios, regula o programa de ressocialização; a Medicina legal, a Polícia Judiciária e a Policiologia colaboram na investigação científica da materialidade do fato criminoso.

## **2.3 Segurança pública e gestão pessoal da segurança e a prevenção do delito**

### **2.3.1 Modelo da segurança cidadã**

A moderna sociedade pós-industrial teme cada vez mais o delito, isto é, o fenômeno criminal, e teme chegar a tornar-se vítima do delito, ao ponto de que a segurança cidadã figure-se na atualidade entre as preocupações que mais afligem a opinião pública nos barômetros do CIS.

Tudo isso refere-se ao medo do delito e de suas consequências, enfatizando que não é a resposta individual, típica de quem foi vitimizado, mas um fenômeno psicossocial,

que transcende a dimensão clínica pessoal, que contamina as atitudes; mediatiza a opinião pública e perverte a política criminal (GOMES, 2012).

Hoje esse medo do delito foi generalizado, alcançando segmentos da sociedade que tradicionalmente não o experimentavam. Mais ainda: potencializado pelos meios de comunicação e tornado rentável pelos políticos, converteu a si mesmo em um complexo problema social. As modernas pesquisas de vitimização, de outro lado, resgatam o componente ideológico do medo do delito, revelando quais são os mecanismos de construção social do mesmo e as chaves últimas da denominada “ideologia de segurança”.

Os cidadãos, de fato, constroem sua imagem de segurança num marco social determinado e a partir de certos processos psicossociais, não necessariamente a partir de atos vitimizados e de experiências pessoais.

Muitos fatores, como a qualidade de vida e o desemprego influenciam na construção social do medo. Durante os últimos anos, o objeto ou conteúdo da insegurança e do medo foi deslocado para indicadores de bem-estar social e a qualidade de vida, distanciando-se progressivamente dos elementos específicos do medo do delito.

“No âmbito político-criminal, fenômenos como o medo do delito contribuíram para o progressivo desenvolvimento de um novo modelo, certamente perverso e regressivo, que alguns autores denominam modelo penal da insegurança”, salienta Gomes (2012, p.39).

Pelo que a problemática específica da prevenção do delito se refere, a “ideologia da segurança” e o modelo que a sustenta impulsionaram interessadamente um viés privatizador na titularidade dos meios que administram aquela, e uma dinâmica de imprevisíveis consequências a médio prazo. Ora, nem razões de urgência, nem de afetividade justificam o clamoroso abandono de funções em que incorrem os poderes públicos, e a perigosa confusão dos interesses gerais com os particulares que aquela conduz.

Nem a indiscutível eficiência da iniciativa privada assegura a plena vigência das garantias do cidadão, nem parece fácil evitar que uma participação mesmo limitada daquela, periférica e sempre bem intencionada, acabe impregnando a gestão dos interesses públicos de motivos e padrões particulares. Sem esquecer que as diferentes possibilidades de acesso à segurança privada – a seu financiamento – reproduzem e potencializam de forma discriminatória as injustas diferenças sociais.

### 2.3.2 Prevenção do crime

O crime é um doloroso problema social e comunitário, cuja prevenção interessa ao Estado e aos particulares. Tanto as instâncias do controle social formal como as do controle social informal devem colaborar eficazmente nesta tarefa. Conforme a legislação em vigor

(L.O. 2/1986, de 13 de março, de Forças e Corpos de Segurança, art. 11), corresponde à Polícia o dever específico de prevenir a delinquência.

O fenômeno, pois, não é recente, embora o processo privatizador exiba hoje três sinais muito característicos: que é o objeto de regulação jurídica mais completa e sistematizada (Lei de Segurança Privada de 1992); que sua conformação é prioritariamente empresarial; e que aumentou quantitativamente a contratação de serviços de segurança não somente entre particulares, empresas e instituições, mas também pela própria Administração Pública.

A estes modelos de prevenção, que são regidos por critérios distintos (o público é generalista e não discriminatório, o privado, particularista e seletivo quanto a seus respectivos objetos de proteção), se acrescente a denominada “gestão pessoal da segurança”, modalidade potencializada pela vitimologia e as modernas teorias situacionais, que faz referência a uma atividade de autodefesa com adoção de medidas “a partir de dentro”, e sem a intervenção de nenhum serviço externo para garantir a própria segurança, prévia à própria segurança privada.

Ainda mais quando não é fácil em determinada hipótese diferenciar segurança privada e gestão pessoal da segurança (p. ex., instalação de um alarme na própria moradia), conceitualmente a segurança privada pertence ao controle social formal, enquanto a gestão pessoal da segurança (que não provê de meios pessoais de defesa) se insere no controle social informal.

## **2.4 Responsabilidade de proteção pelo Estado**

Para almejar a proteção do indivíduo e a tranquilidade é importante atribuir ao Estado a responsabilidade de assegurar os policiais a proteção absoluta desses funcionários públicos, pois a segurança é um dever do Estado. Assim o Estado tem do dever específico de agir e a sua omissão cria a situação propícia para a ocorrência de eventos donos. Segundo Alexandre de Moraes (2007, p.134), direitos fundamentais podem ser definidos como:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Como aponta Oliveira (2006, p.103-4), “*Iter victimae* é o caminho, interno e externo, que segue um indivíduo para se converter a vítima, o conjunto de etapas que se operam cronologicamente no desenvolvimento de vitimização”.

Bittencourt (apud SHECAIRA, 2008, p 54) destacando as dificuldades para estabelecer um conceito único de vítima, podendo haver:

O sentido originário, com que se designa a pessoa ou animal sacrificado à divindade: o geral, significado a pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos dos de outrem ou do acaso; o jurídico-geral, representando aquele que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem tutelado pelo direito; o jurídico penal restrito, designando o indivíduo que sofre diretamente as consequências da violação da norma penal; e por fim , o sentido jurídico-penal-amplo, que abrange o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as consequências do crime.

Assim é necessário que a sociedade e o Estado se unem para atingir o valor básico de dignidade da pessoa humana, também deve zelar pelos direitos das vítimas. Isso pode ser feito promovendo a criação de entidades, tais como as associações de proteção às vítimas, pois o risco na jornada de trabalho está mais presente na vida desses profissionais o discurso dos operacionais, o perigo externo é sentido e vivenciado por todos.

Segundo Nogueira (2006, p.31-32) a Organização das Nações Unidas – ONU, através da Declaração sobre os princípios Fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e de abuso de poder, nos seus incisos primeiro e segundo, conceitua assim as vítimas:

[...] vítimas as pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física e um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissão violadores das leis vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

Uma pessoa pode ser considerado como vítima no quadro da declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declaração culpado, e qualquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O tema vítima, inclui, conforme o caso, a família próxima as pessoas a cargo da vítima e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.

Assim o terrorismo psicológico sofrido por essas vítimas no local de trabalho, prejudica toda a coletividade e está presente no mundo todo e em todas as profissões. Pode ser chamado de: Vitimização primário, que traz sérios riscos tanto para a sociedade como para o profissional. Segundo adverte Trindade (2007, p.158):

Mesmo depois de ocorrer o evento vitimizador (vitimização primária), a vítima precisa continuar a se relacionar com outras pessoas, colegas, vizinhos, profissionais da área dos serviços sanitários, tais como enfermeiros, médicos, psicólogos e assistentes sociais, e profissionais da área dos serviços judiciais e administrativos, funcionários de instâncias burocráticas, policiais, advogados, promotores de justiça e juízes, podendo ainda se defrontar com o próprio agente agressor ou violador, em procedimentos de reconhecimento, depoimentos ou audiências. Essas situações, se não forem bem conduzidas, podem levar ao processo de vitimização secundária, no qual a vítima, por assim dizer, ao relatar o acontecimento traumático, revive-o com alguma intensidade, reexperenciando sentimentos de medo, raiva, ansiedade, vergonha e estigma. Devido a essa possibilidade, as agências de cuidados sanitários e judiciais devem estar adequadamente aparelhadas, tanto do ponto de vista material, quanto do ponto de vista humano, para evitar a revitimização-hetero-secundária, ou pelo menos, para minimizá-la.

Nesse sentido, quando esses profissionais vão trabalhar, dar-se início a uma jornada de risco que abrange a todos em todos os momentos da vida. Apesar de hoje, alguém estar exercendo atividade-meio, sua tarefa amanhã poderá ser operacional por ordenação hierárquica ou por necessidade das demandas de segurança. Isso aproxima suas experiências. Por outro lado, o status policial está associado à atividade-fim, remetendo todos à compreensão do trabalhador coletivo.

Assim independente de cargo dessa categoria terá a percepção de risco no local de trabalho. Assim ela é absoluta para os policiais militares, grupo em que nenhum membro se sente isento de risco profissional. Entre policiais militares, os riscos reais e a percepção de risco são mais elevados, pois estão expostos ao risco. Segundo conceitua Zanobini (2010, p.23), a polícia é:

[...] a atividade da administração pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais.

O fato marcante é quando esses profissionais são vítima se calam com vergonha e até mesmo com medo do preconceito, pois o descaso para com a vítima passa não só pelo fato de que os crimes, em sua grande maioria, têm como sujeito ativo pessoas de poucos recursos materiais, impossibilitando efetiva reparação, mas também porque a própria

vítima desconhece a importância da reparação como fator de prevenção criminógena e não raro dispensa essa reparação. Além disso é difícil a produção de prova neste caso, mas são permitidas as filmagens, fotos, sendo que a principal prova é a testemunhal, entre outras.

Assim a vitimização primária com qualquer profissional em ambiente laboral ocorre de maneira sutil e o objetivo é desestabilizar a vítima. São exemplos dessas ações: parar de falar com a vítima, atribuir agressões com outro colega, ser humilhar, inferiorizar, fazer comentários maldosos. Nesse sentido Fontes (2006, p. 72) define essa espécie de violência:

Como sendo um conjunto de condutas reiteradas, praticadas por aquele que, sendo hierarquicamente superior ao (à) assediado (a), o (a) atinge, ou permite que outros empregados de mesmo nível funcional o (a) atinjam, ofendendo-o (a) na sua honra por meio de humilhações que causam dor, tristeza, sofrimento, raiva, angústia, desestabilizando-o (a) no ambiente de trabalho.

Assim percebe-se que a vitimização dos policiais militar no local de trabalho gera: a dor, a ofensa, lesão, a agressão interna que se perpetua e gera uma dor física e tem a finalidade em provocar um dano psíquico, a ocorrência de fato do dano.

É necessário mencionar que muitos desses profissionais sofre por não ter o seu trabalho valorizado pela sociedade. Assim, casos da vitimização dos policiais tem aumentado diante da violência e provocando uma serie de desdobramento para a organização e execução do trabalho. Assim aumenta a baixa estima do policial e causa a má qualidade do serviço prestado por esses profissionais. Assim diz Molina (2006, p.73) a respeito da vítima:

O abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos: no Direito Penal (material e processual), na Política Criminal, na Política Social, nas próprias ciências criminológicas. Desde o campo da Sociologia e da Psicologia social, diversos autores, têm denunciado esse abandono: O Direito Penal contemporâneo – advertem – acha-se unilateral e equivocadamente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, no âmbito da previsão social e do Direito civil material e processual.

De um modo geral, a vitimização dos policiais militares em ambiente laboral (trabalho) ocorre de maneira sutil e o objetivo é desestabilizar a vítima. Um exemplo disso é a discriminação que sofrem pela sociedade, isto é, discriminados por serem policiais; humilhados; vítimas de desrespeito aos seus direitos trabalhistas; e vítimas de acusação injusta de prática de ato ilícito. Dessa forma percebe-se certo abandono ou descaso, já que

poucos destes crimes são denunciados e quando são, demonstra desinteresses com a vítima.

### **3 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: Conceito e evolução**

Inicialmente deve-se esclarecer a confusão que ainda há entre quadrilha ou bando com Organizações Criminosas, haja vista que estas demandariam uma estrutura quase-empresarial com níveis de hierarquia, continuidade, e a busca dos ganhos econômicos, havendo ainda a interconexão com o poder público por meio da corrupção e um grande poder de intimidação, características estas inexistentes no tipo penal estampado no artigo 288 do Código Penal.

Existia uma certa incoerência na Lei n.º 9.034/1995, pois sua ementa destinava a aplicação do diploma legal ao âmbito das Organizações Criminosas e, em seu artigo 1º, reduzia as Organizações Criminosas aos crimes resultantes de ações de quadrilha ou bando, figura típica esta que dispensa o fator “organização”, vale dizer, a Lei 9.034/1995 não seguia plenamente a semântica apresentada. Entretanto, autores como Mirabete e Capez, dentre outros, sustentavam que a Lei 9.034/1995 havia equiparado quadrilha a Organização Criminosa. Logo, a Lei 10.217/2001, diante das críticas defendidas por Flávio Gomes (2016), alterou a redação do artigo 1º da Lei 9.034/1995, para então desvincular a expressão de quadrilha ou bando da expressão organização criminosa, nos seguintes termos:

Artigo 1º. Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticados por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Diante desta bipartição (quadrilha ou bando de um lado e organização criminosa de outro), a expressão “organização criminosa” ficou sem uma definição legal, gerando uma crise de eficácia com relação aos artigos da Lei 9.034/1995, bem como com relação ao artigo 1º, inciso VII da Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais em sua redação originária). Nesta senda, aqueles que porventura foram condenados ao crime de lavagem em razão dos crimes cometidos em Organização Criminosa (artigo 1º, inciso VII da lei 9.613/1998) mereciam *abolitio criminis*<sup>133</sup>.

Vale ressaltar que na seara das Execuções penais, a Lei 10.792/2003 modificou o artigo 52 da Lei 7.210/1984, e instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), possibilitando (pelo § 2º do referido dispositivo) incluir preso provisório ou condenado no

---

133 Extinção do crime devido à publicação de lei que extingue o delito anteriormente previsto no ordenamento jurídico.

referido regime, caso recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas.

A organização criminosa é uma associação de pessoas, fundadas em uma organização estrutural com o fim de cometer atividades ilícitas. Conforme a Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013 no §1º do artigo 1º a organização criminosa é entendida como:

Art. 1º [...]§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Nucci (2015, p. 17) aponta a “finalidade vital da Lei 12.850/2013 é a definição de organização criminosa; a partir disso, determinar tipos penais a ela relativos e como se dará a investigação e a captação de provas”.

O crime organizado tem suas origens anteriores à sua conceituação e tipificação normativo-jurídica. O mesmo encontra-se arraigado na sociedade tanto do Brasil como do resto do mundo. É, portanto, um traço que vem sendo desenvolvido há séculos e hoje se encontra estruturado hierarquicamente de forma bem elaborada (CÍCERO; SOUZA, 2014).

Na visão de Silva (2015, p.74):

A partir do século XVI surgem os primeiros movimentos estruturados e hierarquizados, onde populares lutavam contra poderosos e o descaso do Estado para com as pessoas menos desenvolvidas e desamparadas de assistências básicas devidas pelo Governo. O crescimento das atividades desses movimentos contou com a coparticipação de autoridades políticas corruptas. É notória, portanto, uma das origens do crime organizado já com a participação de políticos.

Não há dúvidas que o crescimento generalizado do crime organizado tem chamado a atenção tanto do governo brasileiro quanto internacional nos últimos anos. Mesmo com um conceito abstrato, as organizações criminosas continuaram a crescer em força, causando danos reais e irreparáveis ao mundo inteiro. Embora desconhecidas para os civis, existem muitas empresas que foram criadas com o objetivo de se envolver em atividades ilegais e foram criadas com recursos também obtidos por meio de atividades ilegais.

É necessário compreender o que é o crime organizado, suas especificações e particularidades. Mas acima de tudo, é necessário puni-lo de forma veemente para que não cause ainda mais danos à população e também aos cofres públicos que sofrem diante



do prejuízo financeiro causados pelo crime organizado no Brasil há décadas nos mais variados setores.

### **3.1 Atuação do Estado no combate às organizações criminosas no Brasil**

O Brasil já convive com organizações criminosas desde a época de Lampião, conhecido como o 'Rei do Cangaço', mas foi a partir da década de 1970, mais precisamente no Estado do Rio de Janeiro que surgiu o Comando Vermelho, umas das maiores, se não a maior, organização que atua no crime organizado do país. Sendo alvo de inúmeras investigações de homicídio, tráfico de drogas, tráfico de armas, extorsão, sequestros e outros delitos presentes na legislação penal brasileira. Obviamente, que com o passar dos anos, outras organizações surgiram para aumentar e dificultar ainda mais a atuação das polícias.

Toda organização, para se manter e continuar atuando, precisa de dinheiro. Desta forma, o tráfico de drogas é a maior atividade criminosa no mundo, o fácil desenvolvimento, bem como sua alta rentabilidade de lucro e o rápido retorno do investimento faz com que este seja um campo atrativo para inúmeras pessoas.

O 'negócio' mais lucrativo para estas organizações é o tráfico de drogas, uma vez que, dentre as principais máfias de cartel de drogas tradicionalmente existentes no mundo, o Brasil movimenta por ano 1,5 trilhões de dólares, isto é, mais do que a riqueza produzida legalmente pelo país em um ano (TOGNOLLI; ARBEX JR, 2004, p.43).

Diante desse cenário de violência e transações ilegais, o governo investe alto em tecnologia e nos últimos anos, o número de apreensões de entorpecentes vem crescendo consideravelmente, no intuito de impactar a movimentação financeira e expansão desses grupos criminosos presentes em praticamente todas as regiões brasileiras.

Os grupos organizados possuem uma estrutura similar à de uma empresa, deste modo, cada integrante possui uma função determinada na escala hierárquica do tráfico, " assim como acontece com todas as empresas, à medida que uma empresa de drogas cresce, suas operações tornam-se mais complexas, e as responsabilidades de cada membro, em particular da "alta gerência", mais decisivas (LESSING, 2008, p.75).

Diante da citação acima, entende-se a expressiva lucratividade gerada, é possível afirmar que o tráfico de drogas está listada como uma das atividades mais desenvolvidas e praticadas pelo crime organizado, entretanto o dinheiro não é o único fator. Há também as trocas por armas e outros equipamentos. Vale ressaltar que os líderes destas facções

criminosos são apelidados de “rei do tráfico”, tamanho é o poder e riqueza adquirida em um curto espaço de tempo.

Os serviços de inteligência civil cumprem um papel decisivo na atuação proativa da polícia em relação ao crime organizado. Como se sabe que boa parte dos delitos do crime organizado não é relatada às autoridades, o conhecimento das organizações criminosas depende do trabalho de campo desses oficiais (MINGARDI, 2007, p.71).

Resumindo, a enorme rentabilidade está associada à ilegalidade, pois aumenta os custos de entrada na atividade, mas também ajuda a eliminar parte dos competidores potenciais das organizações criminais. Tal rentabilidade é diretamente proporcional à intensidade da ação estatal contra o crime, visto que, quanto maior a dificuldade em disponibilizar um bem ou serviço ilegal, maior será o sobrepreço ao consumidor (MOTA; DUTRA, 2010). A perseguição contra o crime organizado baseado em mercados tende concomitantemente a combatê-lo no nível das unidades e fortalecê-lo no nível de mercados.

#### **4 METODOLOGIA**

A metodologia do presente estudo teve como base a pesquisa bibliográfica, fundamentando em análise dos conteúdos que descrevem o fenômeno em questão. Contudo vale lembrar que se fará pesquisa exploratória nos mais diversos livros, artigos e outros documentos bibliográficos. Para melhor compreensão sobre o tipo de pesquisa adotada, apresenta-se Cervo (2007, p.63-64) que diz:

A pesquisa exploratória não requer a elaboração de hipóteses a serem testadas no trabalho, restringindo-se a definir objetivos e buscar mais informações sobre determinado assunto de estudo. Tais estudos tem por objetivo familiarizar-se com o fenômeno ou obter uma nova percepção dele e descobrir novas ideias.

Sobre o aspecto da pesquisa bibliográfica adota-se também Cervo (2007, p.60) que nos diz:

A pesquisa bibliográfica procura explicar um problema a partir de referência teóricas publicadas em artigos, livros, dissertações e teses. Pode ser realizada independentemente ou como parte de pesquisa descritiva ou experimental. Em ambos os casos busca-se conhecer e analisar as contribuições culturais ou científicas do passado sobre determinado assunto, tema ou problema.

A principal fonte de pesquisa foi a bibliográfica, por se tratar de um assunto sistematizado desenvolvido com base em material publicado (fonte primária ou secundária) em livros, revistas, jornais e redes eletrônicas. Nesta pesquisa, utilizou-se referências bibliográficas para composição do referencial teórico, bem como o uso de fontes primárias, isto é, material escrito e visual como artigos relacionados ao tema ora abordado.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apesar da proteção da Justiça e do Estado, a resolução dos conflitos parece voltar-se novamente para o âmbito privado: os cidadãos estão cada vez mais armados, proliferam as polícias e seguranças particulares. É difícil aceitar a ideia de pacificação progressiva da sociedade, se o que vemos ao nosso redor é o contrário, pois é quase impossível andar pelas ruas e não ser assaltado, ou até mesmo ser vítima de bala perdidas nas grandes cidades. Tudo isso reflete a falta de uma segurança pública eficiente.

Violência, direitos, justiça e o papel do Estado precisam ser analisados como problemas fundamentais, sim, mas sempre dentro desse quadro de transformações econômicas e políticas que ocorrem na atualidade. Diante de problemas mundiais e que exigem um planejamento de longo prazo, se buscam a todo instante soluções que venham melhorar a vida da população. Nessa complexa equação entre economia, política e direitos é que deve ser pensada a luta contra a violência, o desarmamento e a pacificação da sociedade.

Não há dúvidas que para combater o crime organizado no Brasil, o governo deve responder à altura, de forma ríspida e efetiva para que tal problema não persista por décadas, como já vem ocorrendo. Os investimentos por parte do Governo Federal e Estadual não podem parar, pois são muitas as necessidades emergenciais que o país tem que superar, no entanto, investir em educação e tornar o povo mais consciente pode ser um primeiro passo na busca pela paz.

O trabalho não vem esgotar o tema, pelo contrário, torná-lo mais discutido no meio acadêmico, educacional e pela sociedade em geral, pois violência é algo negativo, que deve ser combatido intensamente por uma segurança pública eficiente e que recebe investimentos acompanhado de uma legislação mais rígidas e que não permitam a impunidade. Portanto, acredita-se que a problemática foi respondida e o objetivo geral alcançado, visto que foi possível analisar a importância de uma segurança pública eficiente como resultado da atuação do Estado no combate às organizações criminosas no Brasil.

## **REFERÊNCIAS**

ALENCASTRO, Bruno. **Segurança privada fatura bilhões e emprega mais que a polícia.** Agência RBS, 2016. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2016/10/seguranca-privada-fatura-bilhoes-e-emprega-mais-que-a-policia-7785801.html>> Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Sistema Único de Segurança Pública (Susp).** Brasília-DF, 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13675.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13675.htm)> Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 13.675.** Brasília-DF, 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1544705396.44> Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília-DF, 1988.

BRASIL. **Lei n.º 12.850.** Brasília-DF, 2013.

BUORO, Andréa Bueno. **Violência urbana: dilemas e desafios.** São Paulo: Atual, 1999.

CANO, Ignácio; SANTOS, Nilton. **Violência letal, renda e desigualdade no Brasil.** Rio de Janeiro: 7Letras, 2007.

CERVO, Amado Luiz. **Metodologia científica.** 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

CÍCERO, Natali Carolini de Oliveira; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. **A origem do crime organizado e sua definição à luz da Lei n.º 12.694/12.** Brasília-DF, 2014.

Disponível em:

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/view/3564/332> 0 Acesso em 06 mar. 2022.

GOMES, Luís Flávio. **Organização criminosa e técnicas especiais de investigação.** Rio de Janeiro: Juspodvim, 2016.

LESSING, Benjamin. **As Facções Cariocas em Comparativa.** Tradução: Hélio de Mello Filho. NOVOS ESTUDOS CEBRAP 80, março 2008. Disponível em:

<https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/1693/683> Acesso em 06 mar. 2022.

MINGARDI, Guaracy. O trabalho da inteligência no controle do crime

organizado. **Estudos Avançados**, v. 21, n. 61, p. 51-69, 2007. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/cint/a/yc9kXFhYxqNPJXDJHNPPBNB/?lang=pt> Acesso em: 06 mar. 2022.

MOLINA, Garcia-Pablos de. **Criminologia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOTTA, Bruno; DUTRA, Gabriela. Violência armada organizada: um fenômeno que ameaça fronteiras estatais. **Oikos**, v. 9, n. 1, p. 85-105, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cint/a/yc9kXFhYxqNPJXDJHNPPBNB/?lang=pt> Acesso em: 06 mar. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 3. ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/1693/683> Acesso em 06 mar. 2022.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações Criminosas: Aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2015.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

ZANOBINI, Guido. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

## **RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ASSÉDIO PROCESSUAL DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DA PARTE CONTRÁRIA**

**MARSDEN CONSTLÊ GOMES RODRIGUES:**  
Bacharelado em Direito.

**RESUMO:** O presente artigo tem como título “Responsabilização civil por assédio processual decorrente da violação da dignidade da pessoa humana da parte contrária”. A pesquisa teve como problema o seguinte questionamento: O assédio processual, pode causar inúmeros inconvenientes dentro de um processo, pois, pode ser feito o uso de direito de defesa na forma de má fé, só para causar a demora processual, ou até mesmo a desistência da parte que sofre tal assédio. Sabendo disso, aquele que comete assédio processual é passível de ser responsabilizado civilmente pela violação da dignidade humana da pessoa assediada? O objetivo geral foi o de verificar se aquele que comete assédio processual pode ser responsabilizado civilmente. Para obter os resultados da pesquisa, o presente artigo foi elaborado por meio do método qualitativo-dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados obtidos foram que aquele que pratica o assédio processual viola os direitos de privacidade e de razoável duração do processo da parte contrária e incorre em abuso dos direitos de acesso à justiça e de defesa. Conclui-se que pode sim ser responsabilizado civilmente aquele que comete assédio processual.

**Palavras – Chave:** Violação de direitos fundamentais; Abuso de direito; Dano moral.

**ABSTRACT:** This article is entitled “Civil liability for procedural harassment arising from the violation of the human dignity of the opposing party”. The research had as a problem the following question: Procedural harassment can cause numerous inconveniences within a process, because the right of defense can be used in the form of bad faith, just to cause procedural delay, or even the withdrawal of the party who suffers such harassment. Knowing this, is the person who commits procedural harassment liable to be held civilly responsible for violating the human dignity of the harassed person? The general objective was to verify if the one who commits procedural harassment can be held civilly liable. To obtain the results of the research, this article was elaborated through the qualitative-deductive method, using bibliographic and documental research. The results obtained were that the one who practices procedural harassment violates the rights of privacy and reasonable duration of the process of the opposing party and incurs abuse of the rights of access to justice and defense. It is concluded that the person who commits procedural harassment can be held liable.

**Keyword:** Violation of fundamental rights; Abuse of right; Moral damage.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO – 2. ASSÉDIO PROCESSUAL DECORRENTE DO ABUSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: 2.1 ABUSO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA: 2.2 ABUSO DO

DIREITO DE DEFESA. 3. ASSÉDIO PROCESSUAL COMO VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DA PARTE CONTRÁRIA. 4. ASSÉDIO PROCESSUAL COMO VIOLAÇÃO DO DIREITO DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. 5. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL DECORRENTE DE ASSÉDIO PROCESSUAL. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS.

## **1.INTRODUÇÃO**

O presente trabalho discorre sobre a possibilidade da responsabilização civil por assédio processual decorrente da violação da dignidade da pessoa humana da parte contrária, e como delimitação do tema, vem tratar o assédio processual, sobre o prisma de que a parte pode estar fazendo o uso dos direitos de acesso à justiça e de defesa de forma maliciosa, para causar morosidade processual ou desconforto à parte contrária, podendo levá-la à desistência do processo e causar-lhe danos morais e materiais, violando a dignidade humana da pessoa assediada.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo Art. 1º a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (BRASIL, 1988, não paginado).

A Carta Magna traz esse artigo valorativo para todos os cidadãos, como forma de garantir dignidade a todos. E é importante destacar o princípio da dignidade da pessoa humana neste âmbito, devido à grande abrangência que ele vem a ter no caso em questão. Machado e Ferraz (2018, p. 5), destacam o seguinte conceito sobre a dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana é o valor-fonte de todos os direitos fundamentais. Esse valor, que deve ser considerado fundamento e fim último de toda a ordem política, busca reconhecer não apenas que a pessoa é sujeito de direitos e créditos, mas que é um ser

individual e social ao mesmo tempo. No espaço privado, reino da satisfação das necessidades, a pessoa humana é indivíduo, isto é, mostra-se voltada para a realização de suas necessidades biológicas. Já no espaço público, a pessoa é um ser social, ou, como preferiu Aristóteles, o homem é um animal político, pois vive e morre na polis-comunidade política. (MACHADO; FERRAZ, 2018, p. 5)

O Código Civil nos artigos 186 e 187 traz dois pilares para a responsabilização: dano material ou moral e abuso de direito. Valente (2017, p. 285) explica que:

Aquele que comete um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Entretanto, o dano ou prejuízo sofrido pela vítima, que acarrete a responsabilidade, não é apenas o material, tendo em vista que as vítimas que sofreram ofensas de caráter subjetivo e sem expressão econômica, também não devem ficar sem a devida proteção, posto que o dano moral impõe a indenização. (VALENTE, 2017, p. 285).

O assédio processual, pode causar danos à pessoa assediada, pode ser feito o uso dos direitos de acesso à justiça e de defesa de má fé, só para perturbar a paz da parte contrária ou causar demora processual e, até mesmo, a desistência do processo. Sabendo disso, o problema proposto é: aquele que comete assédio processual é passível de ser responsabilizado civilmente pela violação da dignidade humana da pessoa assediada?

Decorrente desse problema vislumbram-se como fatores de hipóteses quatro situações: a) aquele que usa o direito de acesso à justiça previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal/1988, propondo diversas ações destituídas fundamentação, comete abuso de direito, conforme artigo 187 do Código Civil de 2002, devendo sua conduta ser apreciada pelo Poder Judiciário; b) o direito a defesa é assegurado aos litigantes, devendo ambos exercer esse direito, sempre usando de boa-fé os recursos que são cabíveis, sem prejudicar a parte contrária, conforme assegura o artigo 5º, LV da Constituição Federal/1988, caso aja de má-fé e não respeito os limites que lhe são impostos há abuso deste direito passível de responsabilização civil; c) uma das causas do assédio processual é propositura de sucessivos recursos sem fundamentação idônea, causando morosidade processual, o que viola o direito à razoável duração do processo da parte contrária, previsto no artigo art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal/1988; d) a dignidade da pessoa humana, constante no art. 1º, III, da Constituição Federal/1988, só se concretiza mediante o respeito aos direitos fundamentais do cidadão, o assédio moral viola os direitos de privacidade e à razoável duração do processo da vítima, logo viola sua dignidade; e) aquele que comete assédio processual deve ser responsabilizado civilmente, pois, segundo o artigo 186 e 187 do Código Civil/2002, quem causa danos a outrem comete ato ilícito e o artigo art. 5º, X,



da Constituição Federal/1988 assegura a indenização por dano moral, material ou à imagem.

Diante disso, no presente artigo se aborda a possibilidade de responsabilização civil sobre aquele que comete assédio processual, em decorrência da violação da dignidade humana da pessoa da parte contrária. Logo, o objetivo geral é verificar se aquele que comete assédio processual pode de fato ser responsabilizado civilmente.

Como objetivos específicos, têm-se: (i) identificar o alcance dos direitos fundamentais de acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF/88) e de defesa (art. 5º, LV, da CF/88) e as causas que podem significar abuso desses direitos, (ii) compreender as causas de violação dos direitos fundamentais à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988) e de privacidade (art. 5º, X, da CF/1988) e (iii) averiguar se o assédio processual é um ato ilícito civil, conforme os artigos 186 e 187 do CC/2002.

Para alcançar os objetivos propostos, o trabalho foi realizado por meio do método qualitativo-dedutivo, com uso de pesquisa bibliográfica e documental. A metodologia ora apresentada, traz elementos suficientes para que possa ser analisada a responsabilização civil, no que decorre de abuso de direitos fundamentais, levando em consideração que ele fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho está dividido em quatro seções. Na primeira seção, aborda-se sobre o assédio processual decorrente do abuso dos direitos fundamentais, sobretudo do direito de acesso à justiça e do abuso do direito de defesa. Na segunda seção, discorre-se sobre o assédio processual como violação da dignidade da pessoa humana da vítima. Na terceira seção, dá-se destaque a discussão sobre a violação do direito de razoável duração do processo. Por fim, na quarta seção, trata-se sobre a responsabilização civil pela prática de assédio moral contra a parte adversária, com base no ilícito civil e no abuso de direito cometidos por quem o pratica.

## **2. ASSÉDIO PROCESSUAL DECORRENTE DO ABUSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

No âmbito jurídico o assédio processual decorre de ações e atos processuais que vão lesionar a ordem jurídica, por comportamentos evitados de má-fé que geram uma desordem no trâmite do processo. A terceira turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que configura assédio processual como o “Ajuizamento sucessivo e repetitivo de ações temerárias, desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso. Má utilização dos direitos fundamentais de ação e defesa. (BRASIL, 2019, não paginado).

Essa má utilização dos direitos de ação e defesa caracteriza abuso desses direitos e pode acarretar obstrução da justiça e morosidade processual, tornando o processo difícil

de terminar, trazendo transtornos à parte contrária ou até fazendo com que essa opte pela desistência do processo.

Para Rodrigues (2003, p. 46), há abuso de direito “quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem.”

Tartuce (2018, p. 471) cita em sua obra o conceito de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery a respeito do abuso de direito:

Para que o abuso de direito esteja configurado, nos termos do que está previsto na atual codificação privada, é importante que tal conduta seja praticada quando a pessoa exceda um direito que possui, atuando em exercício irregular de direito. (NERY JR.; NERY, 2003, p. 255, *apud* TARTUCE, 2018, p. 471)

Sobre quando o exercício de um direito configura abuso a ponto de ensejar assédio processual, Paroski (2009, p. 135) explica que: “não é o exercício moderado dos direitos e faculdades processuais, mas o abuso e o excesso no emprego de meios legalmente contemplados pelo ordenamento jurídico, para a defesa de direitos ameaçados ou violados.”

Deste modo, identifica-se aqui o abuso de direito no que tange o assédio processual, ou seja, o indivíduo usa do seu direito para cometer ato ilícito, prejudicando a terceiros para beneficiar a si próprio, fazendo uso irregular do direito. No caso do assédio processual há o exercício irregular do direito fundamental de acesso à justiça (direito de ação) e do direito de defesa.

Sobre os direitos fundamentais Paulo e Alexandrino (2015, p. 98), destacam que:

Os primeiros direitos fundamentais têm o seu surgimento ligado à necessidade de se impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado e suas autoridades constituídas. Nasceram, pois, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado. Por esse motivo - por exigirem uma abstenção, um não fazer do Estado em respeito à liberdade individual - são enominados direitos negativos, liberdades negativas, ou direitos de defesa. Em suma, os direitos fundamentais surgiram como normas que visavam a restringir a atuação do Estado, exigindo deste um comportamento emissivo (abstenção) em favor da liberdade do indivíduo, ampliando o domínio da autonomia individual frente à ação estatal. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 98)

No entanto, quando o indivíduo abusa desses direitos fundamentais para se beneficiar, utilizando de métodos ilícitos com a intenção de obstruir a justiça e de retardar o processo, e, até mesmo, de fazer a outra parte desistir do processo pelo cansaço emocional, ele pode estar cometendo assédio processual.

Diante disso, nessa seção será feito um breve estudo sobre o abuso dos direitos fundamentais de direito de acesso à justiça e de defesa, verificando as implicações que isso pode gerar no decorrer do trâmite processual.

## 2.1 ABUSO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é um princípio constitucional e um direito fundamental garantido a todos os cidadãos pela Constituição Federal de 1988. É por meio dele que o cidadão pode garantir seus direitos, afastando ameaça ou reparando lesão.

O direito de acesso à justiça é um direito que não se sabe exatamente quando surgiu, mas no Brasil esse direito surgiu na Constituição de 1946, no qual previa que a lei não poderia excluir do Poder Judiciário qualquer violação aos direitos individuais. (FRANÇA; SILVEIRA, 2020).

No ano de 1964 foi instaurado o Regime Militar no Brasil, passando assim a ser limitado esse direito de acesso ao Judiciário, tornando tudo mais difícil e impossibilitando os brasileiros de terem seus direitos ouvidos e resguardados. (FRANÇA; SILVEIRA, 2020).

Entretanto, em 1969, houve uma Emenda Constitucional que agravou ainda mais a situação, onde todas as ações ilegais praticadas pelo Governo, comandado pelos militares não poderiam ser julgadas pelo Judiciário. Porém, em 1970, os movimentos sociais começaram a intensificar e lutar por direito a igualdade social, cidadania plena, democracia, efetividade dos direitos fundamentais e da própria justiça. (FRANÇA; SILVEIRA, 2020).

Já em 1988, diante de tanta luta e movimentos sociais para pacificar e garantir direito aos brasileiros, foi materializado o acesso à justiça como direito fundamental de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. (FRANÇA; SILVEIRA, 2020).

Nesse sentido, é importante ressaltar que o direito ao acesso à justiça é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, onde todas as pessoas respondem à lei igualmente para que a ordem seja mantida.

O artigo 5º caput e inciso XXXV da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, assegura esse direito expondo o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988, não paginado).

Esse inciso atua como um mecanismo de efetivação de direitos sociais e individuais, e o Estado tem a responsabilidade de garantir que todos os cidadãos tenham esse direito resguardado, tendo livre acesso à Justiça e ao Poder Judiciário. Esse princípio é também chamado de direito de ação e princípio da inafastabilidade da jurisdição. (CUNHA, 2013).

Como visto, o abuso de direito acontece pelo simples fato de o indivíduo exceder aquele direito que lhe é conferido, usando de má fé para se beneficiar diante de alguma situação, deste modo, prejudicando a parte contrária, não permitindo que ela tenha acesso aos seus direitos perante o que lhe é conferido pela justiça.

Quanto ao direito de acesso à justiça ou direito de ação, comete abuso “aquele que utiliza exorbitante e desnecessariamente a faculdade que lhe é garantida com o fim de atrasar, prolongar ou obstruir o andamento dos processos em curso, seja por inconformidade à resposta obtida, seja por mera má-fé.” (MENDES, 2016, não paginado).

O assédio processual por abuso do direito de acesso à justiça se dá “em uma série de atos concertados, em sucessivas pretensões desprovidas de fundamentação e em quase uma dezena de demandas frívolas e temerárias” (BRASIL, 2019, não paginado).

Destarte, assim como o abuso de direito de acesso à justiça, há também que se falar no abuso do direito de defesa, que é um direito conferido a ambas as partes, e, ao buscar vantagem sobre a outra, uma parte acaba abusando deste direito que lhe é assegurado, como será estudado a seguir.

## 2.2 ABUSO DO DIREITO DE DEFESA

O direito de defesa é um direito fundamental intrinsecamente ligado ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, previsto na Constituição Federal de 1988. É por meio dele que o cidadão pode garantir seus direitos, manifestando-se em juízo com igualdade de condições em relação a outra parte.

O artigo 5º caput e inciso LV da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, assegura esse direito expondo o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988, não paginado).

Sobre o contraditório, Tavares (2021, p. 268) explica que: “Todo o ato ou fato produzido ou reproduzido no processo por qualquer de suas partes deve dar ensejo ao direito da outra de se opor, de debater, de produzir contraprova ou fornecer sua versão, ou interpretação daquele ato ou fato apresentado.”

Já sobre a ampla defesa, referido autor conceitua como: “o asseguramento de condições que possibilitam ao réu apresentar, no processo, todos os elementos de que dispõe.” (TAVARES, 2021, p.268).

Assim, o direito de defesa é um direito equivalente ao direito de ação, pois se trata de um direito da parte de se manifestar no processo, contrapondo-se pelo pedido formulado da parte contrária. Mas, esse direito não é ilimitado. Alguns limites são apresentados pelo Código de Processo Civil de 2015, tais como:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

[...]

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

[...] (BRASIL, 2015, não paginado).

Ao ocorrer o abuso desse direito, a parte age de má-fé, interpondo recursos meramente protelatórios para incomodar a vítima, ou seja, interpõe sucessivos recursos desnecessários, causando prejuízo na finalização do litígio, diante da acentuada morosidade processual. Assim, o abuso do direito de defesa se configura quando a parte age com

abusos de direito relacionados à ampla defesa e ao contraditório, ou os atos meramente protelatórios na órbita concreta do processo, ou seja, os atos praticados dentro do processo. Dessa forma, tal abuso pode ser manifestado não só na contestação, mas em qualquer etapa do trâmite, inclusive nas exceções. (CUNHA; FERREIRA, 2020, não paginado).

Pinto (2013, não paginado) cita algumas condutas e expedientes que configuram assédio processual por abuso do direito de defesa:

a) pedidos reiterados de adiamento de audiências; b) requerer, sem justificativa aceitável, a expedição de carta precatória; c) tentar produzir provas sem pertinência ou relevância para o caso concreto; d) provocar a ausência de testemunhas; e) levantar incidentes processuais sem nenhuma base legal; f) interpor repetidos recursos, inclusive múltiplos embargos de declaração.

[...]

a) insistentes petições com o propósito de modificar questões já plenamente decididas; b) diversas impugnações de cálculos sem a devida fundamentação lógica; c) mudança de endereço da empresa sem comunicar ao juízo; d) ocultação de bens ou alienação deles, para evitar serem penhorados, estando o processo em tramitação; e) infundados embargos de terceiro, aforados por sócios que não se conformam quando o juiz aplica a descaracterização da pessoa jurídica. (PINTO, 2013, não paginado).

Ao abusar desse direito, o indivíduo dispõe de diversos infortúnios para importunar a vítima e causar a demora processual, sobretudo pela deliberada utilização de sucessivos instrumentos procedimentais lícitos com a única finalidade de alongar desarrazoadamente a solução de uma controvérsia judicial.

Ao destacar sobre o abuso do direito de defesa, fica claro nessa seção que o assédio processual gira em torno de diversos direitos fundamentais tanto do assediador como da vítima. Aqui foi tratado do assédio processual sob o prisma de quem comete o abuso, na próxima seção será estudo sob o prisma da vítima, enfocando a violação da sua

dignidade humana pela violação dos direitos fundamentais de privacidade e de razoável duração do processo.

### **3. ASSÉDIO PROCESSUAL COMO VIOLAÇÃO D DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DA PARTE CONTRÁRIA**

O assédio processual é uma violação grave, pois decorre de atos de má fé, que desregulam o trâmite processual e ferem à dignidade humana da parte contrária, ao passo que violam direitos fundamentais conferidos a todos, sem distinção, pela Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado brasileiro e tem como base o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que diz o seguinte:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988, não paginado).

A dignidade da pessoa humana foi classificada com princípio fundamental, porque sua concretização demanda uma série de garantias, direitos e deveres fundamentais, conforme explica Sarlet (2001, p. 60):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60).

Assim, a dignidade da pessoa humana é um princípio que decorre dos valores éticos e morais do ser humano e para sua concretização a Constituição Federal traz uma série de garantias e direitos fundamentais. No que diz respeito a relação processual, só no artigo 5º tem-se: acesso à justiça (inciso XXXV), juiz natural (incisos XXXVII e LIII), devido processo legal (inciso LIV), contraditório e da ampla defesa (inciso LV), proibição da prova

ilícita (inciso LVI), presunção de inocência (inciso LVII), razoável duração do processo (inciso LXXVIII).

Trazendo o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana para o contexto do assédio processual, vale lembrar que aquele que o comete age:

dentro da relação jurídica processual, objetivando retardar a prestação jurisdicional e/ou prejudicar dolosamente a parte contrária através do exercício reiterado e abusivo das faculdades processuais, geralmente sob a dissimulada alegação de estar exercendo o seu direito de contraditório e de ampla defesa. (DELLEGRAVE NETO, 2009, não paginado).

Esse tipo de conduta, pode acarretar prejuízo para a vítima que é afetada de modo negativo por diversos infortúnios, seja a morosidade processual, seja a perturbação do sossego, seja o prejuízo financeiro, causados pela demora na conclusão do processo.

O fato é que a parte que se qualifica como vítima obteve prejuízo, em virtude da conduta abusiva da parte contrária. Assim, o prejuízo à parte contrária causados pelo assédio processual violam a dignidade da pessoa assediada já que:

Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). (MARINONI, 2002, p. 17 *apud* PAROSK, 2009, p. 132).

Corroborando a ideia de que o assédio processual viola a dignidade da pessoa assediada, tem-se o próprio conceito de "assédio" que, segundo Paroski, implica em atacar alguém insistentemente, por meio da "reiteração de condutas, procedimentos, atos e palavras, inadequados e intempestivos, comentários perniciosos e críticas e piadas inoportunas com o propósito de expor alguém a situações incômodas e humilhantes." (PAROSK, 2009, p. 121). No caso do assédio processual esses ataques repetidos ocorrem por meio do abuso dos direitos de ação e defesa.

Fica claro que o abuso dos direitos de ação e defesa, que configura o assédio processual, "atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual consiste em um verdadeiro valor fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país" (NERY JÚNIOR, 2006. p.118, *apud* SOUSA, 2014, não paginado).

Além de violar a dignidade da pessoa humana, que é de um dos princípios de proteção do ser humano do qual decorre diversos direitos e garantias fundamentais



conferidos pela Constituição Federal de 1988, o assédio processual viola também o direito de razoável duração do processo, como será estudado a seguir.

#### **4. ASSÉDIO PROCESSUAL COMO VIOLAÇÃO DO DIREITO DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

No âmbito jurídico, conforme explicitado acima, o assédio processual decorre de ações que vão lesionar a ordem jurídica, tendo comportamentos seguidos de má-fé e gerando uma desordem no processo. Essa desordem pode se caracterizar por obstáculos no andamento processual, tornando o processo lento e difícil de terminar, podendo inclusive fazer com que a parte assediada opte pela desistência do processo.

Essa lentidão causada no andamento processo viola o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, que traz em seu rol, como direito fundamental, o direito a razoável duração do processo, dispondo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988, não paginado).

O artigo 4º, caput, do Código de Processo Civil também dispõe sobre o direito a razoável duração do processo ao estabelecer que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. (Civil, 2015, não paginado).

O artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 4º, caput do Código de Processo Civil, estabelecem a razoável duração do processo porque “a demora processual pode ocasionar a própria negação da justiça e enseja o sentimento de impunidade, contribuindo para o desprestígio da atividade jurisdicional perante os cidadãos e a descredibilidade no Estado Democrático de Direito”. (SOUSA, 2014, não paginado).

Isso porque, o processo é o meio pelo qual se chega a uma determinada decisão para se resolver um conflito de interesses, gerado por uma violação a um direito, cuja reparação não pode demorar além do necessário. Thamay (2015, p. 42), destaca o seguinte pensamento:

o processo deve durar o mínimo possível, desde que respeite as necessidades temporais de sua resolução de forma efetiva. Assim, pode-se dizer que o processo será respeitador desse princípio se durar o mínimo possível, desde que garanta às partes os mecanismos processuais necessários à adequada solução do litígio. (THAMAY, 2015, p.42).

Desse modo, fica claro que o processo tem que seguir um percurso adequado para que os atos processuais sejam realizados de forma a tornar o andamento processual o mais rápido possível sem perder a efetividade, por isso, fala-se em razoável duração do processo e não simplesmente celeridade processual. Nesse sentido Tavares (2021, p. 260) explica que: “a razoabilidade referida representa uma quebra dessa preocupação exclusiva com a rapidez, pois o processo deverá durar o mínimo, mas também todo o tempo necessário para que não haja violação da qualidade na prestação jurisdicional”.

Para tanto, é necessário que as partes compatibilizem o “exercício do contraditório e da ampla defesa com os direitos constitucionais do litigante adversário, nomeadamente o de receber do Estado uma resposta ao seu pedido de tutela jurisdicional em forma efetiva e no menor prazo possível”. (SOUSA, 2014, não paginado). A parte que se comporta de forma diversa e desrespeita o direito a razoável duração do processo da parte contrária, consequentemente, abusa dos seus direitos de ação e defesa e comete assédio processual.

Agora que demonstrado que o assédio processual decorre do abuso dos direitos de acesso à justiça e do contraditório e ampla defesa, bem como, viola diversos direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana e o direito à razoável duração do processo, na próxima seção será estudado a possibilidade de responsabilização civil por dano moral daquele que comete assédio processual contra a parte contrária.

## **5.POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL DECORRENTE DE ASSÉDIO PROCESSUAL**

A responsabilização civil se trata da consequência do ato ilícito cometido, quando esse ato é cometido gera a obrigação de reparar o dano e punir aquele que praticou a ilicitude. Gonçalves (2021, p. 63), trata responsabilidade civil com o seguinte conceito:

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos. Costuma-se conceituar a “obrigação” como “o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação. A característica principal da obrigação consiste no direito conferido ao credor de exigir o adimplemento da prestação. É o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações. (GONÇALVES, 2021, p.63).

Quanto à possibilidade de responsabilização civil e consequente obrigação de reparar daquele que comete assédio processual, cumpre mencionar os artigos 186 e 187 do Código Civil que prescrevem:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002, não paginado).

Pelo estabelecido nos artigos acima, tem-se que a responsabilização civil decorre de dano causado tanto da violação de um direito contra quem se comete o ato, como do abuso de um direito seu por aquele que comete o ato.

Sobre a violação de um direito da vítima que acarrete dano reparável, Paulo Nader esclarece que: “É importante que a conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, causadora de dano constitua violação de direito, pois se o agente estiver, no momento, exercitando o seu direito subjetivo, ato ilícito não haverá”. (NADER, 2018, p. 524).

No tocante ao abuso de direito como fato gerador da obrigação de reparar, vale destacar o conceito que Tartuce (2018, p. 471) traz:

O abuso de direito é um ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo. Em outras palavras, a ilicitude do abuso de direito está presente na forma de execução do ato. Dessas construções conclui-se que a diferença em relação ao ato ilícito tido como puro reside no fato de que o último é ilícito no todo, quanto ao conteúdo e quanto às consequências. (TARTUCE, 2018, p. 471)

Deste modo, a responsabilização civil se trata de uma conduta ilícita danosa, em decorrência do descumprimento de um dever jurídico, seja pela violação de um direito de terceiro ou pelo abuso de um direito próprio, causando assim o dever de reparar o dano causado. Daí assume-se a possibilidade de responsabilização civil por assédio processual, já que o assediador abusa de seus direitos de acesso à justiça e de ampla defesa e contraditório e viola a dignidade humana e o direito de razoável duração do processo da parte contrária, causando-lhe dano.

Mas, para que haja obrigação de reparar é preciso também que haja culpa, conforme Gonçalves (2021, p. 74) destaca:

A realidade, entretanto, é que se tem procurado fundamentar a responsabilidade na ideia de culpa, mas, sendo esta insuficiente para

atender às imposições do progresso, tem o legislador fixado os casos especiais em que deve ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. É o que acontece no direito brasileiro, que se manteve fiel à teoria subjetiva no art. 186 do Código Civil. Para que haja responsabilidade, é preciso que haja culpa. A reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Sem prova de culpa, inexistente a obrigação de reparar o dano. (GONÇALVES, 2021, p. 74)

Além da questão da culpa, é preciso destacar quanto a natureza do dano que gera a obrigação de reparar. A Constituição Federal de 1988 deixa claro no seu artigo 5º, V e X que é cabível a reparação civil tanto por dano moral como material (BRASIL, 1988).

O dano moral, se trata de um elemento que vem lesionar a vítima, mas não de natureza patrimonial e sim extrapatrimonial. Gonçalves (2021, p. 591), traz o seguinte conceito sobre o dano moral:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2020, p. 591).

Como visto, o assédio processual tem o objetivo de causar transtornos, importunações, humilhações etc. à parte contrária, o que viola sua integridade psíquica e lhe causa dano moral. Mas, para que o dano moral seja passível de responsabilização é preciso que seja demonstrado o liame entre ele a conduta do agente, conforme explica Nader (2018, p. 5250: “Tão essencial quanto os demais requisitos é a relação necessária entre a conduta do agente, ao agir ou omitir-se, e o dano sofrido pela vítima”).

Em se tratando de assédio processual, fica clara a relação entre a conduta do agente e os danos causados à parte contrária, pois o assédio se dá por meio do ajuizamento sucessivo e repetitivo de ações temerárias, interposição de recursos meramente protelatórios, requerimento de produção de provas excessivas etc., causando dano à parte contrária pela morosidade processual.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua 3ª turma, no informativo 658 fixou uma tese a respeito do assédio processual nos seguintes termos: “O ajuizamento de sucessivas ações judiciais, desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso, pode configurar ato ilícito de abuso do direito de ação ou de defesa, o denominado assédio processual”. (BRASIL, 2019, não paginado)

Desse modo, o ajuizamento de diversas ações judiciais pode acarretar, também, danos morais se embasada em argumentos não sólidos, no qual o autor visa apenas prejudicar o Réu, configurando ato ilícito, podendo resultar em condenação de pagamento de indenização por danos morais e materiais. (BRASIL, 2019, não paginado).

Fica claro então, que será passível de responsabilização civil aquele que cometer dano moral decorrente de assédio processual, pois se trata de ato ilícito decorrente do abuso dos direitos de acesso à justiça e do contraditório e ampla defesa pelo assediador e de violação dos direitos à dignidade da pessoa humana e da razoável duração do processo do assediado.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo abordou a temática da responsabilização civil decorrente da prática de assédio processual contra a parte contrária. E a pesquisa se propôs a estudar qual a conduta praticada por aquele que comete assédio processual e se essa é passível de responsabilização civil. Para tanto, investigou-se se o assédio processual implica abuso de direito ou viola direito da parte contrária, configurando-se assim ato ilícito passível de reparação por dano moral.

O assédio processual é tipificado em decorrência da parte querer obter vantagem sobre a parte contrária, causando morosidade processual para importuná-la ou até fazê-la desistir do processo. Isso porque, através desse tipo de assédio, o pode acarretar prejuízo para a vítima, que é afetada de algum modo em sua moral por esse infortúnio. Porém, cabe destacar que só será caracterizado o assédio processual ao ser verificado se a parte assediada obteve prejuízo decorrente da conduta do assediador, o que não desconsidera o fato dela ser responsabilizada por isso.

O artigo 186 do Código Civil estabelece que aquele que, por conduta omissiva ou comissiva, por dolo ou culpa, violar o direito de outrem, causando-lhe prejuízo, comete ato ilícito e tem a obrigação de repará-lo civilmente, seja por dano moral ou material. O artigo 187 do Código Civil deixa claro que também comete ato ilícito quem abusa no exercício de um direito.

Quando a parte comete atos de forma pensada e calculada, pensando em retardar o andamento processual e prejudicar a outra parte, comete abuso dos direitos de acesso à justiça e de razoável duração de processo de forma premeditada, devendo reparar civilmente os danos causados.

Como ao cometer esse tipo de abuso de direito, o autor do ato está visando procrastinar o procedimento normal do processo e causar transtornos à parte contrária, acaba por violar os direitos à dignidade da pessoa humana e a razoável duração do

processo, já que as partes procuram resolver conflitos de interesse por meio do processo judicial, o que acarreta a ilicitude do ato, por isso é passível de responsabilização civil.

Diante disso, resta demonstrada a possibilidade de responsabilização civil pela prática de assédio processual, desde configurados os requisitos da obrigação de reparar que são: a conduta humana, nexos de causalidade e dano.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. **Lei N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. **Lei N° 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. 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: 13 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial: 1817845 MS 2016/0147826-7**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Julgamento: 10 de outubro de 2019. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859730172/recurso-especial-resp-1817845-ms-2016-0147826-7/inteiro-teor-859730182?ref=serp>. Acesso em: 18 abr. 2022.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Guilherme Matheus Casas Motta; FERREIRA, Vinicius Raphael. Abuso do Direito de Defesa. **Jus**. [2020]. Não paginado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86932/abuso-do-direito-de-defesa#:~:text=J%C3%A1%20o%20abuso%20do%20direito,atos%20praticados%20dentro%20do%20processo>. Acesso em: 11 abr. 2022.

DELLEGRAVE NETO. Justiça também traz casos de assédio processual. **Consultor Jurídico**. [2009]. Não paginado. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-dez-12/justica-trabalho-tambem-casos-assedio-processual>. Acesso em: 16 abr. 2022.

FRANÇA, Bruno Araujo. SILVEIRA, Matheus. Inciso XXXV – Princípio Constitucional do Acesso à Justiça. **Politize**. [2020]. Não paginado. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/principio-constitucional-do-acesso-a-justica/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto; LENZA, P. **Direito civil esquematizado® - responsabilidade civil - direito de família - direito das sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOZADA, Gisele. NUNES, Karina da Silva. **Metodologia científica**. Revisão técnica: Ane Lise Pereira da Costa Dalcul. – Porto Alegre: SAGAH, 2018.

MACHADO, Costa. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Constituição Federal Interpretada**. – 9. ed. – Barueri, SP: Manole, 2018.

MENDES, Laura de Castro Silva. Do abuso de Direito de Ação. **JusBrasil**. [2016]. Não paginado. Disponível em: <https://lauracsmendes.jusbrasil.com.br/artigos/334117883/do-abuso-do-direito-de-acao#:~:text=Comete%20abuso%20do%20direito%20de,seja%20por%20mera%20m%C3%A1%20Df%C3%A9>. Acesso em: 10 abr. 2022.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 11.<sup>a</sup> ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Abuso do exercício do direito**. 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

PAROSKI, Mauro Vasni. Reflexões sobre a morosidade e o assédio processual na justiça do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 75, n. 4, p. 111-137, out./dez. 2009. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13797/006\\_paroski.pdf?sequence=6&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13797/006_paroski.pdf?sequence=6&isAllowed=y). Acesso em: 21 abr. 2022.

PINTO, Raymundo. **ASSÉDIO PROCESSUAL**: Tema ainda discutível. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. [2013]. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2474/1816>. Acesso em: 16 abr. 2022.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. v.4 – Responsabilidade Civil.** 20.ed.rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2.002). São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUSA, Israel Lopes Araújo. A garantia da duração razoável do processo e o exercício abusivo do direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4088, 10 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31787/a-garantia-da-duracao-razoavel-do-processo-e-o-exercicio-abusivo-do-direito>. Acesso em: 26 abr. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** 8. ed. ver. Atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar e.** São Paulo: Saraiva, 2015.

VALENTE, Rubem. **Direito Civil Facilitado.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.



## **ATOS INFRACIONAIS COMETIDOS POR ADOLESCENTES E A RESSOCIALIZAÇÃO COMO MÉTODO DE AUMENTO DE CRIMINALIDADE**

**MARCUS VINICIUS LOPES PEREIRA:**  
Bacharelado do Curso de Direito da  
Universidade de Gurupi- UnirG.<sup>134</sup>

MARCO ANTÔNIO LOPES BEZERRA<sup>135</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo busca elucidar o processo de ressocialização dos menores que cometeram delitos e como a ressocialização não tem surtido efeito no que se refere à diminuição da criminalidade. Pautado em pesquisa bibliográfica embasada em estudos já publicados, analisando a evolução punitiva de crianças e adolescentes, e conseqüentemente as medidas socioeducativas aplicadas a esses indivíduos, e por fim a eficácia de referidas medidas. Teve por objetivo analisar a aplicabilidade e eficácia das medidas socioeducativas e pôde-se concluir que as medidas criadas para a diminuição da criminalidade infanto-juvenil são ineficazes, podendo ser confirmada pelo índice de reincidência de práticas de atos infracionais. Nesse sentido, percebe-se que somente a educação e a prevenção poderão diminuir os índices de delinquência juvenil.

**Palavras-chave:** Estatuto da Criança e do Adolescente. Ineficácia das Medidas Socioeducativas. Delinquência juvenil.

**ABSTRACT:** The present study seeks to elucidate the process of resocialization of minors who committed crimes and how resocialization has not had an effect in terms of reducing crime. Based on bibliographic research based on studies already published, analyzing the punitive evolution of children and adolescents, and consequently the socio-educational measures applied to these individuals, and finally the effectiveness of these measures. It aimed to analyze the applicability and effectiveness of socio-educational measures and it was concluded that the measures created to reduce child and youth crime are ineffective, and can be confirmed by the rate of recidivism of practices of infractions. In this sense, it is clear that only education and prevention will be able to reduce juvenile delinquency rates.

**Keywords:** Child and Adolescent Statute. Ineffectiveness of Socio-educational Measures. Juvenile delinquency.

---

134E-mail: marcusvlpereira@unirg.edu.br

135Professor do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg. E-mail: maab1961@yahoo.com.br

**Sumário:** Introdução. 1.Evolução da Punição do menor. 1.1 Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Menor infrator e as medidas socioeducativas. 2.1 Menores: Crianças X Adolescentes. 2.2 Ato Infracional. 2.3 Medidas Socioeducativas. 2.4 Fundamento Para Aplicação de Medida Socioafetiva. 3. Prevenção e Ressocialização. 3.1 Papel do Estado. 3.2 Medida de Ressocialização. 3.3 Eficácia da Medida de Ressocialização. Considerações Finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

Esse estudo buscou mostrar a ineficácia das medidas socioeducativas aplicadas aos indivíduos que cometem atos infracionais e a falha do Estado no que se refere à ressocialização desses indivíduos. Buscou-se entender a aplicação das medidas socioeducativas, baseando-se no Estatuto da Criança e do Adolescente. A pesquisa teve como problemática as questões: Qual o papel do Estado na ressocialização do adolescente? Como a ressocialização tem aumentado a criminalidade?

O trabalho versa sobre as medidas socioeducativas, trazendo seu conceito, bem como conceituando a criança e do adolescente, e sua inimputabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, abordando, além disso, o objetivo das medidas socioeducativas e suas definições.

Por fim, foram abordados os impactos das medidas socioeducativas no que se refere à ressocialização dos menores infratores e a imprescindibilidade da criação de políticas públicas assegurar o direito de crianças e adolescentes, adotando métodos eficazes para ressocializar os menores infratores, trazendo eficácia na reeducação de crianças e adolescentes cometedores de fatos típicos.

## 1 EVOLUÇÃO DA PUNIÇÃO DO MENOR

O conceito de infância vem sendo construído desde sempre, mas a visão acerca da infância, a partir do século XX, pode ser reconhecida através do passado, onde estava interligada com o termo "infante", considerado sem liberdade de fala, e em momento posterior, possuindo lugar de fala, considerado como infante-criança (Belloni, 2009).

Em se tratando do pensamento dos povos da antiguidade, as crianças eram consideradas sujeitos de direito. O Código de Hamurabi, que surge em meados do século XVII a.C., prevalecendo até 1686 a.C., é um exemplo desse pensamento: art. 195 "caso o filho batesse no pai, sua mão era decepada".

Ainda sobre a desproteção infantil, na antiguidade, Azambuja (2016, p. 56) explica que

Em Roma (449 a.C.) a Lei das XII Tábuas - 1º permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme, mediante o julgamento de cinco

vizinhos; 2º o pai tinha legítimo o direito de vida e de morte sobre os filhos, inclusive para vendê-los. Em Roma e também na Grécia antiga, o pai como chefe da família, podia castigar, condenar e expulsar a mulher e os filhos, visto que não possuíam nenhum tipo de direito. Em Esparta, as crianças doentes ou portadoras de malformações congênitas eram sacrificadas, pois, desde cedo serviam para atender interesses políticos, sendo selecionadas, pelo porte físico, para ser guerreiros, ou seja, eram objeto de direito estatal.

Após o século XIX, o Estado passou a assumir outro papel em relação as crianças:

No século XIX, o Estado, que se interessa cada vez mais pela criança, vítima, delinquente ou simplesmente carente, adquire o hábito de vigiar o pai. A cada carência paterna devidamente contatada, o Estado se propõe substituir o faltoso, criando novas instituições. [...] É verdade, não obstante, que a política de assumir e proteger a infância traduziu-se não apenas numa vigilância cada vez mais estreita da família, mas também na substituição do patriarcado familiar por um patriarcado de Estado. Até o final do século XIX, a criança foi vista como um instrumento de poder e de domínio exclusivo da Igreja (BADINTER, 1985, p.288-289).

Mas apenas em 1924, após a Declaração de Genebra, surgiu a necessidade de garantia dos direitos dos menores, sendo corroborada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança no ano de 1959.

No ano de 1989, a Organização das Nações Unidas (ONU) proclama um texto da Convenção dos direitos da criança, obrigando os países signatários a adequarem-se às normas internacionais.

No Brasil, em 1990, foi consagrada, portanto, a Lei nº 8.069 em 17 de julho, sendo considerada uma das legislações mais modernas do mundo acerca do tema, conhecida por Estatuto da Criança e do Adolescente.

### 1.1 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

De acordo com Silva (2001), a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente foi influenciada pela promulgação da CF/88, trazendo importantes alterações no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo proteção à família, esclarecendo a necessidade de legislação específica para crianças e adolescentes, de forma que seus direitos fossem garantidos.

Liberati (2007, p. 13) esclarece que

[...] A Lei 8069/1990 revolucionou o Direito Infante-Juvenil, adotando a doutrina da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente. Essa doutrina tem como referência a proteção de todos os direitos infante-juvenis, que compreendem, ainda, um conjunto de instrumentos jurídicos de caráter nacional e internacional, colocados a disposição de crianças e adolescentes para a proteção de todos seus direitos. (2007, p.13)

Em se tratando da implementação das normas, Silva (2001) afirmou que:

[...] O ECA inaugurou uma nova ordem jurídica e institucional para o trato das questões da criança e do adolescente, estabelecendo limites à ação do Estado, do Juiz, da Polícia, das Empresas, dos adultos e mesmo dos pais, mas não foi capaz ainda de alterar significativamente a realidade da criança e do adolescente. A mudança de nomenclatura, substituindo os rótulos pejorativos de "menor", "infrator", "abandonado" e etc. (2001, online)

Resta claro que a o ECA trouxe mudanças ao ordenamento jurídico brasileiro, implantando normas específicas regulamentando o direito e os deveres dos menores, viabilizando a evolução social do pensamento da sociedade acerca dos direitos desses indivíduos, que devem ser regidos de forma especial.

## **2 MENOR INFRATOR E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS**

### **2.1 MENORES: CRIANÇAS X ADOLESCENTES**

Conforme art. 2º da Lei nº 8.069/1990, "considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade." (BRASIL, 1990).

Considerando a clara diferença entre criança e adolescente, Ishida (2011, p. 228), esclarece que:

[...] seguindo-se a doutrina da proteção integral e considerando ser a criança ou adolescente pessoa em desenvolvimento, o legislador elaborou regras diferenciadas. Assim, para o menor de 18 anos na data da conduta, afastou a aplicação da pena. Como medida de reeducação, estabeleceu a medida socioeducativa, mas limitou-a à pessoa entre 12 e 18 anos (adolescente). Finalmente, nesse escopo do ECA, vedou a aplicação da medida socioeducativa à criança, adotando o critério biológico para afastar a aplicabilidade da mesma. Como último recurso pedagógico, entendeu cabível o legislador apenas a aplicação de medida protetiva a criança.

## 2.2 ATO INFRACIONAL

O art. 103 da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

De acordo com Sposato (2011),

[...] Em face do princípio da legalidade, a definição de ato infracional, ao remeter-se à conduta descrita como crime, está diretamente relacionada com a atribuição da pena pelo direito penal comum. Resulta claro e evidente que a existência do ato infracional restringe-se às hipóteses legais aptas a sancionar o adulto.

[...] Ao lado do princípio da legalidade, observa-se a incidência da tipicidade como limite da intervenção penal sobre adolescentes. O ato infracional só existe na estrita demonstração da prática de uma figura típica, de fato penalmente típico, ou seja, da exata correspondência entre o agir do adolescente e a descrição contida na lei penal incriminadora.

[...] Portanto, a conduta do adolescente configura ato infracional quando possui tipicidade

[...] O ato infracional, portanto, corresponde a um fato típico e antijurídico, previamente descrito como crime ou contravenção penal. Impõe a prática de uma ação ou omissão e a presença da ilicitude para sua caracterização

[...] Por último, assim como o crime, o ato infracional só tem existência diante de um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso, ou seja, mediante a existência de uma conduta dolosa ou ao menos culposa. Conclui-se preliminarmente que o conceito de ato infracional parte, portanto, da mesma seleção de condutas tipificadas na definição de crime e contravenção penal, na medida em que tais figuras representam contrariedade à ordem jurídica em sentido amplo, afetando bens jurídicos determinados em sentido estrito.

Meneses, (2008, p. 81) esclarece que para cada ato infracional cometido, há uma medida socioeducativa correspondente, sendo que as medidas socioeducativas estão elencadas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

## 2.3 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Considerando que o objetivo da medida socioeducativa é a ressocialização do menor, ela possui caráter educativo e pedagógico. Dessa forma, quando o menor cometer crimes ou contravenções penais, deve ser considerado como ato infracional. Quando o menor for considerado criança, por força do art. 105, serão aplicadas as medidas protetivas elencadas o art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas quando o menor for considerado adolescente, serão aplicadas medidas socioeducativas, as quais estão elencadas no art. 112 do mesmo diploma legal:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Conforme art. 115 do ECA, "A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo". De acordo com Nucci (2018, p. 458), a advertência "é a mais branda das medidas socioeducativas, devendo ser reservada para os atos infracionais considerados leves, envolvendo a lesão a bens jurídicos de menor relevância, além de ser destinada aos adolescentes de primeira vez". Segundo entendimento de Barreira (1991), a advertência pode ser aplicada desde que houver prova da existência da materialidade e de indícios de autoria.

Sobre a obrigação de reparar o dano, o art. 116 do ECA estabelece que:

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

De acordo com Ishida (2014, p.287), essa obrigação deveria ser suficiente para trazer à tona o senso de responsabilidade social e econômica do adolescente acerca do bem alheio.

O art. 117 do ECA, dispõe sobre a prestação de serviços à comunidade:

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Segundo Martins (2000), essa prestação de serviços proporcionará ao adolescente a possibilidade de adquirir valores sociais através da vivência em comunidade.

A liberdade assistida está prevista no art. 118 do ECA e dispõe que “será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.” Ishida (2010, p. 235), explica que “a liberdade assistida consiste em submeter o menor, após entregue aos responsáveis, ou após liberação do internato, à assistência, com o fim de impedir a reincidência e obter a certeza da reeducação”.

Previsto no art. 120 do mesmo Estatuto, a inserção no “regime de semi-liberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.” Segundo Volpi (2002), essa medida não possui caráter punitivo, mas educativo, que proporciona ao indivíduo a chance de acessar as relações, tanto no âmbito social, quanto no âmbito do trabalho.

Já a medida de internação, encontra-se estabelecida no art. 121 e as hipóteses de seu cabimento, encontra-se disposta no art. 122 do Estatuto:

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atendido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

§ 7º A determinação judicial mencionada no § 1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária.

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

## 2.4 FUNDAMENTO PARA APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOAFETIVA

A legislação brasileira adota o fundamento biológico para determinação da maioridade penal e consequente aplicabilidade das medidas socioeducativas aos menores infratores

Assim, os menores infratores são considerados inimputáveis, sendo classificados como incapazes de possuir a culpabilidade. Acerca disso, Grego (2017) explica que:

A inimputabilidade por imaturidade natural ocorre em virtude de uma presunção legal, em que, por questões de política criminal, entendeu o legislador brasileiro que os menores de 18 anos não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita



imputar a prática de um fato típico e ilícito. Adotou-se, portanto, o critério puramente biológico (GRECO, 2017. p. 533)

O direito brasileiro, traz em seu bojo a forma como o menor deve ser penalizado por seu ato infracional. Conforme a CF/88, em seu “art. 228 São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL. Constituição Federal da República, 2022). Confirmando o tema, o Código Penal, em seu art. 27, estipula que “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (BRASIL. Código Penal Brasileiro, 2022). Corroborando com as normas citadas, o ECA dispõe, em seu art. 104 que “São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato” (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 2022)

Existem discussões entre doutrinadores brasileiros sobre a redução da maioridade penal devido ao aumento de infrações cometidas por menores, entretanto, parte da doutrina é contrária à redução, acreditando que referida redução fere o princípio da dignidade humana, que é cláusula pétrea da Carta Magna (ROSSATO et. al., 2014)

Exemplo da contrariedade, é posição do doutrinador Caliari (2009, p. 174):

“O Art. 228 da CF é um direito individual, concretizado no princípio da dignidade da pessoa humana. É uma liberdade negativa face ao Estado, e, portanto, uma cláusula pétrea, cuja redução não pode operar por meio de Emenda à Constituição”

É perceptível o entendimento de que, no direito brasileiro, o menor de 18 anos é considerado inimputável, não possuindo, desta forma, desenvolvimento mental completo, de forma que é considerado incapaz, devido ao critério biológico.

Por serem inimputáveis, a criança ou o adolescente jamais cometem crime ou contravenções, incorrendo tão só em ato infracional, caso adotem conduta de tipicidade objetivamente idêntica. O cotejo entre o comportamento do menor e aquele descrito como crime ou contravenção atua apenas como critério para identificar os fatos possíveis de relevância infracional, dentro da sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente. Exatamente porque não se cogita de crime ou contravenção, ao menor infrator não se aplicam penas, porém medidas outras de cunho educativo e protetivo, sem critérios rígidos de duração, já que vinculadas exclusivamente a sua finalidade essencial. A decadência e a legitimação ativa estão vinculadas a crimes específicos e à respectiva persecução penal, nada tendo a ver

com os atos infracionais que, por comparação, serviram para identificar. A iniciativa destes últimos cabe ao representante do Ministério Público e não a vítima ou seus representantes eventuais, conforme dispõe o art. 180 da Lei 8069/90. (RT 681/328; CURY, GARRIDO; MARÇURA, 2002, p.93).

### **3 PREVENÇÃO E RESSOCIALIZAÇÃO**

#### **3.1 PAPEL DO ESTADO**

A atribuição da realização das políticas públicas para crianças e adolescentes é do Estado, podendo ser atribuídas aos Estados, Municípios, Distrito Federal e à União. No que tange à ressocialização, o artigo 86 do ECA dispõe que “Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

De acordo com Rossato et. al. (2014), a atuação estatal está intimamente relacionada às entidades governamentais da Administração Pública direta, conferindo proteção e acompanhamento das medidas socioeducativas para crianças e adolescentes.

Ishida (2011, p. 180), acerca da coordenação das políticas públicas de competência do Estado, ensina que:

Atuação em nível federal. Compete ao Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) elaborar as diretrizes da política de atendimento da criança e do adolescente bem como atuar na fiscalização das referidas políticas (art. 2º da Lei nº 8242/91). Existe também no fundo Nacional para a criança e o adolescente, tendo como receita as contribuições a que se refere o art. 260 do ECA e outras. Assessorando a Presidência da República, existe a subsecretaria de promoção dos direitos da criança e do adolescente, criada através do decreto nº 4671, de 10-04-2003. Atuação em nível estadual. Os Estados mantêm os Conselhos Estaduais dos Direitos da Criança e do Adolescente (CEDCA). Atuação em nível municipal. Existem os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) e também os próprios Conselhos Tutelares.

Queiroz (2005) entende que, em se tratando do processo de reeducação dos menores, a competência deve ser dividida entre o Estado os Municípios, pois é necessário considerar onde o menor reside.

De acordo com Liberati (2010), faz-se necessária a criação de políticas públicas no que se refere aos procedimentos realizados com os menores que cometem atos infracionais, no que tange ao desenvolvimento social dos mesmos, logo que a omissão do poder público sobre o tema, faz com que os indivíduos entrem na criminalidade com o escopo de buscar melhor classe de vida, acreditando que a vida na criminalidade é a única forma de alcançar melhores condições de vida.

O autor ainda assevera que o Estado é inerte em se tratando da criação de políticas públicas que tragam vida digna à crianças e adolescente, deixando de lado os interesses individuais dos menores, trazendo, dessa forma, dificuldades para o crescimento social e econômico de crianças e adolescentes.

Sobre isso, Santos (2017) observa a falha do Estado acerca de medidas preventivas com o objetivo de diminuir o ingresso de menores na criminalidade:

Muitos jovens são iludidos, visto que a família e o Estado não lhes asseguram os direitos básicos elencados na lei (art. 227, CF c/c o art. 4º do ECA), e acabam ingressando nesse mundo que muitas das vezes não tem volta. Sabe-se que, os cidadãos necessitam ser amparados de forma plena para terem seus direitos assegurados conforme o que lhes assegura o texto normativo, mas, como vimos não basta apenas que a lei garanta essa proteção, faz-se necessário que esses direitos e garantias previstas no ordenamento jurídico pátrio, especialmente na Constituição Federal sejam de fato aplicados, uma vez que a efetivação desses direitos e garantias se faz cogentes.

A autora ainda assevera que o Estado desrespeita os menores ao deixar de lado o desenvolvimento da juventude:

[...] inúmeras crianças e adolescentes vivem à margem das básicas políticas públicas, como educação, saúde, lazer, cultura e segurança. Os governantes do país não dão prioridade ao desenvolvimento da juventude, deixando de promover saúde, segurança e educação de qualidade aos menos favorecidos. O desrespeito começa justamente na falta de vontade política de quem dirige a nação não somente em priorizar recursos orçamentários para a promoção desses direitos fundamentais, mas também em executá-los corretamente, pois só assim, deixará de ser omissos e passará a combater a criminalidade que se apresenta como um problema social crônico. (SANTOS, online)

O artigo 227 da CF/88 estabelece que o Estado deve priorizar o atendimento dos direitos da criança e do adolescente:

Art. 227: 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.

Dessa forma, entende-se que é imprescindível que o Estado promova políticas públicas para assegurar o direito de crianças e adolescentes, adotando métodos eficazes para ressocializar os menores infratores, trazendo eficácia na reeducação de crianças e adolescentes cometedores de fatos típicos.

### 3.2 MEDIDA DE RESSOCIALIZAÇÃO

Sabendo que os direitos fundamentais da pessoa humana devem ser resguardados, os direitos das crianças e adolescentes devem ser assegurados, objetivando a garantia de seu completo desenvolvimento, o ECA especifica, em seu texto, os meios de aplicação de medidas socioeducativas aos menores infratores, bem como as medidas protetivas inerente a eles. Assim sendo, Santos (2017), em se tratando de medida de ressocialização, afirma que:

É importante frisar que tratar o adolescente infrator implica necessariamente em tratar e recuperar a família do jovem, para que possa resgatá-lo e reconduzi-lo a sociedade como um ser útil e plenamente reabilitado, mas para isso faz-se necessário aplicar eficazmente as medidas de proteção, assim como as medidas sócio-educativas, desde a implantação de mecanismos eficiente a estruturação adequada das instituições de recuperação e reabilitação do menor infrator. (2017, online)

Nessa senda, resta claro que as medidas socioeducativas são necessárias para a reeducação do menor que comete atos infracionais, pois essas medidas tem a finalidade de reestruturar esse indivíduo, pois aplicar aos menores as mesmas penas aplicadas em adultos, não combaterá a delinquência juvenil.

Dessa forma, no âmbito municipal, o Conselho Tutelar deve resguardar o cumprimento integral do direito dos menores. De acordo com Rossato et. al. (2014),

“o Conselho Tutelar poderá, de ofício, aplicar as medidas protetivas constantes do Art. 101, I ao VI, do ECA, às crianças e adolescentes

que estiverem em situação de risco. Também poderá fazê-lo quando houver a prática de ato infracional por criança”

De acordo com Queiroz (2005), o Conselho Tutelar tem atribuições na aplicação de medidas de proteção:

Em síntese, é atribuição do conselho tutelar aplicar as medidas de proteção de encaminhamento da criança ou adolescente aos pais ou responsável, orientação, apoio e acompanhamento temporários, matrícula e frequência no ensino fundamental, inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família à criança e ao adolescente, requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos e colocação em entidade de abrigo. (2005, p 106)

Segundo Trindade (2002), a aplicação de medidas protetivas para adolescentes menores infratores é de competência do Juizado da Infância e Juventude, entretanto, a aplicação das medidas para as crianças, é de competência exclusiva do Conselho Tutelar.

O Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 108, firma entendimento no sentido de que “A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz”.

Segundo Ishida (2011), a medida socioeducativa possui aplicação diversa da medida protetiva, pois sua aplicação não resta evidente no ECA. De acordo com o autor, a medida socioeducativa, processualmente, segue o rito da Lei nº 7.210/84, enquanto a aplicação caracteriza-se pela prolongação da atividade jurisdicional.

Dessa forma, o Estado é quem aplica, de maneira quase integral, a medida ressocializadora, estipulando as competências para aplicação das medidas para cada órgão. Munhoz (2014), afirma que:

O Estado tem o dever de garantir a proteção dos menores e de dar-lhes a devida assistência por estarem em um processo de desenvolvimento mental. No entanto, constata-se que o Estado não aplica de forma correta as garantias que são asseguradas às crianças e aos adolescentes, isso confirmado por se encontrar no meio social muitas famílias desestruturadas que não dispõem de condições adequadas para disponibilizar aos filhos o mínimo necessário para sua subsistência. Ademais, em muitos casos aos menores não são

assegurados os direitos que são protegidos pela constituição como educação e saúde pública. (2014, online)

Ante o exposto, pode ser verificada a falha legislativa no que tange a aplicação das garantias previstas na legislação para crianças e adolescentes, restando evidente o desamparo do menor infrator. Assim, faz-se necessário que o Estado combata os delitos praticados por menores, e proporcione políticas públicas para que esses indivíduos possam ter uma vida digna, evitando, desta forma, o cometimento de atos infracionais.

### 3.3 EFICÁCIA DA MEDIDA DE RESSOCIALIZAÇÃO

Sabendo que as medidas protetivas possuem caráter de ressocialização e que elas são aplicadas aos menores que cometeram atos infracionais, o ECA traz um rol taxativo sobre as medidas que devem ser tomadas (ISHIDA, 2010). Cabe, portanto, analisar se as medidas surtem efeito.

Verifica-se que as medidas inerentes à ressocialização não possuem níveis altos de efetividade, logo que a maioria dos atos infracionais são cometidos por menores reincidentes (LAURINDO, 2014).

Saab (2017), afirma, em relação a eficácia da aplicação das medidas imputadas aos menores infratores:

O ECA clama por eficácia plena e efetiva de suas disposições, em fiel cumprimento às normas de expressões internacionais incorporadas ao nosso ordenamento jurídico, cujos destinatários são colocados em situação privilegiada enquanto credores da tutela estatal. As medidas socioeducativas enumeradas na legislação menorista expressam a imprescindibilidade de um sistema educacional protetivo para atendimento do adolescente autor de ato infracional. A sua eficácia, porém, não transparece ao conjunto da sociedade porque obstruída por uma realidade permeada por graves omissões na operacionalização de tais medidas.

De acordo com Pereira (2006), um dos maiores motivos de menores ingressares no mundo criminoso é a ineficácia de medidas socioeducativas e a omissão do Estado acerca da aplicabilidade das mesmas, sendo considerada uma falha do sistema socioeducativo.

Queiroz (2005) afirma que o Estado precisa assumir seu papel no que se refere à aplicação adequada das medidas, com o escopo de garantir os direitos inerentes aos menores positivados no ECA e na CF/88, e dessa forma, conseguirá diminuir a criminalidade infanto-juvenil.

Laurindo (2013) assevera que o Estado não possui interesse na resolução dos problemas dos jovens, e por isso não segue o disposto no ECA e na CF/88. Santos (2017) corrobora com esse pensamento e afirma que as medidas socioeducativas, apesar de estruturadas no ECA, não possuem efetividade, pois não aplicadas de maneira inadequada, e, dessa forma, não alcançarão o objetivo para a qual foram criadas.

A autora ainda ensina que a maneira mais eficaz de garantir que a criminalidade de menores diminua, é a prevenção:

Em todo caso, aquilo que se previne é mais fácil de corrigir, de modo que, a manutenção do Estado Democrático de Direito e das garantias constitucionais dos cidadãos deve partir das políticas assistenciais do governo, sobretudo para as crianças e jovens. A repressão, e a violência com o jovem infrator estão longe de serem instrumentos eficazes de combate à marginalidade, já que seria mais fácil e bem menos oneroso para o Estado, a sociedade e a família, prevenir tais práticas do que no futuro remediar através de políticas públicas inoperantes o que às vezes se tornou irremediável. (2017, online)

Observa-se, portanto, que as medidas criadas para a diminuição da criminalidade infanto-juvenil são ineficazes, podendo ser confirmada pelo índice de reincidência de práticas de atos infracionais. Nesse sentido, percebe-se que somente a educação e a prevenção poderão diminuir os índices de delinquência juvenil.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após o exposto, observou-se, portanto, que as medidas criadas para a diminuição da criminalidade infanto-juvenil são ineficazes, podendo ser confirmado pelo índice de reincidência de práticas de atos infracionais. Nesse sentido, percebe-se que somente a educação e a prevenção poderão diminuir os índices de delinquência juvenil.

Além disso, pode ser verificada a falha legislativa no que tange a aplicação das garantias previstas na legislação para crianças e adolescentes, restando evidente o desamparo do menor infrator. Assim, faz-se necessário que o Estado combata os delitos praticados por menores, e proporcione políticas públicas para que esses indivíduos possam ter uma vida digna, evitando, desta forma, o cometimento de atos infracionais.

## **REFERÊNCIAS**

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Artigo publicado na Revista Virtual Textos & Contextos, nº 5, nov. 2016. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fass/ojs/index.php/fass/article/view/1022>.

BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARREIRA, Wilson; BRAZIL, Paulo Roberto Grava. **O direito do menor na nova constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

BELLONI, M. L. **O que é sociologia da infância**. Campinas: Autores Associados, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. (Estatuto da Criança e do Adolescente)**. Brasília: Congresso Nacional, Edições Câmara, 2010

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 13º ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e jurisprudência**, 12ª Edição, São Paulo-SP, Editora Atlas, 2010.

LAURINDO, Geisse Scarpellini. **A Ressocialização do Menor Infrator**. 2013. Disponível em <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/informatica/a-ressocializacao-do-menor-infrator/52644>

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da criança e do adolescente**. 2 ed. São Paulo: Editora Ridell, 2007.

MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

MUNHOZ, Leandro Ferreira. **Aspectos Importantes Sobre Ressocialização De Menores Infratores**. 2014. Disponível em [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=12](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12)

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro Digital.

PEREIRA, Mariângela Soares Marques. **Delinquência Juvenil: Abordagem sócio jurídica sobre a redução da idade da responsabilidade penal**. Nossa Livraria, 2006.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito da Criança e do Adolescente**. 5 ed. Goiânia, Goiás. Editora IEPC, 2005.



ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/1990, comentado artigo por artigo**. 6º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SAAB, Nádia Maria. **A eficácia das medidas socioeducativas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF:17jan. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55102/a-eficacia-das-medidas-socioeducativas>

SANTOS, Daniela Andrade. **A fragilidade do Estado no tocante as medidas socioeducativas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 jul. 2013. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/36069/a-fragilidade-do-estado-no-tocante-as-medidas-socioeducativas>

SPOSATO, Karyna Batista **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**/ por karyna Batista Sposato. – 2011. 227 f. Orientadora: Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia Faculdade de Direito, 2011.

STJ. (Superior Tribunal de Justiça). **Súmula 108/STJ de 18/12/2017**. Menor. Medida sócio-educativa. Ato infracional. Competência exclusiva do juiz. <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stjvm=108#topo>.

TRINDADE, Jorge. **Delinquência juvenil – Compêndio transdisciplinar**. 3. Ed.

VOLPI, Mário. O adolescente e o ato infracional. São Paulo: Cortez, 1997

Revista e ampliada, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002.

## **PARA ALÉM DA MINERAÇÃO ARTESANAL: IMPACTOS NA SAÚDE DOS TRABALHADORES E NO MEIO AMBIENTE**

**GETULIO NILSON FIGUEIRA SARMENTO:**  
Bacharelado do curso de Bacharelado em Direito da  
Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão  
(UNISULMA).<sup>136</sup>

LIDIANNE KELLY NASCIMENTO RODRIGUES DE AGUIAR LOPES<sup>137</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O meio ambiente ecologicamente equilibrado ganhou proteção constitucional expressa no artigo 225, caput da CRFB/88, como um direito de todos e dever do Estado e da coletividade na sua proteção, como também previu no artigo 170, VI, a proteção do meio ambiente a partir dos princípios da ordem econômica e social. Ocorre que há muito o homem não consegue alinhar as suas necessidades à proteção ambiental, o que gera com sua ação, várias formas de degradação ao meio ambiente e com a exploração de minério não é diferente. Tendo em vista que o atual Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, sancionou o Decreto de nº 10.966/2022, que não apenas muda a nomenclatura do garimpo para mineração artesanal, como também cria o Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Mineração Artesanal e em Pequena Escala (Pró-Mape) elegendo a região amazônica como centro de exploração, o presente artigo tem como problema analisar quais os possíveis impactos na saúde dos trabalhadores como no meio ambiente, tendo em vista que os efeitos práticos da exploração de minerais se dão para além da degradação ambiental. Como resultados verificou-se que o estímulo da exploração minerária prejudica tanto o ambiente quanto a própria população

**Palavras-Chave:** Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado; Exploração Mineral; Impactos Socioambientais.

**ABSTRACT:** The ecologically balanced environment gained constitutional protection expressed in article 225, caput of CRFB/88, right of all and duty of the State and collectivity in its protection. Considering the need to align sustainable development and environmental protection, the 1988 Constitution provided in article 170, VI, the protection of the environment within the principles of the economic and social order. It happens that man has not been able to align his needs with environmental protection for a long time, which generates with his action, various forms of degradation to the environment and with the exploitation of ore it is no different. Therefore, the current President of the Republic, Jair

<sup>136</sup> E-mail: getulionilson@gmail.com

<sup>137</sup> Orientadora. Doutora e Mestre em Direito - UNESA/RJ. Professora universitária - UNISULMA. Pesquisadora. E-mail: lidianne.lopes@unisulma.edu.br

Messias Bolsonaro, recently sanctioned Decree No. Small Scale (Pro-Mape) choosing the Amazon region as the center of exploration. The practical effects of mineral exploration go beyond environmental degradation, putting the health of thousands of people at risk. As a result, it was found that the stimulus of mining exploitation harms both the environment and the population itself.

**Keywords:** Ecologically Balanced Environment; Mineral Exploration; Social and Environmental Impacts.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. 2.1 Meio ambiente e a proteção internacional. 2.2 A proteção na Constituição da República de 1988 do meio ambiente. 3 AS ATIVIDADES EXPLORADORAS DE MINÉRIO. 3.1 As condições rudimentares da saúde dos trabalhadores nas atividades de exploração de minério. 3.2 A necessidade de proteção e defesa do meio ambiente. 4 O GARIMPO NO BRASIL. 4.1 Perspectivas e desafios de regulação da prática garimpeira. 3 CONCLUSÃO.

## 1 INTRODUÇÃO

Os meios de produção dependem de recursos para o produtor final, contudo, a extração exacerbada desses recursos gera impactos na fauna e flora e, conseqüentemente, na população humana, como exemplo clássico o aquecimento global em decorrência de grandes desmatamentos.

Com isso, existem várias legislações que tencionam impedir a ocorrência de grandes impactos ambientais, exigindo assim planos para funcionamento e meios de compensação. Ademais, cada forma de exploração gera um nível de impacto que deve ser sanado, mitigado ou compensado para o funcionamento de qualquer atividade que tenha potencial para degradar o meio ambiente.

A garimpagem é uma das principais atividades causadoras de degradação ambiental, provocando externalidades ambientais positivas, como a geração de empregos e o aumento da renda nacional. E negativas, como impactos irreversíveis, uma vez que um ecossistema é completamente destruído, podendo acarretar a extinção de diversas espécies de animais e vegetações.

Nesta perspectiva, o presente artigo estabeleceu como objetivo geral a compreensão dos impactos da mineração na saúde dos trabalhadores e no meio ambiente. Para tanto foi utilizado a pesquisa documental, através de leis e decretos, com utilização bibliográfica da literatura sobre o tema.

A pesquisa para a construção desse trabalho foi documental, de caráter exploratório, com a utilização de vasta bibliografia sobre o tema. Esse tipo de metodologia

busca explicar e colocar em discussão um tema com base em referências teóricas, além de procurar conhecer e analisar conteúdos científicos sobre o referido assunto.

Deste modo, este trabalho está dividido em três tópicos centrais, sendo o cerne do trabalho, neles é desenvolvido o assunto por meio de material bibliográfico e documental, iniciando a abordagem com a inserção do direito ambiental na agenda governamental a partir de meados do século XX, bem como perpassando pelos impactos das atividades exploradoras de minério na saúde dos trabalhadores e no meio ambiente, finalizando com os análise da prática garimpeira.

## **2 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO**

De acordo com Thomé (2015), as discussões acerca da relação homem e natureza que foram realizadas ao decorrer do tempo sempre foram bem dicotômicas, posto que traziam como concepção ética, ora o antropocentrismo, exaltando o homem como o centro da relação, onde a natureza tem a exclusiva função de satisfazê-lo.

O que se observa é que com a evolução do estado e conseqüentemente das questões que são postas à ele, como instrumento de tutela, o que se inclui o meio ambiente, o ordenamento jurídico brasileiro passou a proteger não só a capacidade e aproveitamento dos recursos naturais, coadunando na teoria do antropocentrismo utilitarista, como também a capacidade puramente ecológica, que vai ao encontro do antropocentrismo alargado.

O que nos faz pensar que o homem se tornou sensível às questões ambientais, o que levou o legislador a garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado de modo expresso no texto constitucional de 1988, como o direito de todos, se reportando à qualidade de vida, enquanto valor imaterial da coletividade.

Seguindo essa perspectiva, o ordenamento jurídico brasileiro, segundo Oliveira (2017), adota a ideia do antropocentrismo alargado, onde que o ser humano reconhece a fauna e flora como meios necessários para a garantia de sua sobrevivência e vida digna, uma vez que o meio ambiente fornece toda a matéria para a evolução e qualidade de vida. Inclusive, tal posicionamento é do Superior Tribunal de Justiça, na qual transcreve-se:

(...) com base na doutrina Cunhal Sendin, trabalha com o conceito do antropocentrismo alargado ou moderado, objetivando a tutela do ambiente independentemente da sua utilidade direta ou benefícios ao homem ao considerar a preservação da capacidade funcional do patrimônio natural com ideais éticos de colaboração e interação homem-natureza.(...)

(STJ - REsp: 1797175 SP 2018/0031230-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 21/03/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2019)

Para Leite (2007, p. 137), esta concepção:

(...) centra a preservação ambiental na garantia da dignidade do próprio ser humano”, Sujeição de Direitos, Meio Ambiente e Antropocentrismo Alargado constituindo-se em modelo alargado justamente porque esta proteção ambiental é necessária para a “sobrevivência da própria espécie humana.

Reconhecida a importância do meio ambiente, a preocupação dos Estados soberanos foi fundamental para a realização de Conferências principalmente na segunda no cenário pós II Guerra Mundial. Alguns marcos teóricos foram importantes, dentre elas o Clube de Roma, a Conferência de Estocolmo sobre o Ambiente Humano das Nações Unidas.

Após muitas divergências e discussões em 1987, foi publicado o Relatório *Brundtland*, documento conhecido como Nosso Futuro Comum disseminando a ideia de desenvolvimento sustentável, fruto de um relatório elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, pela Assembleia das Nações Unidas.

Este Relatório elenca uma série de dados, dentre os quais, indica quais países do terceiro mundo são mais pobres. Em contrapartida, evidenciou o excesso no consumo dos países de primeiro mundo, identificando a possível causa que impediam a realização de um desenvolvimento igualitário no mundo, que gera uma crise ambiental sem precedentes.

O desenvolvimento sustentável tem como pilar o equilíbrio do crescimento econômico, a preservação ambiental e a equidade social. Não havendo o equilíbrio entre este tripé, não há que se falar em desenvolvimento sustentável.

## 2.1 Meio ambiente e a proteção internacional

Diante do quadro alarmante de degradação ambiental gerado principalmente após o advento da Revolução Industrial, o assunto meio ambiente, em meados do século XX, passou a fazer parte da agenda internacional.

Segundo Pott e Estrela (2017, p. 272) “foram necessários quase três séculos desde a Revolução Industrial, para a questão ambiental começar a ser encarada como problema e não mais como mal necessário ao progresso”.

Esse contexto fez com que a proteção do meio ambiente permanecesse por muito tempo ligada a uma visão antropocêntrica e utilitarista, estritamente vinculada a fatores econômicos e de abrangência local. As normas eram criadas para regulamentar situações emergenciais ou catastróficas, envolvendo, especialmente, questões transfronteiriças, de onde se verifica não haver uma preocupação prévia a ocorrência desse tipo de situação. (OLIVEIRA, 2010, p. 1)

Na década de 1940, começou a mudar esta percepção, havendo o reconhecimento do meio ambiente como um direito fundamental, derivado da Declaração de Estocolmo, 1972. Nesse sentido, após uma década, a mentalidade mundial não se restringiu apenas ao espaço geográfico, uma vez que os problemas ambientais se tornaram notórios ao público e ao estado, a qual visaram ainda mais combater a poluição ambiental e seus efeitos. (LIRA, 2016)

Para entender esta mudança de mentalidade e abertura das discussões em nível internacional sobre a importância do meio ambiente, há que se levar em consideração o contexto marcado pós-guerra, a esperança na diplomacia para resolver grandes questões, a valorização dos Direitos Humanos, a democracia nas relações internacionais e, somado a tudo isso, a clara demonstração dos efeitos nocivos do mal uso dos recursos naturais, com os acúmulos de resíduos, a poluição do ar e os constantes desastres ambientais com efeitos catastróficos.

Nesse momento histórico, a questão ambiental tornou-se pauta imperativa nas agendas políticas do mundo todo, uma das principais preocupações dos recém implantados Estados Democráticos de Direito.

## 2.2 A proteção na Constituição da República de 1988 do meio ambiente

O Brasil no decurso da sua história como País criou inúmeras leis relacionadas a proteção do meio ambiente. Inicialmente, essas normativas eram focadas em apenas orientar, organizar e fiscalizar a utilização dos recursos naturais. Posteriormente, tinham o intuito de conciliar interesses locais e regionais e, ao mesmo tempo, coordenar as demandas das empresas privadas, nacionais e estrangeiras.

Contudo, essa proteção ganhou outro nível a partir da Constituição de 1988. A referida Constituição, em seu artigo 225, conferiu status de garantia constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando-o requisito essencial para que todos os indivíduos integrantes da sociedade pudessem desfrutar de uma vida minimamente digna, impondo ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo.

CRFB/88, Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

Assim sendo, a proteção do meio ambiente tornou-se matéria de ordem constitucional, com um capítulo dedicado a temática, além de outros dispositivos em partes diversas do texto constitucional com referência a questão ambiental. Destarte, as normas infraconstitucionais relacionadas ao meio ambiente também se tornaram melhores, pois passaram a tomar como base o apregoado na lei maior.

Por mais que não esteja elencado no rol do artigo 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado como direito subjetivo de cada um, portanto, como direito fundamental (MORAES, 2001).

Os direitos fundamentais são o conjunto de direitos mais importantes em uma comunidade de pessoas, reconhecidos por uma ordem constitucional. Diante da inestimável importância relacionada à concretização da dignidade da pessoa humana, tais direitos assumem, na doutrina jurídica, um patamar cimeiro de prioridades para a consolidação das reivindicações sociais e para uma construção evolutiva do Direito como um todo.

Portanto, a preservação ambiental é dever do Poder Público e de toda coletividade, ou seja, o Estado deve proteger o meio ambiente, mas não sozinho, a sociedade também deve se engajar nesse papel, pois as consequências negativas do mal uso dos recursos naturais influenciará negativamente a vida de todos, da presente e das futuras gerações.

Tal importância a Carta Magna atribuiu ao meio ambiente que a preservação dos recursos naturais vai ser um dos critérios utilizados pelo legislador para definir a função social da propriedade.

A função social consiste na utilização da propriedade, urbana ou rural, em consonância com os objetivos sociais de uma determinada cidade. A função social impõe limites ao direito de propriedade, para garantir que o exercício deste direito não seja prejudicial ao bem coletivo. Isto significa que uma propriedade rural ou urbana não deve atender apenas aos interesses de seu proprietário, mas também ao interesse da sociedade. (GOMES; MORAES, 2019, p. 1)

A Constituição de 1988 declarou no artigo 5º, Inciso XXIII que “a propriedade deverá atender sua função social”, ou seja, o proprietário deve usufruir de seu direito de propriedade dentro de determinados limites, seguindo certos critérios, para que não venha prejudicar a coletividade.

### **3 AS ATIVIDADES EXPLORADORAS DE MINÉRIO**

A mineração elencada no artigo 177, inciso V, da CRFB/88 e em outras legislações esparsas, como o Decreto nº 9.406, de 12 de junho de 2018, indicam que o minério é monopólio da União e o desenvolvimento das técnicas de mineração deve ter como fundamento o interesse nacional e a utilidade pública.

E, conforme visto, o meio ambiente elencado no artigo 225, CRFB/88, deve ser protegido por todos, em caráter *erga omnes*, onde tanto o poder público e a coletividade se encaixam como guardiões do meio ambiente. (BRASIL, 1988)

Com a extração de minérios, há de se notar um extremo desequilíbrio do tripé da sustentabilidade sendo o aspecto do ramo econômico, financeiro e ambiental, portanto terá que ser analisado os benefícios e malefícios socioambientais das atividades minerárias e a proteção ambiental.

#### **3.1 As condições rudimentares da saúde dos trabalhadores nas atividades de exploração de minério**

O meio ambiente do trabalho é de extrema importância para a saúde do trabalhador, pois além de ser nele que o indivíduo passa grande parte de seu tempo, a Constituição de 1988 o protegeu no artigo 200, VIII.

O meio ambiente do trabalho é conceituado por Padilha como sendo:

(...) o habitat laboral onde o ser humano trabalhador passa a maior parte de sua vida produtiva provendo o necessário para sua sobrevivência e desenvolvimento por meio do exercício de uma atividade laborativa, abrange a segurança e saúde dos trabalhadores, protegendo-os contra todas as formas de degradação e/ou poluição geradas no ambiente do trabalho (PADILHA, 2011, p. 232.)

Destarte, resta comprovado que a não preservação e o não cuidado com o meio ambiente do trabalho tem impacto negativo na vida do trabalhador, já que o mesmo é essencial à sadia qualidade de vida. Essa compreensão advém da necessidade de que o ser humano além de ter direito a uma vida digna em todos os aspectos, seja respeitado, tenha um trabalho decente.



De acordo com o art. 7º, inciso XXII da Constituição de 1988:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. (BRASIL, 1988).

O artigo supracitado corrobora o direito do trabalhador em ter um meio ambiente do trabalho protegido, configurando-se obrigação do Poder Público e dos empregadores a sua proteção, para prevenção de danos à saúde, bem como, a reparação em caso de não ofertarem esse direito.

Deste modo, conforme Oliveira “o ambiente de trabalho saudável é direito do trabalhador e dever do empregador, razão pela qual o empregado não pode estar exposto a riscos passíveis de eliminação ou atenuação e que possam comprometer seu bem-estar físico, mental ou social” (OLIVEIRA, 2007, p. 119).

No setor da mineração, as condições de trabalho são consideradas precárias, haja vista, o ambiente insalubre e a jornada extensiva em que estes trabalhadores são submetidos. Conforme Melek *et al* (2017, p.110):

Os trabalhadores relataram sobre o cotidiano de suas atividades e associam o trabalho na mineração como um trabalho pesado e penoso, que exige força física constante. Para alguns deles, a percepção sobre o trabalho além da exigência física, perpassa os aspectos relacionados à demanda excessiva de atividades a serem cumpridas. Percebem o risco como algo permanentemente presente, gerando tensão e constante atenção, pois a possibilidade de ocorrerem acidentes fatais persiste continuamente, por conta da queda das rochas após as explosões.

Embora a legislação trabalhista assegure em seu artigo 293 que a “duração normal do trabalho efetivo para os empregados em minas no subsolo não excederá de 6 (seis) horas diárias ou de 36 (trinta e seis) semanais”, a falta de fiscalização mais ativa e frequente dos órgãos responsáveis faz com que essa a carga horária efetiva seja muito maior.

Além disso, ainda existem o problema da garimpagem clandestina, onde nem o verniz da legalidade encobre a rotina extenuante de trabalho e os perigos inerentes à área. De acordo com dados levantados pelo sítio eletrônico Clima.info “O garimpo ilegal se intensificou nos últimos anos, beneficiado pela queda na fiscalização ambiental e pela alta no preço internacional do ouro durante a pandemia”, correspondendo atualmente a quase 20% das exportações de ouro do Brasil.

Esta jornada extensiva de trabalho do minerador, pode representar perigos reais de acidentes, ocasionados pelo cansaço, falta de atenção e estresse. Em um estudo de caso realizado por Melek *et al* (2017) revela que os próprios mineradores já concebem a ocorrência de acidentes durante a mineração como algo rotineiro. Além do perigo de acidentes, existem outros não menos preocupantes, como o da exposição a produtos químicos e o desenvolvimento de doenças posteriores.

### 3.2 A necessidade de proteção e defesa do meio ambiente

Toda atividade econômica tem como finalidade imediata produzir bens de consumo e serviço para satisfazer as necessidades humanas. Contudo, durante o transcurso da produção são gerados determinados impactos sobre a sociedade, que podem afetá-la de modo positivo ou negativo. Tais impactos são chamados de "externalidades".

Nery (2014, p. 2) conceitua externalidade, como sendo "o impacto, não precificado pelo mercado, de uma atividade em terceiros que não decidem sobre ela." Esse conceito é corroborado por Rosen (2015, p. 73) que descreve externalidade como "a atividade de uma entidade (uma pessoa ou empresa) que afeta diretamente o bem-estar de outra de uma maneira que está fora do mecanismo de mercado".

Exemplos de externalidades positivas: a melhoria da produção de mel por parte de um apicultor como resultado do acréscimo de flores plantadas por um floricultor próximo; a implantação de obras de infraestrutura pela sojicultura para beneficiar e transportar seus produtos acaba provocando o "efeito-arraste", que consiste na atração de outras atividades e/ou investimentos para a região (BRUM; DALFOVO; BENFICA, 2011).

Exemplos de externalidades negativas: a perda ou redução dos biomas e da biodiversidade das áreas afetadas pela expansão da monocultura da soja; o aumento de pessoas com doenças respiratórias advindas da poluição das fábricas. Nesse sentido, o Estado vem cada vez mais atuando, articulando ações no intuito de proteger os direitos fundamentais, minimizando as externalidades negativas.

A garimpagem é uma das principais geradoras de impactos ambientais, gerando externalidades ambientais positivas, como a geração de empregos e o aumento da renda nacional. E negativas, como impactos irreversíveis, uma vez que um ecossistema é completamente destruído, causando muitas das vezes a extinção de diversas espécies de animais e vegetações.

Embora, traga como mote o apoio a dois pilares do tripé do desenvolvimento sustentável, sendo eles: o meio econômico e o sociocultural. O desenvolvimento sustentável não ocorre de fato, os impactos não são mitigados, devido, principalmente, a falta de uma atuação governamental mais incisiva.

A mineralização, além de remanejar todo um nicho ecológico, ainda interfere por meio da poluição no meio biogeoquímico, onde diversos resíduos são espalhados pelo ar, pelo solo e pela água, causando grande prejuízo ambiental. Em se falando de responsabilidade, aquele que causa danos ao meio ambiente, tem responsabilidade objetiva, ou seja, não é necessário a comprovação de culpa ou dolo, pois é dever daquele que lucra da atividade responder pelo seu risco.

E além do mais, a responsabilidade é solidária, em virtude da teoria do risco integral do poluidor/pagador (WEDY, 2018). A responsabilidade objetiva obriga a reparação ambiental, apesar do dano causado não ser reparável totalmente, por isso são necessários diversos estudos em todas as etapas e períodos da exploração. Sendo estudado o solo, a vegetação, os animais.

#### **4 O GARIMPO NO BRASIL**

O Garimpo no Brasil é uma prática que remonta ao período colonial, mais precisamente o século XVIII, com a exploração aurífera nas regiões que hoje compreende os estados de Minas Gerais, Mato Grosso e Goiás.

No Brasil contemporâneo a mineração rende opiniões diversas, posto que sua importância econômica contrasta com os impactos socioambientais produzidos.

A Constituição da República de 1988 para autorizar a exploração dos recursos minerais, devido sua preocupação ambiental, exige diversos trâmites, envolvendo planos de estudos antes, durante e depois da implantação, além de autorizações estatais, licenciamentos, entre outros. E, além disso, obriga a reparação do meio ambiente degradado em virtude da atividade de mineração.

No entanto, é pouco efetivada a mitigação dos impactos produzidos por esse setor, ou por se tratar de danos irreversíveis, ou por outros fatores de ordem administrativa, como a falta de fiscalização efetiva.

##### **4.1 Perspectivas e desafios de regulação da prática garimpeira**

O Brasil vem implementando legislações a fim de regulamentar e regular a prática garimpeira em seu território, buscado dessa forma reduzir os efeitos negativos no ambiente e, por conseguinte, na sociedade. No quadro abaixo, algumas dessas normativas:

#### **Legislação Específica de Mineração anterior a Promulgação da Constituição Federal de 1988**

Decreto-Lei nº 1.985/1940 Código de Minas	Este Código define os direitos sobre as jazidas e minas, estabelece o regime do seu aproveitamento e regula a intervenção do Estado na indústria de mineração, bem como a fiscalização das empresas que utilizam matéria prima mineral
Decreto-Lei nº 227/1967	Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (Código de Minas)
Lei Federal nº 6.567/1978	Dispõe sobre regime especial para exploração e o aproveitamento das substâncias minerais que especifica.

Fonte: [ibram.df.gov.br](http://ibram.df.gov.br)

Conforme exposto anteriormente, desde o surgimento da Constituição de 1988 a proteção do meio ambiente tornou-se matéria de ordem constitucional, com um capítulo dedicado a temática, além de outros dispositivos em partes diversas do texto constitucional com referência a questão ambiental.

Destarte, as normas infraconstitucionais relacionadas ao meio ambiente também se tornaram melhores, pois passaram a tomar como base o apregoado na lei maior. No quadro abaixo, algumas das legislações específicas de mineração posteriores à Constituição:

#### **Legislação Específica de Mineração posterior à Constituição Federal de 1988**

Decreto Federal nº 97.632/1989	Regulamenta sobre o Plano de Recuperação de Áreas Degradadas Para Exploração Mineral
Decreto Federal nº 97.507/1989	Dispõe sobre licenciamento de atividade mineral, o uso do mercúrio metálico e do cianeto em áreas de extração de ouro, e dá outras providências
Lei nº 7.805/1989.	Altera o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, cria o regime de permissão de lavra garimpeira, extingue o regime de matrícula

Resolução CONAMA nº 428/2010	Dispõe, no âmbito do licenciamento ambiental, sobre a autorização do órgão responsável pela administração da Unidade de Conservação.
------------------------------	--

Fonte: [ibram.df.gov.br](http://ibram.df.gov.br)

Na contemporaneidade é necessário todo um processo administrativo para que seja autorizado a atividade mineradora. Para que uma determinada área seja utilizada para quaisquer atividades, a legislação brasileira exige que seja feito um estudo no local para que seja feito um procedimento de licenciamento para que seja registrado a finalidade, remanejamento, etc. como uma forma de controle estatal no intuito de mensurar os benefícios e os danos socioambientais para que seja auferido uma licença permitindo a atividade.

O licenciamento é um procedimento administrativo de finalidade de assegurar a qualidade de vida por meio de controle prévio e continuado estudo de atividade que geram impactos no meio ambiente, este processo se resulta na licença ambiental, sendo o documento que autoriza e delimita atividades oriundas de utilização de recursos ambientais que possam causar degradação ambiental.

Há três medidas que são essenciais para a concessão de licença ambiental, sendo elas a medida preventiva onde tem como objetivo evitar danos ao meio ambiente por meio de proibições de ações que potencialize o efeito degradador. A medida mitigatória vem com o intuito de diminuir ou suavizar os danos ambientais, que possam causar danos. E por fim as medidas compensatórias que visam repor ou restaurar outra área com um novo reflorestamento.

O licenciamento em seu procedimento produz três licenças sequencialmente, sendo: a Licença Prévia, a Instalação e a de Operação; sendo elas etapas para a autorização do empreendimento.

A primeira fase é realizada os estudos da atividade no local planejado, sendo realizado o Estudo Prévio de Impacto Ambiental que gerará o Relatório de Impacto ambiental. Logo após a licença previa, se tudo estiver de acordo, A licença de Instalação deverá ser requerida, para que se inicie a instalação da estrutura e qualquer modificação deverá ser mandado ao órgão licenciador para que seja avaliado. E por fim, Licença de operação é a autorização da atividade ou empreendimento após verificar o efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, para que haja o seu funcionamento (FEITOSA *et al*, 2004).

Durante a atividade o poder público precisa exercer seu poder de fiscalização, podendo emitir sanções para aqueles que infringirem as legislações específicas, tanto no que se refere a danos ambientais, trabalhistas e sociais. Em se falando em sanções, o causador do dano pode ser penalizado civilmente (na obrigação de reparar o dano), administrativamente (como uma infração ambiental) e penalmente (sendo a punição pela conduta criminosa). Podendo até mesmo acumular simultaneamente. E ressaltasse que a absolvição penal do infrator não exclui o dever de reparar e nem afasta a sanção administrativa (PINHO, 2019).

#### **4.2 Decreto nº 10.966/2022: estímulo à atividade garimpeira ou implementação de política pública?**

O Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, sancionou no dia 11 de fevereiro de 2022 o Decreto nº 10.966, instituindo, segundo sua ementa, o Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Mineração Artesanal e em Pequena Escala (PróMape) e a Comissão Interministerial para o Desenvolvimento da Mineração Artesanal e em Pequena Escala (Comape).

De acordo com seu artigo 1º, a finalidade do Decreto é a “de propor políticas públicas e estimular o desenvolvimento da mineração artesanal e em pequena escala, com vistas ao desenvolvimento sustentável regional e nacional.” (BRASIL, 2022).

(...) o Pró-MAPE inaugura uma nova perspectiva de políticas públicas sobre a atividade garimpeira no Brasil. É um programa de políticas governamentais integradas, com a participação de vários ministérios, em caráter multidisciplinar, resultado do reconhecimento de que nenhuma política pública isolada será capaz de promover o desenvolvimento socioambiental desejado. (BRASIL, 2022b)

As políticas públicas são estratégias governamentais que têm como intuito diminuir os problemas sociais, atendendo determinadas necessidades da população. Segundo Bobbio (1992), configuram-se como uma rede de proteção, de bem-estar, implementada pelo Estado para garantir a todo cidadão tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação e educação, os quais devem ser assegurados enquanto direito político e não como caridade.

Nesse sentido, o Decreto nº 10.966/2022 nasceu como resultado das considerações e recomendações do Grupo de Trabalho instituído em julho de 2019 no âmbito do Ministério de Minas e Energia, para estudar o regime de outorga de lavra garimpeira. A perspectiva apresentada é perceber a atividade garimpeira de forma integrada, levando em consideração o fator ambiental e social, entendendo que dali sobrevém o sustento de muitas famílias, mas que precisa ser uma atividade fiscalizada. Regular para controlar e melhorar as práticas.

Dentre os objetivos do Programa, está a integração e fortalecimento das políticas setoriais, sociais, econômicas e ambientais para o desenvolvimento sustentável da mineração artesanal e em pequena escala, estimulando as melhores práticas, a formalização da atividade e a promoção da saúde, da assistência e da dignidade das comunidades envolvidas. (BRASIL, 2022b)

Entretanto, tal normativa não está imune às críticas, as quais advém da percepção que o Decreto nº 10.966/2022 será um estímulo à atividade garimpeira. Essa percepção vem alicerçada nos dados que revelam que a atividade garimpeira artesanal feita individualmente quase inexistente, o que de fato existe é a garimpagem empresarial utilizando máquinas e infraestrutura caras.

Também há cooperativas de garimpeiros que podem conseguir licenças para fazer a atividade legalmente graças à Lei nº 7.805/1989. Entretanto, segundo Paraguassu (2021), muitas delas são usadas como fachadas para lavar o ouro tirado de terras indígenas e outros locais distantes do local licenciado. Segundo IPAM (2021) “de 2010 a 2020, a área ocupada pelo garimpo dentro de terras indígenas cresceu 495%; no caso das unidades de conservação, o crescimento foi de 301%. Somente em 2020, 9,3% da área de garimpo no país ocorreu dentro de terras indígenas”.

Assim sendo, para que de fato esta lei cumpra o proposto, há que se intensificar os meios de fiscalização e controle destas atividades. Bem como, aplicar as sanções devidas.

### **3 CONCLUSÃO**

O Brasil no decurso da sua história como país criou inúmeras leis, tanto constitucionais como infraconstitucionais, visando proteger o Meio Ambiente, haja vista a necessidade de salvaguardar recursos imprescindíveis a manutenção da vida desta e das próximas gerações de brasileiros. Tal proteção ambiental sempre buscou coadunar com a necessidade do progresso e da movimentação da economia.

A mineração é uma das atividades econômicas que produz grandes impactos socioambientais. Tais impactos se dividem em externalidades positivas, como: condições de subsistência e incremento da economia. E, externalidades negativas, como: a perda ou redução dos biomas e da biodiversidade das áreas afetadas e o aumento de pessoas com doenças derivadas da mineração, principalmente os trabalhadores diretamente envolvidos.

Nesse sentido, o Estado vem cada vez mais atuando, articulando ações no intuito de proteger o ambiente e a sociedade, minimizando as externalidades negativas da mineração e estimulando as externalidades positivas.

Contudo, a própria ação estatal pode ser desastrosa se não implementada com segurança e completude. O Decreto nº 10.966/2022, por exemplo, para não se configurar um estímulo à atividade garimpeira e ser a política pública que se propõe, precisa contar com órgãos ambientais atuantes, com um aparato técnico, material e humano adequado.

## REFERÊNCIAS

AMADE, Pedro; DE LIMA, Hernani Mota. **Desenvolvimento sustentável e garimpo - o caso do Garimpo do Engenho Podre em Mariana**. Minas Gerais. Rev. Esc. Minas vol.62 no.2 Ouro Preto Apr.\June 2009. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0370-44672009000200016](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-44672009000200016). Acesso em 20/10/2020.

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

BRASIL. **Decreto nº 10.966**, de 11 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **Esclarecimentos sobre o Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Mineração Artesanal e em Pequena Escala e aprimoramento do Código de Mineração**. 2022b. Disponível em:

<<https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/esclarecimentos-sobre-o-programa-de-apoio-ao-desenvolvimento-da-mineracao-artesanal-e-em-pequena-escala-e-aprimoramento-do-codigo-de-mineracao>> Acessado em: 04/10/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2 turma). STJ - REsp: 1797175 SP 2018/0031230-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 21/03/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2019 Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2019]. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018-0031230-0/relatorio-e-voto-692205398>>. Acessado em: 18/04/2022

BRUM, A. L.; DALFOVO, W. C. T.; BENFICA, V. C. **A relação entre o desenvolvimento e o crescimento das culturas de grãos no município de SinopMT**: uma análise para o período de 1984 a 2009. Revista Desenvolvimento em Questão, Ijuí, v. 9, n. 17, p.159-190, 2011.

FEITOSA, Isabelle Ramos; LIMA, Luciana Santana; FAGUNDES, Roberta Lins. **Manual de Licenciamento Ambiental**: guia de procedimento passo a passo. Rio de Janeiro: GMA, 2004.

GOMES, Camila; MORAES, Isabela. **Inciso XXIII – Função Social da Propriedade**: “A propriedade atenderá a sua função social”. Politize. 15 de outubro de 2019.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva: 2007.

LIRA, T. E. B. G. **A proteção jurídica internacional do meio ambiente após os 20 anos de Estocolmo**: a conferência do rio de 1992. Âmbito Jurídico, v. 147, p. 1-46, 2016.



MELEK, T.; GONÇALVES, C.; AREOSA, J.; SOARES, V. **Condições de trabalho numa mineradora: o olhar de trabalhadores e de profissionais da saúde e segurança.** International Journal on Working Conditions, n. 13, p. 104-123, jun. 2017. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 8ª edição. São Paulo: Atlas S.A, 2001.

NERY, P. F. **Como Nossos Impostos Afetam o Meio Ambiente? Política Tributária e Sustentabilidade.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, dezembro/2014.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves. **Direito Ambiental.** Ed. 2ª. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. 2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Estrutura normativa da segurança e saúde do trabalhador no Brasil.** Revista de Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 107-130, jan./jun.2007, p. 119.

PADILHA, Norma Sueli. **O equilíbrio do meio ambiente do trabalho:** direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 77, nº 4, pp. 231 – 258. out/dez 2011

PINHO, Inara. **A responsabilidade ambiental tripla: Um fato e três possíveis consequências.** Instituto Brasileiro de Direito. 2019. Disponível em: <https://www.ibijus.com/blog/487-responsabilidade-ambiental-tripla-por-danosambientais#:~:text=Isso%20porque%20a%20responsabiliza%C3%A7%C3%A3o%20por,%C3%A0%20tr%C3%AAs%20esp%C3%A9cies%20de%20responsabilidade>. Acessado em: 20/10/2021.

ROSEN, Harvey; GAYER, Ted S. **Finanças Públicas.** 10ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2015.

SOARES JÚNIOR, Jair. **A realização da sustentabilidade multidimensional como pressuposto para o atingimento do Estado Constitucional solidário.** Revista Jus Navigandi,ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3485, 15 jan. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23435>. Acesso em: 20 out. 2020.

THOMÉ, Romeo. Manual de direito ambiental. Editora juspodivm. Ed. 9ª. 2019.

WEDY, Gabriel. **Breves considerações sobre responsabilidade civil ambiental.** Rev. Consultor Jurídico. 2018.

## **A TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE E O NOVO CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA LATINO-AMERICANO: REFLEXOS NO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL**

**HERBERTH VINICIUS BATISTA VIANA:**  
Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM.<sup>138</sup>

ADRIANO FERNANDES<sup>139</sup>

(orientador)

**RESUMO:** A tradição constitucionalista concebe a titularidade do Poder Constituinte a partir das noções de nação e povo, sendo pontos centrais de legitimidade dentro do ordenamento jurídico de um Estado. Tomando como ponto inicial essa tradição, o presente trabalho tem como objetivo analisar o Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano enquanto forma de descolonização das etnias indígenas, bem como sua contribuição para o Direito Ambiental Internacional em relação à proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desse modo, se verificará como esse novo constitucionalismo constitui-se de uma ruptura, em que há o reconhecimento de uma multiplicidade de grupos, de forma que o Estado se configura a partir da plurinacionalidade e do pluralismo jurídico. O reconhecimento dessa multidão de subjetividades intensificam a participação democrática, dando destaque à visão de mundo daqueles que foram marginalizados e excluídos do processo político na América Latina. Temos, então, a partir desse novo constitucionalismo o reconhecimento e a constitucionalização da cosmovisão indígena, responsável, sobretudo, por modificar a forma como a natureza é concebida no ordenamento jurídico do Estado, não mais como objeto de direito, mas, sim, como sujeito de direitos. A partir dessa análise, avarliar-se-á seus reflexos no Direito Ambiental Internacional, onde se evidenciará que a cooperação internacional ganha um novo sujeito no diálogo internacional.

**Palavras-chave:** Titularidade do poder constituinte. Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Direito Ambiental Internacional. Cosmovisão Indígena.

**ABSTRACT:** The constitutionalist tradition conceives the ownership of the Constituent Power from the notions of nation and people, being central points of legitimacy within the

---

138 E-mail: herberthvinicius18@gmail.com

139 Orientador: Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (2001), mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho (2005), é doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilla la Mancha, na Espanha (2014) e Pós-Doutor em Direito Pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha (2019). Atualmente é professor Adjunto IV, da Universidade Federal do Amazonas- UFAM - das disciplinas de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado.

legal system of a State. Taking this tradition as a starting point, this work aims to analyze the New Latin American Pluralist Constitutionalism as a form of decolonization of indigenous ethnic groups, as well as its contribution to International Environmental Law in relation to the protection of the environment in an ecologically balanced manner. In this way, it will be verified how this new constitutionalism constitutes a rupture, in which there is the recognition of a multiplicity of groups, so that the State is formed from plurality and legal pluralism. The recognition of this multitude of subjectivities intensifies democratic participation, highlighting the worldview of those who have been marginalized and excluded from the political process in Latin America. We have, then, from this new constitutionalism, the recognition and constitutionalization of the indigenous cosmovision, responsible, above all, for modifying the way in which nature is conceived in the legal order of the State, no longer as an object of law, but as a subject of rights. From this analysis, its reflections will be advanced in International Environmental Law, where it will be evident that international cooperation gains a new subject in international dialogue.

**Keywords:** Titularity of constituent power. New Latin American Constitutionalism. International Environmental Law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução, 2. A titularidade do poder constituinte, 3. O novo constitucionalismo pluralista, 4. A cosmovisão indígena, 5. Direito Ambiental Internacional: Cooperação social, 6. Considerações finais, 7. Referência.

## 1. INTRODUÇÃO

A forma de manifestação do Poder Constituinte apresenta-se de forma distinta no decorrer do tempo e de acordo com cada realidade normativa, cultural, política e econômica. Nesse sentido, buscando encontrar os legitimados aptos a concretizar a vontade dos representados e a consequente titularidade de manifestação do poder soberano, algumas teorias surgem para suprir a forma de compreensão do fenômeno que dá origem a uma nova Constituição.

Ocorre que a história vem demonstrando que a titularidade do Poder Constituinte muitas vezes ocorre de maneira transversa, a partir de métodos obscuros e ilegítimos. Não é por outro motivo que, atualmente, presencia-se em vários ordenamentos jurídicos uma séria crise de legitimidade, que é consequência não só da falta de efetividade do texto constitucional, mas também de uma falha estrutural na forma de elaborar uma Constituição em prol dos anseios populares e nacionais de forma conjunta.

Como tal situação – da crise de legitimidade no ordenamento jurídico – não é um problema exclusivamente brasileiro, muito pelo contrário, já que encontra sociedades em um estágio mais crítico, faz-se importante avaliar as recentes formas de manifestação do

poder constituinte pelos Estados Latino-americanos, em especial Bolívia e Equador, e seus reflexos no cenário internacional no que diz respeito à temática ambiental.

Diante disso, o presente trabalho apresenta-se a partir dos seguintes pontos, a fim de avaliar esses reflexos: 1) A titularidade do poder constituinte; 2) O Novo Constitucionalismo Pluralista; 3) Cosmvisão indígena; e 4) Direito Ambiental Internacional. São pontos centrais que permitirão observar o que, de fato, se apresenta como novo na sociedade internacional.

Nesse sentido, a titularidade do poder constituinte será o primeiro ponto a ser tratado, onde se apresentará as vertentes historicamente consagradas do constitucionalismo clássico e moderno. Essas vertentes são responsáveis por estabelecerem distintos titulares ao poder constituinte. No primeiro, a titularidade está nas mãos da nação, tal visão decorre da teoria do poder constituinte formulada por Abade Sieyés. No segundo, há uma releitura da visão clássica a partir das lições de Jellinek, onde a titularidade do poder constituinte estaria nas mãos do povo. Essa abordagem permitirá, principalmente, observar o que há de novo no Constitucionalismo Pluralista, que será o item subsequente a ser desenvolvido.

Observar-se-á que o novo constitucionalismo pluralista se constitui de uma ruptura tanto do constitucionalismo liberal monista quanto do constitucionalismo social integracionista, estabelecendo, assim, mecanismos interculturais e descolonizais. Sendo, ainda, responsável por ampliar as formas de participação democrática, reconhecendo uma multiplicidade de grupos para além da ideia de nação e/ou povo, concebendo, assim, não só um Estado plurinacional, mas também um Estado onde se institui um pluralismo jurídico. Esta configuração tem como principal fator a cosmvisão indígena.

A cosmvisão indígena está ligada a uma forma de compreensão do mundo indígena. O novo constitucionalismo foi responsável por resguardar essas cosmvisões, como se pode constatar, a partir das Constituições de Bolívia e Equador, na constitucionalização da *Pachamama* e *Sumak Kawsay*. A cosmvisão indígena foi responsável, assim, por trazer um novo olhar sobre o mundo, sendo uma das principais mudanças o modo como a natureza é concebida no ordenamento jurídico.

A partir disso, o diálogo intercultural, ampliando a participação popular na elaboração do texto constitucional, bem como em sua interpretação, mantendo vivo o anseio constituinte, é importante vetor de análise para que se possa perceber que o Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano é uma forma de prestigiar uma plurinacionalidade mais democrática que os modelos eurocêntricos constantemente impostos. Em suma, o parâmetro de estudo europeu classicamente imposto merece uma remodelagem, com intuito de abarcar um modelo realmente inclusivo e participativo.

Desse modo, o Novo Constitucionalismo, ao dar enfoque especial para os objetos/bens de proteção novos, permite uma maior cooperação no âmbito internacional e uma sedimentação do Direito Ambiental Internacional. Em suma, a experiência Latino-Americana de valorização de bens naturais serve como mola propulsora para uma nova forma de proteção do equilíbrio ecológico e do meio-ambiente como um todo.

Por fim, trata-se de uma pesquisa de cunho teórico e, quanto aos meios de investigação, foi utilizado: a pesquisa bibliográfica (documentação indireta), envolvendo doutrina e revistas jurídicas especializadas, também com ênfase em artigos científicos.

## 2. A TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE

A doutrina constitucionalista atribuiu uma grande importância à Abade Sieyès devido ao seu pioneirismo na construção teórica do Poder Constituinte, sendo ele o responsável por evidenciar a dicotomia entre o ato que cria uma nova ordem constitucional (Poder Constituinte) e os atos que se realizam após a criação dessa nova ordem (Poder Constituído). Apesar dessa confluência em relação à sua construção teórica, não se nega que o Poder Constituinte se manifestara em circunstâncias antecedentes, como na Convenção de Filadélfia, em 1787<sup>140</sup>.

A problemática envolvendo a titularidade do poder constituinte encontra estreita relação com a legitimidade da ordem constitucional instaurada. Sendo assim, não é por outro motivo que as teorias tentam justificar a questão da titularidade a partir de duas vertentes historicamente consagradas: a) nação; e b) povo. Embora a tradição constitucionalista não tenha realizado uma distinção necessária e precisa entre nação e povo, essas duas vertentes estão relacionadas a duas concepções teóricas, clássica e moderna, do Poder Constituinte<sup>141</sup>. Ainda, cumpre salientar que nenhuma concepção isolada seria suficiente para delimitar, com precisão, a legitimidade do poder constituinte, já que seria impossível definir com critérios quase que objetivos um fenômeno das ciências jurídicas em conjunto com as ciências sociais.

Primeiramente, cumpre esclarecer que Leo Van Holthe<sup>142</sup>, utilizando das lições de Guilherme Peña de Moraes, afirma que “a questão da titularidade do poder constituinte é indissociada da titularidade da soberania”. Tal compreensão ocorre por um motivo claro, de que a atuação do poder constituinte não está pautada por critérios jurídicos, sendo uma expressão de poder pré-jurídica. Em suma, aquilo que se compreende por direito material,

140 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

141 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

142 HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 5. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 108.

os fenômenos sociais, políticos e econômicos, influem diretamente na forma de manifestação de uma entidade soberana.

Nesse sentido, faz-se necessário compreender as facetas da titularidade do poder constituinte. Entendê-lo como nação perpassa pelos ensinamentos de Abade Sieyès. De acordo com Fernandes<sup>143</sup> a figura da nação como titular do Poder Constituinte está associada à uma compreensão clássica (iniciada, como já destacamos, por Abade Sieyès), em que se busca estabelecer uma identidade entre os representantes e os representados, onde a ideia de nação pressupõe uma homogeneidade cultural, linguística, econômica e política. Assim, a nação não está associada diretamente a um conjunto de homens em um dado momento histórico, mas está ligada à expressão de uma comunidade que possui interesses permanentes<sup>144</sup>. Em outras palavras, estar-se-ia diante de uma soberania nacional, onde o Poder Constituinte se confunde com a própria vontade da nação. Para todos os efeitos, ao traçar um parâmetro de comunidade, limitar-se-ia a um o conceito de nação próprio para cada Estado, já que aquele é elemento deste, enquanto população integrante em determinado território e com finalidade precisa.

De toda forma, é fácil compreender que a visão proposta encontra dificuldade de manutenção fática, para isso, José Luiz Quadros de Magalhães<sup>145</sup> faz a sua crítica de que “a construção conceitual da ideia de nação para Sieyès se constitui numa forma de legitimar a vontade do grupo no poder que atua em nome da vontade da nação”.

A título de exemplo do rearranjo estrutural como forma de perpetuar o poder elitista, há duas vertentes clássicas de modelos adotados na formação do ordenamento latino-americano. Assim, “a tradição brasileira e latino-americana das instituições jurídicas é, de um lado, uma confluência entre a herança colonial ibérica burocrático-centralizadora e, de outro, uma tradição liberal-individualista utilizada a serviço dos detentores do poder”<sup>146</sup>.

Proseguindo, há quem entenda que a titularidade seja do povo, o que, conforme Fernandes<sup>147</sup>, está alinhada à uma concepção moderna do Poder Constituinte, a partir das lições de Jellinek, em que o conceito de povo está atrelado à uma noção sociológica e

---

143 FERNANDES, op.cit.

144 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

145 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A titularidade do poder constituinte**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VII, n. 16, 2004. Disponível em: <https://bityli.com/8EFM8>. Acesso em: 25 mai. 2020.

146 BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama)**. 2013. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, p. 10. Disponível em: <https://bityli.com/8MaWz>. Acesso em: 5 jun. 2020.

147 FERNANDES, op.cit.

antropológica, responsável, inclusive, por abarcar uma feição pluralista, preocupado com a tolerância e o direito à diferença, devendo ser entendida, enfim, como um conjunto de pessoas que encontram, através da ordem política, formas de expressarem suas ideias, interesses e representações.

Essa compreensão também não está imune a críticas, já que a delimitação de povo depende de uma concepção jurídica e política predominante em determinado momento histórico, motivo pelo qual a noção de povo encontra-se em permanente processo de reconstrução e compreensão. Nesse sentido, de certa forma, o problema que é apresentado para quem compreende a nação como titular também está presente para quem entende que é o povo, já que a nomenclatura mudaria, mas os desvios de legitimidade, em tese, seriam os mesmos.

A diferença básica, de acordo com os ensinamentos apresentados, é que a nação (soberania nacional) estaria ligada a interesses permanentes da sociedade enquanto o povo estaria delimitado por um feixe temporal e histórico. Se a titularidade da nação peca pelo romancismo do ideal, de imaginar que o grupo de representantes da nação – corpo de representantes imaginários – estaria em um exercício legítimo, atribuir a titularidade do povo encontra um problema similar.

Nesses casos, a extensão dos direitos políticos estaria ligada a uma fórmula de consenso democrático, que não afasta, necessariamente, os mesmos problemas de atribuir a titularidade do Poder Constituinte à nação. Portanto, o maior imbróglio a ser solucionada é a crise do déficit de legitimidade. De uma forma ou de outra, o conceito de nação e de povo não podem ser suficientes para legitimar uma nova ordem democrática, pois, afinal, o que deveria prevalecer: a soberania nacional ou popular?

### **3. O NOVO CONSITUCIONALISMO PLURALISTA**

A América Latina é marcada por vários momentos de desigualdade durante sua história, sendo um deles o seu período de construção das instituições de poder, o qual, majoritariamente, é composta por concepções elitistas e coloniais em derretimento das minorias sociais presente em cada Estado. Quando a teoria do Poder Constituinte chegou nos países sul-americanos não houve muitas mudanças, sejam teóricas ou práticas, em relação àquela pensada na europa. Na verdade, não foi nada diferente. Ela foi exercida nos mesmos moldes em que foi proposta. Pensada do ponto de vista estritamente das Assembleias Constituintes, esta “[...] capaz de ordenar e reconduzir a uma unidade toda a série de relações sociais, dá vida à organização jurídica estatal [...]”<sup>148</sup>, responsável, ainda, por não garantir uma participação muito ampla nos processos políticos, excluindo setores

---

148 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolla; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 1º ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 61. Tradução de: Carmen C, Varriale *et al.*

que não estavam “adequadamente” organizados num centro político social, impondo, assim, a “[...] afirmação da soberania do Estado unificador europeu e do ‘ocultamento e assujeitamento do ‘outro’ étnica e racialmente diferente [...]”<sup>149</sup>.

Os Estados andinos tem raízes distintas dos Estados europeus, estes construídos através da mão de obra dos povos colonizados com a ascensão da burguesia liberal e individualista que sucedeu a aristocracia feudal, e aqueles formaram-se pela tendência de ascensão e declínio de impérios e denominações estrangeiras, pela colonização, pela instrumentalização do povo diante das matrizes ibéricas, até mais recentemente por sucessivas ondas de ditadura e redemocratização. Com isso, as cartas magnas dos países sul-americanos, em grande parte, foram baseadas em outas constituições marcadamente elitista, privilegiando as classes possuidoras do poder econômico-político e por vertentes culturalmente monolítica e excludente, subordinando e até discriminando as concepções não eurocêntricas, positivando constituições com fragmentos bruscamente diferentes da realidade e da cultura dos povos tradicionais latino-americanos e das demais minorias de cada Estado. Posto isso, durante os séculos XIX e XX as Constituições semânticas e nominais marcaram a história latino-americana, sendo aquele, também chamado de instrumentalista, usado pelos detentores do poder para seus propósitos de dominação, pois não possuem qualquer intenção de limitarem o poder político, utilizado apenas para conferir legitimidade formal, por isso a constituição semântica é característica de regimes autoritários, como por exemplo, as constituições brasileiras de 1937 e 1967/1969<sup>150</sup>. No caso da Constituições nominais, também conhecida como nominativa, apesar de terem regras limitadoras do poder político, elas se caracterizam pela inadequabilidade entre realidade social e texto constitucional, podendo ser citado como exemplo a Constituição brasileira de 1988<sup>151</sup>. Em contrapartida os países “desenvolvidos” teriam em suas constituições, de acordo com o critério ontológico, uma correspondência entre o texto constitucional e a realidade social (Constituição normativa), em que a limitação do poder político estabelecido é garantido e respeitado no contexto a que está inserido, podendo-se citar como exemplo a Constituição da Alemanha de 1949 e a Constituição francesa de 1958<sup>152</sup>.

À vista disso, o Novo Constitucionalismo constitui-se de uma ruptura

[...] tanto do constitucionalismo liberal monista quanto do horizonte do constitucionalismo social integracionista do século XX, ou estado de Bem-estar social. Enquanto o primeiro buscava assimilar os povos indígenas, originários, e camponeses em cidadãos na perspectiva do

149 FERNANDES, op.cit., p. 216.

150 Ibidem., p. 51.

151 Ibidem, p. 50.

152 Ibidem, p. 46.



direito individual através da dissolução dos povos e de civiliza-los, o segundo, embora passasse a reconhecer os sujeitos coletivos, os direitos sociais e as bases de cidadania, buscava integrar os indígenas e camponeses ao Estado e ao mercado, sem romper com a identidade de um Estado-nação ou o monismo jurídico.<sup>153</sup>

Dessa forma, o Novo Constitucionalismo adquire característica que lhe são próprias, rompe, enfim, com as facetas de uma teoria jurídica importada. Essas características podem ser evidenciadas como respostas ao constitucionalismo operante até então, respostas essas direcionadas ao

[...] precitado desconforto, ponto de ignição central das mudanças; a diferença, também em relação às matrizes europeia e norte-americana, mas fundada na gama de coletividades que lhe é inerente; e a necessidade, a expressão definitiva da urgência que emana quando as diferenças se sujeitam ao desconforto.<sup>154</sup>

Assim sendo, a formação de um poder constituinte relativamente recente na América Latina (2008 e 2009) cria um bom palco de observatório para as novas formas de manifestação da soberania. Enquanto o famigerado constitucionalismo tradicional está lastreado naquele eurocentrismo clássico, a formação do Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano está ligado à cosmovisão indígena, à uma nova forma de manifestação dentro uma democracia participativa, qual propõe ser inclusiva e descolonizante. Nesse caso, conforme preceitua Bernardes<sup>155</sup>,

a constituição deixa de ser o pressuposto único da regulação, mas, ao contrário, torna-se a consequência dos antagonismos sociais. Neste aspecto, cita-se como exemplo o que é considerado “povo” nas constituições destes dois países. Não se trata mais de um elemento unitário que exprime sua vontade uniforme em direção ao soberano. Ao contrário, reconhece-se uma multiplicidade de grupos que, no conflito, nas discussões, no confronto intercultural, faz surgir

---

153 BERNARDES, Márcio de Souza. **A (re) invenção do comum no novo constitucionalismo latino-americano: ecologia política, direito e resistência na américa latina**. 2017. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2017, p. 219. Disponível em: <https://bitly.com/LUdmn>. Acesso em: 6 jun. 2020.

154 FRÓES, Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça; DUARTE, Aimée Schneider. O novo constitucionalismo na américa latina: sobre poderes e limites. In: CALAZANS, Márcia Esteves de; CASTRO, Mary Garcia; PIÑEIRO, Emilia (org.). **América Latina: Corpos, trânsitos e resistências**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, p. 30.

155 BERNARDES, op. cit., p. 227.

o novo como, por exemplo, no reconhecimento da plurinacionalidade nestes países.

Temos, então, que são três os pontos que orientam as características definidoras do Novo Constitucionalismo:

- i) o estabelecimento de uma nova relação entre democracia e Constitucionalismo, com a intensificação da participação popular;
- ii) a criação de mecanismos interculturais e descolonizais, principalmente, a partir da contribuição dos povos indígenas;
- iii) a intervenção do Estado e da cidadania na economia, afastando-se do paradigma eurocêntrico de desenvolvimento, pois visa uma nova relação com o meio ambiente.<sup>156</sup>

O modelo inclusivo, o qual estimula a participação de parcela da sociedade que durante século foi deixada no esquecimento, permite uma maior legitimidade na ordem constitucional enquanto manifestação da soberania do poder constituinte. De fato, não se pode negar que os dois países pioneiros nesse Novo Constitucionalismo, Bolívia e Equador, encontram uma grande parcela de sua população pertencente à etnia indígena. Por outro lado, tal situação nunca foi um real impedimento para que o modelo europeu vigorasse, ainda que em favor de uma minoria elitista.

Nesses casos, resta evidente que a compreensão clássica de povo e nação nunca seriam suficientes para enquadrar costumes, culturas e valores próprios de determinada sociedade. É justamente por essas situações, que a importação indiscriminada de teorias jurídicas pode gerar um sistema incongruente e com grande déficit de legitimidade representativa. Ainda, evidenciando as peculiaridades dos países vizinhos, note-se a constitucionalização do *Sumak Kawsay* e da *Pachamama*.

No excerto seguinte se evidencia a posituação do *Sumak Kawsay* (bem-viver) tanto na Constituição da Bolívia como na Equatoriana, qual traz o seguinte significado:

Os povos indígenas são povos coletivos, mas foram submetidos à individualização – tiraram-lhes uma forma de vida e impuseram-lhes outra. Agora, positivado na Constituição, o *Sumak Kawsay* pretende reestabelecer esse aspecto coletivo da vida, em todas as suas dimensões e se contrapor – como reação e alternativa ao modelo dominante de desenvolvimento (Macas, 2010, p. 14; Gudynas, 2011c, 1). O *Sumak Kawsay* surge como uma resposta da cosmovisão indígena que visa integrar o homem e a natureza de forma respeitosa

<sup>156</sup> BRANDÃO, op. cit., p. 137.

e não resume a qualidade de vida ao nível de consumo ou posses materiais, nem ao simples desenvolvimento por meio do crescimento econômico (Gudynas, 2011c, p. 2; Dávalos, 2009, p. 5/7).

A positivação do Sumak Kawsay cumpre dois objetivos: no campo simbólico, dá destaque à visão de mundo daqueles que foram marginalizados e excluídos; no plano econômico, aponta os equívocos do desenvolvimentismo, a partir da realidade periférica (Tortosa, 2009, p. 5). Na perspectiva de Houtart, o Bem-viver tem uma dupla função: faz uma crítica ao modelo econômico vigente ao mesmo tempo em que propõe alternativas de reconstrução política, social e cultural da sociedade (Houtart, 2011, p. 5).<sup>157</sup>

Por sua vez, a *Pachamama* (mãe-terra) permite a titularidade de direitos por elementos da natureza, dificultando ainda mais a clássica visão da legitimidade do poder constituinte, conforme o que se demonstra:

A Constituição do Equador, além de mencionar a Pachamama no seu preâmbulo, normatiza que a natureza é sujeito de direitos nas hipóteses que a própria Constituição reconheça (art. 10), como tal, contudo, é no título II (Dos Direitos) que se encontram, sem dúvidas, os artigos paradigmáticos em relação aos Direitos da natureza. Diz-se que a Pachamama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem Direito a que se respeite integralmente a existência, a manutenção e a regeneração de seus ciclos vitais, estruturas, funções e processos evolutivos, de forma que qualquer pessoa, comunidade ou povo, pode exigir o cumprimento dos Direitos da Natureza (art. 71).<sup>158</sup>

A partir da constitucionalização dessas cosmovisões podemos perceber grandes impactos no que diz respeito à composição do Estado, não somente no reconhecimento de várias nacionalidades ou povos pensados dentro de um Estado plurinacional, mas também sob a ótica de um pluralismo jurídico. Entende-se por pluralismo jurídico “a existência de mais de um sistema jurídico dentro de um mesmo Estado, sistemas esses que coexistem. Neste contexto o Estado não é o único criador da norma, pois ela também emana de outras autoridades”<sup>159</sup>. Assim, temos que essas Constituições foram responsáveis por implementar “[...] novas e diversas formas de participação política, como

---

<sup>157</sup> Ibidem , p. 99.

<sup>158</sup> Ibidem , p. 117.

<sup>159</sup> OLIVEIRA, Jadson Correia de; ALVES, Vanessa Estevam. Estado moderno e pluralismo jurídico: uma análise dentro do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, n. 30, p. 89–106, 2018, p. 94. Disponível em: <https://bit.ly/3g7JPfz>. Acesso em: 01 jun. 2020.

a democracia comunitária, os referendos, as consultas e o reconhecimento das eleições e da autoridade indígena, de acordo com o seu próprio Direito e procedimento, que antes era monopólio do Estado”<sup>160</sup>.

Nesse sentido, o novo constitucionalismo busca se fundamentar na diversidade, na interculturalidade, e no reconhecimento da multidão de subjetividades que irão compor o Estado, ampliando as formas de participação democrática, preocupando-se com uma legitimidade efetivamente democrática, recuperando, inclusive, a origem democrática-radical, e garantido a participação de setores até então excluídos dos processos políticos da América Latina<sup>161</sup>. Percebe-se, então, que esse constitucionalismo não está fundamentado e legitimado

[...] em um contrato hipotético, através do qual se dá a alienação das potencias políticas por meio de um “contrato social” onde as diferenças são afastadas por uma pretensa “vontade individual”. Do mesmo modo, não estão ancoradas na soberania do Estado, no qual “as diferenças são limitadas, unificadas e homogeneizadas por uma decisão transcendente”. O fato gerador deste processo está na própria dinâmica da multidão de singularidades e de suas distintas formas de organização e visão de mundo, através de um encontro intercultural onde se estabelece uma outra construção ético-política.<sup>162</sup>

Como se percebe, o Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano apresenta elementos próprios, que fogem do eurocentrismo convencional e pregam uma nova forma de descolonização dos povos indígenas. Conforme visto, tal grupo étnico, por mais que não formasse uma minoria numérica, sem dúvidas faz parte de uma minoria social, que seria aquele grupo sem representatividade e sem manifestação diante do poder soberano representado pelas classes aparentemente dominantes.

Postas essas premissas, figura-se interessante a situação da titularidade do poder constituinte no Novo Constitucionalismo, afinal, a mãe-terra (Pachamama), enquanto elemento natural, seria uma forma de manifestação da soberania? E, caso positivo, tal fenômeno estaria mais próximo do conceito de povo ou de nação?

Não se tem a pretensão de dar uma resposta fechada às perguntas elaboradas, mas sim procurar uma reflexão sobre as peculiaridades apresentadas. Nesses casos, insta frisar a lição de Geordes Burdeau, qual bem afirma que não teria como se falar em um

---

160 BRANDÃO, op. cit., p. 28.

161 BERNARDES, op. cit.

162 Ibidem, p. 244.

poder constituinte abstrato, visto que sempre se estaria referido a um povo, a um grupo ou a um indivíduo<sup>163</sup>. Em outras palavras, as circunstâncias históricas são condicionantes para conceituação de um poder constituinte.

No caso latino-americano, a circunstância histórica é de promoção não só dos indivíduos esquecidos, mas também de reconhecimento de um bem-estar coletivo e da natureza como titular de direitos, afastando o clássico antropocentrismo. De fato, há um giro Copérnico, tirando o homem como centro do ordenamento e colocando-o no meio da proteção, juntamente com a natureza, não como explorador, mas como parte dela. Nesse sentido de transcendência, pode-se compreender que há um direito natural, titular da manifestação soberana, que se manifestou nas cartas constitucionais da Bolívia e do Equador. Assim, há uma relação com aquele sentimento ideal do Abade Sieyès, da titularidade do poder constituinte para a nação, tendo em vista os interesses permanentes de uma comunidade. A diferença seria que o interesse não seria interesse permanente só da própria comunidade, mas também da própria natureza.

De certa forma, a crítica realizada no início, de que a tese da nação não poderia prosperar em virtude dos desvios na classe dominante, merece ser mitigada. Nesses ordenamentos jurídicos, para afastar a crise de legitimidade, a cosmovisão indígena encontra participação não somente no Parlamento, mas na própria Corte Constitucional, o que permite que os mais variados setores da comunidade interpretem a Constituição a partir dos seus valores e das suas convicções.

Portanto, a manifestação do Poder Constituinte não será pontual e acabada, mas permanece constante e ativa, diminuindo a crise de legitimidade que os países da América do Sul tanto padecem.

#### **4. A COSMOVISÃO INDÍGENA**

As velhas formas de manifestação do constitucionalismo, bem como o constitucionalismo contemporâneo conhecido como neoconstitucionalismo, concretizam privilégios, prerrogativas e garantias para as classes detentoras do poder econômico e político, entendendo que as culturas não eurocêtricas como submissas e subordinadas ao modelo traçado. Portanto, a perspectiva da pluralidade, do diálogo e da multiculturalidade, cede espaço para uma cultura monolítica.

É justamente com o intuito de superar essa visão opressora que o Novo Constitucionalismo propõe

---

<sup>163</sup> SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit.

[...] novas alternativas para resolução desses conflitos, priorizando perspectivas que foram ignoradas ao longo da história jurídica em nosso continente, bem como demarcando o espaço reivindicatório e transformador do Constitucionalismo, que se aproxima da Democracia, ao contrário do discurso jurídico formado historicamente, revelador de um Direito Constitucional comprometido com a manutenção dos privilégios e sem o intuito de combater desigualdades sociais e de positivar concepções de mundo não eurocêntricas. 164

Os povos indígenas, de acordo com essa concepção latino-americana, representam os setores menosprezados que foram constantemente excluídos não somente do processo de aplicação, mas da própria forma de produção do Direito. Guardam similaridade com os quilombolas brasileiros, os negros africanos, os desempregados espanhóis e gregos, as feministas latino-americanas, os membros das comunidades tradicionais em qualquer parte do mundo e também das próprias comunidades indígenas brasileiras, guardada as devidas proporções, já que em menor escala.

A cosmovisão indígena, que é uma forma de compreensão do mundo dos indígenas, está diretamente entrelaçada com uma nova concepção de economia. Em uma comunidade tão diferente e de profundas e marcantes desigualdades sociais, o fenômeno passa a colocar em xeque o motivo pelo qual o discurso afiliado às forças econômicas era normalmente o discurso vencedor nas disputas jurídicas e políticas em nosso continente. Veja-se o caso do *Sumak Kawsay* que se apresenta como um modo de vida que se “[...] distância do padrão enraizado na modernidade e no crescimento econômico. Afasta-se do individualismo, do lucro, do consumismo, da utilização da natureza como objeto de mercantilização, etc”<sup>165</sup>. Enquanto, de acordo com o que nos apresenta Pedro Brandão<sup>166</sup>, “Pachamana e Bem-viver [*Sumak Kawsay*] são expressões de ‘ecologia dos saberes’, que mesclam o saber indígena (ancestral), com o eurocêntrico (moderno, progressista), e tem como base a pluralidade do conhecimento – para além do científico”.

Diante disso, temos que a Pachamama é

una deidad protectora – no propiamente creadora, interesante diferencia – cuyo nombre proviene de las lenguas originarias y significa Tierra, en el sentido de mundo. Es la que todo lo da, pero

164 BRANDÃO, op. cit., p. 11.

165 FURLANETTO, Taísa Villa. **O constitucionalismo transformador latino-americano: implicações na restauração e reparação do dano ambiental**. 2014. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Caxias do Sul, 2014, p. 56. Disponível em: <https://bit.ly/38c2SCs>. Acesso em: 06 jun. 2020.

166 BRANDÃO, op. cit., p. 102.

como permanecemos en su interior como parte de ella, también exige reciprocidad, lo que se pone de manifiesto en todas las expresiones rituales de su culto. Con ella se dialoga permanentemente, no tiene ubicación espacial, está en todos lados, no hay un templo en el que vive porque es la vida misma. Si no se la atiende cuando tiene hambre o sed, produce enfermedades. Sus rituales, justamente, consisten en proporcionarle bebida y comida (challaco). 167

Enquanto *Sumak Kawsay*, como já dissemos, representa um modo de viver, onde a qualidade de vida não pode ser medida, ou se for, é insuficiente, pelos benefícios econômicos das coisas. É, sim, uma

[...] concepción de la vida alejada de los parámetros más caros de la modernidad y el crecimiento económico: el individualismo, la búsqueda del lucro, la relación costo-beneficio como axiomática social, la utilización de la naturaleza, la relación estratégica entre seres humanos, la mercantilización total de todas las esferas de la vida humana, la violencia inherente al egoísmo del consumidor, etc. El buen vivir expresa una relación diferente entre los seres humanos y con su eterno social y natural. El buen vivir incorpora una dimensión humana, ética y holística al relacionamiento de los seres humanos tanto con su propia historia cuanto con su naturaleza.<sup>168</sup>

Note-se que cosmovisão indígena foi responsável por mudar a forma como a natureza é concebida dentro de um sistema jurídico. Não se trata mais de um objeto, mas de uma divindade protetora, onde a vida se reproduz e se realiza, estabelecendo uma norma forma de se relacionar com os seres humanos. É, portanto, sujeito de direitos.

Nesse sentido, tendo em vista que o Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano é uma tentativa de resposta ao neoliberalismo e às concepções jurídicas atreladas ao capital econômico que tendiam a prevalecer no lugar de concepções jurídicas descolonizantes e plurinacionais. Como consequência desse processo, surgem novas formas de propriedade, que combatem o latifúndio e a concentração de riquezas, e de democracia, positivadas nas Constituições da Bolívia e do Equador.

Portanto, pode-se entender que a clássica dicotomia da titularidade do poder constituinte enquanto povo ou nação não se adapta perfeitamente ao Novo Constitucionalismo apresentado, que, diante da cosmovisão indígena, permite um

---

167 FURLANETTO, op. cit., p. 49.

168 Ibidem, p. 57.

aprofundamento no direito natural e na aceitação da natureza enquanto sujeito de direitos em detrimento do antropocentrismo. Em outras palavras, atribuir direitos à elementos naturais seria compreender uma nova forma de manifestação do poder constituinte, que até tem caráter permanente, mas é inato e natural, não se confundindo com os conceitos de povo e nação.

## 5. DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL: COOPERAÇÃO SOCIAL

A proteção ao meio ambiente ocorre das mais variadas formas, desde que se busque preservar e promover os aspectos relacionados à vida. Aliás, do próprio conceito adotado pela Lei nº 6.938/81169, pode-se extrair no inciso I do art. 3º que o “meio ambiente é 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”.

Portanto, sabe-se que o objeto de estudo do Direito Ambiental é o meio ambiente, o que implica, em última análise, nas possíveis formas de proteção à vida. Nesse modo de avaliar, os recursos naturais não estariam sujeitos de direito, mas, sim, objetos de tutela ambiental com finalidade de garantir os direitos dos sujeitos de direito, imprescindíveis para que a dignidade da pessoa humana fosse assegurada.

Ocorre que a alteração de paradigma metodológico sobre a forma de compreensão dos recursos minerais deve alteração a forma de visão antropocêntrica para uma essencialmente egocêntrica. Nessa forma de avaliação, a ser humano deixa de ser o principal centro de análise e cede espaço para proteção das outras formas que também integram a natureza, o que pode permitir uma configuração de direitos e deveres recíprocos para os próprios recursos ambientais em espécie.

Apesar de não ser, essencialmente, uma novidade no campo do Direito Ambiental – a visão egocêntrica – a forma de apresentação do Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano coloca, diretamente, o meio ambiente como um sujeito de direitos aptos a exigir, por si só, tanto uma tutela positiva quanto uma tutela negativa. Em suma, os recursos naturais deixariam de servir para também serem servidos, permitindo, dentre outras formas, a proteção jurídica independentemente de outro titular.

Sendo assim, o Novo Constitucionalismo está apto para implementar uma efetiva forma de cooperação internacional em prol dos interesses do meio ambiente. Nesse sentido:

Além dos princípios gerais do Direito Internacional, o meio ambiente conta também com alguns princípios próprios que visam conciliar as

---

169 BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <https://bitly.com/ZChGK>. Acesso em: 24 mai. 2020.



dinâmicas de proteção e gestão ambiental dos problemas do passado-presente e dos riscos do presente-futuro, ensejando, assim, um necessário diálogo entre diferentes fontes do direito internacional.<sup>170</sup>

Some-se ao princípio da cooperação internacional, enquanto forma de diálogo entre os entes de soberania distinta, os princípios clássicos da prevenção, da precaução, da responsabilidade ambiental e, principalmente, do desenvolvimento sustentável. Todos esses princípios, consagrados pela doutrina e jurisprudência, têm um objetivo em comum, a proteção dos recursos naturais.

O princípio do desenvolvimento sustentável ganha importância pela sua tríplice forma de ataque: a) desenvolvimento econômico; b) justiça social; e c) preservação ambiental, tudo com finalidade de consubstanciar a típica forma de proteção solidariedade social e intergeracional (tutela das gerações futuras).

Nesse sentido, os termos antes citados, *Sumak Kawsaye Pacha Mama*, indicam que a mãe-terra e o bem viver são uma forma de integração não somente da cosmovisão indígena como forma de participação e legitimidade democrática, mas principalmente da conservação do equilíbrio ecológico como forma de preservar a legitimidade democrática das futuras gerações, núcleo da temática do desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, Moura<sup>171</sup> afirma:

Frente a essa inversão abre-se a possibilidade de proteção do meio ambiente não como direito humano, mas como direito “próprio”, inclusive com os povos originários sendo capazes de pleitear e ser representados através dos mecanismos democráticos em defesa de sua cosmovisão do bem viver, que prioriza a Pachamama em relação ao indivíduo na medida em que ela é condição para toda a vida no planeta.

O novo constitucionalismo latinoamericano aponta assim na direção do pluralismo e da interculturalidade com vistas à emancipação e a uma vida digna, em harmonia, respeito e equilíbrio com a natureza.

---

170 ÁLVAREZ, Ana Muniz. **Elementos para a discussão sobre a pertinência da criação de uma Corte Internacional para o Meio Ambiente: da responsabilidade internacional do Estado à solução pacífica de controvérsias em matéria ambiental**. 2010. 257f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 33.

171 MOURA, Luiza Diamantino. O Novo Constitucionalismo Latinoamericano e o Meio Ambiente: as possibilidades de proteção face ao Direito Ambiental Internacional. *In*: **CONPEDI/UFF**. PARAGUASSI; Monica; MENEZES, Wagner; RAIZER, Valesca; MOSCHEN, Borges (org.). *Direito Internacional*. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 27.

Para tanto, contudo, é preciso que essa concepção do bem viver seja colocada em prática, com uma cosmovisão marcada pela solidariedade, focada nas coletividades presentes e futuras e orientada para resolução dos problemas culturais e sociais. Para isso é importante descolonizar o saber, introduzir uma plurinacionalidade real, reestabelecer a harmonia com a natureza – inclusive no que tange ao modelo econômico – e introduzir os direitos da natureza no Direito Internacional.

Deve-se atentar para o fato de que o desafio é grande, mas não impossível. Afirma-se isso por conta da configuração do direito internacional moderno. Sabe-se que há uma íntima relação entre Estado moderno e Direito Internacional, sendo aquele sujeito, por excelência, deste. Essa relação decorre do fato de que “[...] o surgimento e o fortalecimento do Estado-nação moderno marca a gênese do Direito Internacional: este surgiu com o objetivo primeiro de coordenar as relações entre os Estado [...]”<sup>172</sup>. Historicamente, a partir do final do século XVI e início do século XVII, tem-se a assinatura dos tratados de Westfália, onde se reconhece, pela primeira vez no plano internacional, o princípio da igualdade formal dos Estados e a exclusão de qualquer outro poder a eles superior, o que marca o surgimento do Direito Internacional Público como conhecemos hoje, uma ciência autônoma e sistematizada. Assim, pode-se afirmar que

se o Estado moderno se constitui a partir de então e marca a modernidade (e sua essência uniformizadora, narcísica e hegemônica europeia), o direito internacional, como construção moderna, pressupõe a existência de Estado nacionais.<sup>173</sup>

Nesse cenário, faz-se importante relembrar os pontos anteriormente trazidos pelo Constitucionalismo, dado sua, também, estreita relação com o Estado moderno. Apontamos que essa relação propõe a afirmação de um Estado unificador, um projeto homegeneizador, estabelecido diante de um monismo jurídico. Os fundamentos últimos desses Estados aparecem como decorrência do poder constituinte que possuem como titular a nação ou povo. Evidenciando, desse modo, que o ordenamento tem como ponto central o ser humano, estabelecendo uma visão antropocêntrica excludente.

---

172 AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. O Estado plurinacional da Bolívia e do Equador: matrizes para uma releitura do direito internacional moderno. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, *[S. l.]*, v. 17, p. 263–276, 2011, p. 265. Disponível em: <https://bityli.com/x9Dqv>. Acesso em: 5 jun. 2020.

173 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 97.

Nesse sentido, temos hoje que o direito internacional é reflexo do direito moderno, do Estado moderno, uma vez que, conforme Magalhães<sup>174</sup>, reproduz o caráter uniformizador, hegemônico, excludente e racista, bastando, para sua constatação, a leitura do tratado de Versalhes e a Carta da Nações Unidas nos artigos referentes ao Conselho de Tutela, por exemplo, não esquecendo, ademais, da União Europeia, com suas políticas econômicas uniformizadas, sistema de defesa e uma identidade nacional a partir do rebaixamento do outro, bem como do sistema de controle sobre as pessoas representado pelo sistema de segurança interno da União Europeia.

A reformulação do direito internacional, portanto, é fundamental. Deve-se estabelecer um arranjo onde não se tenha espaços para hegemônias. Como bem alerta Magalhães<sup>175</sup>:

O domínio econômico do capitalismo global, hoje uma realidade, não se sustenta mais do que quatro décadas. É impossível sustentar o ritmo de exploração dos recursos naturais e o comprometimento do meio ambiente com o atual modelo de crescimento do qual depende a economia global para geração de riquezas e empregos.

Nesse caminho, o novo constitucionalismo pluralista latino-americano representa um grande passo para essa mudança, não só como modelo, mas também como interlocutor, a partir do Estado Plurinacional, do diálogo internacional sobre o meio ambiente.

Diante disso, o diálogo internacional terá um novo sujeito de participação: a cosmovisão indígena. Assim como se conseguiu alçar voo para se fazer legitimar as ideias indígenas nas Cartas Constitucionais, seria decorrência lógica o crescimento dos influxos dos seus ideais no cenário internacional. Inclusive, talvez seja tal prestígio o que falta para uma efetiva melhora nas condições ambientais, o respeito e a abertura ao diálogo àqueles que não somente estão mais perto dos recursos naturais, mas realmente vivem, na prática, a realidade ecológica.

A cosmovisão indígena poderá, então, levar tanto a compreensão da *Pachamamai* (mãe-terra), onde se reproduz e se realiza a vida, em que a natureza possui um valor próprio, estabelecendo-se uma visão biocêntrica, quanto a compreensão do *Sumak Kawsay* (*Buen Vivir*), relacionado a uma lógica nova de interação com a natureza no que diz respeito à produção e ao desenvolvimento.

---

<sup>174</sup> Ibidem.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 37.

Por fim, fica claro que tudo isso irá refletir numa nova forma de diálogo internacional e uma maior cooperação social entre as diversas entidades internacionais, já que todas estariam envolvidas pelo espírito de preservação ambiental.

Em síntese, prestigiar o conhecimento da cosmovisão indígena é valorizar uma forma de compreensão da natureza que coloca o meio ambiente como sujeito de proteção imediata, sendo que permitir o diálogo internacional é uma das melhores formas de remediar a crise ambiental mundialmente reconhecida.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao iniciar este trabalho científico constatou-se que há uma falta de legitimidade no ordenamento jurídico latino-americano e esse fato acarreta diversos problemas nos Estados, sendo um deles a falta da participação da população na criação e manutenção do poder constituinte e a titularidade desse poder, a desvalorização da cultura desses povos e suas vulnerabilidades sociais e a destruição do meio ambiente do continente sul-americano. Percebe-se que os países em desenvolvimento são os países com maiores problemas ambientais, muito devido à ideia de privatização dos lucros e divisão dos ônus que perpassa a sua exploração desenfreada. Em decorrência desses fatos surge a importância da pesquisa sobre a Titularidade do Poder Constituinte e o movimento do Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano com foco no Direito Ambiental Internacional como forma de legitimar os atos dos detentores do poder de forma democrática e participativa, como também combater a exploração predatória do meio ambiente.

Diante desses fatos, um dos objetos analisado foi o problema da titularidade do Poder Constituinte o qual passa pela compreensão do que se entende por soberania, bem como dos fenômenos pré-jurídicos impulsionadores e, em última análise, pelo embasamento filosófico do que seria uma dominação justa, utilizando os conceitos de nação e povo de acordo com a visão de Abade Sieyès e Jellineck, respectivamente, como resultado dessa dicotomia entre nação e povo observou-se a importância do novo Constitucionalismo Pluralista para prover uma análise mais fidedigna do continente sul-americano.

Continuando, o próximo objeto analisado foi o Novo Constitucionalismo pluralista latino-americano o qual trouxe destaque para pontos como uma nova relação entre democracia e constitucionalismo participativa, com mecanismos e um pluralismo jurídico como forma de descolonizar, principalmente, os povos indígenas e uma visão egocêntrica para o desenvolvimento econômico, afastando a clássica visão eurocêntrica.

Outro ponto analisado foi a cosmovisão indígena com intuito de agregar o ordenamento jurídico para reconhecer a existência de uma autoridade natural apta a conservar o equilíbrio ecológico e os demais recursos naturais, sendo que a dominação

fática do meio ambiente não se daria pelos homens, mas sim natural (pré-jurídico). O *Sumak Kawsaye* e a *Pachamama* resgatam esse primeiro nível e vão além, permitindo que o pluralismo envolva os setores dominantes e quebrem o temido *status quo*.

Dessa forma, o Novo Constitucionalismo Pluralista rompe aquela tradição de valorizar somente a visão europeia, bem como a nortista e a antropocêntrica e permite que vozes até então emudecidas possam influir de maneira concreta na sua própria forma de representação. Assim, as formas de proteção ao meio ambiente deixam de ser vistas como um reflexo do direito, uma forma secundária de proteção, para se tornar protagonista nas questões ambientais.

O Bem-viver e a Mãe-terra podem ser considerados como parte da titularidade do Poder Constituinte Latino-Americano, desconstruindo a bipartição de “povo” e “nação” para resgatar os ideais do direito natural e da autoridade natural. Agregando, portanto, novos valores ao ordenamento, especialmente aqueles relacionados com a proteção ambiental, permitindo que os setores, até então dominados, tenham uma efetiva representação da realidade fática, sendo, então, representadas de forma mais fidedigna e não somente como extrato de uma elite classista. É por esse motivo que o Novo Constitucionalismo Pluralista tem como missão precípua orientar um novo modelo sociedade onde os atores sociais, que historicamente foram marginalizados, possam ser protagonistas de seus destinos. Assim, tirar a forma de concepção reinante para privilegiar a cosmovisão indígena pode permitir uma nova forma de ponderação dos custos ambientais e a forma de internacionalização deles na cadeia econômica-produtiva. Esses ideais chegarão à sociedade internacional em forma de diálogo internacional, onde a cosmovisão indígena apresenta-se, a partir do Estado plurinacional, como novo ator internacional, permitindo que se concretize uma cooperação internacional a favor da proteção ambiental.

Não se nega que, na prática, problemas permanecerão, já que tratar da crise de legitimidade é tratar do eterno influxo entre representantes e representados, dominantes e dominados. De toda forma, cumpre ressaltar que há um avanço nítido em pelo menos dois aspectos: a inclusão/valorização do multiculturalismo e a o entendimento de que a natureza pode ser titular de direitos e atuar ativamente na formulação do Poder Constituinte.

## 7. REFERÊNCIAS

AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. O Estado plurinacional da Bolívia e do Equador: matrizes para uma releitura do direito internacional moderno. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, [S. l.], v. 17, p. 263–276, 2011. Disponível em: <https://bityli.com/x9Dqv>. Acesso em: 5 jun. 2020.

ÁLVAREZ, Ana Muniz. **Elementos para a discussão sobre a pertinência da criação de uma Corte Internacional para o Meio Ambiente: da responsabilidade internacional do Estado à solução pacífica de controvérsias em matéria ambiental**. 2010. 257f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

BERNARDES, Márcio de Souza. **A (re) invenção do comum no novo constitucionalismo latino-americano: ecologia política, direito e resistência na américa latina**. 2017. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://bityli.com/LUdmn>. Acesso em: 6 jun. 2020.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolla; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 1º ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Tradução de: Carmen C, Varriale *et al.*

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama)**. 2013. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: <https://bityli.com/8MaWz>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <https://bityli.com/ZChGK>. Acesso em: 24 mai. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FRÓES, Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça; DUARTE, Aimée Schneider. O novo constitucionalismo na américa latina: sobre poderes e limites. In: CALAZANS, Márcia Esteves de; CASTRO, Mary Garcia; PIÑEIRO, Emilia (org.). **América Latina: Corpos, trânsitos e resistências**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, p. 29-54.

FURLANETTO, Taísa Villa. **O constitucionalismo transformador latino-americano: implicações na restauração e reparação do dano ambiental**. 2014. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Caxias do Sul, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/38c2SCs>. Acesso em: 06 jun. 2020.

GARCIA, Marcos Leite. As Origens da Teoria do Poder Constituinte: O Abade Sieyès e a Revolução Francesa. **Revista Brasileira de História do Direito**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1 - 18, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/31rI8FM>. Acesso em: 02 jun. 2020.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 5. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A titularidade do poder constituinte**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VII, n. 16, 2004. Disponível em: <https://bityli.com/8EFM8>. Acesso em: 25 mai. 2020.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Curitiba: Juruá, 2012.

MOURA, Luiza Diamantino. O Novo Constitucionalismo Latinoamericano e o Meio Ambiente: as possibilidades de proteção face ao Direito Ambiental Internacional. *In*: **CONPEDI/UFF**. PARAGUASSI; Monica; MENEZES, Wagner; RAIZER, Valesca; MOSCHEN, Borges (org.). Direito Internacional. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 395-423.

OLIVEIRA, Jadson Correia de; ALVES, Vanessa Estevam. Estado moderno e pluralismo jurídico: uma análise dentro do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, n. 30, p. 89-106, 2018. DOI: 10.20912/rdc.v13i30.2738. Disponível em: <https://bit.ly/3g7JPfz>. Acesso em: 01 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Novembro, 2021

## OS FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

**JACQUELINE VITÓRIA VALÉRIO DANTAS:**

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro<sup>176</sup>.

ANTONIO DE LUCENA BITTENCOURT NETO<sup>177</sup>

(orientador)

**Resumo:** Cada indivíduo possui uma forma de envelhecer diferenciada, visto que é um processo natural, acompanhada de mudanças internas no corpo do indivíduo levando em consideração seus hábitos, qualidade e estilo de vida e todas as variáveis que impactam diretamente no seu envelhecimento na sociedade brasileira. Com isso, na velhice o indivíduo pode encontrar diversas particularidades que podem reduzir o tempo de vida, tais como escassez de assistência médica, psicológica e de subsistência. Este artigo tem como principal objetivo analisar, através do ordenamento jurídico brasileiro, as medidas legais de proteção à pessoa idosa, como tentativa de prevenção aos maus-tratos e violência doméstica por parte da família e terceiros. Trata-se de uma pesquisa qualitativa realizada em plataformas como Scielo e JurisBrasil para descrever quais são os tipos de violência cometidos contra os idosos e como a lei pode auxiliar na prevenção dessas agressões ou violências.

**Palavras-chave:** Idosos. Legislação. Direito.

**Abstract:** Each individual has a different way of aging, since it is a natural process, accompanied by internal changes in the individual's body taking into account their habits, quality and lifestyle and all the variables that directly impact on their aging in Brazilian society. With this, in old age the individual may encounter several particularities that can shorten his life span, such as lack of medical, psychological, and subsistence assistance. The main purpose of this article is to analyze, through the Brazilian legal system, the legal measures for the protection of the elderly, as an attempt to prevent mistreatment and domestic violence by family and third parties. This is a qualitative research carried out in platforms such as Scielo and JurisBrasil to describe what types of violence are committed against the elderly and how the law can assist in preventing such aggression or violence.

**Keywords:** Elderly. Legislation. Law.

---

176 E-mail: [Jacquelinevictoriadantas@gmail.com](mailto:Jacquelinevictoriadantas@gmail.com)

177 Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí-Univali. E-mail: [antoniodelucena@hotmail.com](mailto:antoniodelucena@hotmail.com)



**Sumário:** 1. Introdução; 2. Idosos no Brasil; 2.1 Envelhecimento Contemporâneo; 2.2 Processo de envelhecimento da população brasileira; 2.3 Políticas Nacionais voltadas para a terceira idade; 3. Violência contra o idoso; 3.1 Violências no âmbito familiar; 3.2 Violência extrafamiliar; 4. Direito e proteção ao idoso; 4.1 Direitos fundamentais perante o Estatuto dos Idosos (Lei 10.741/2003); 4.2 Ordenamento jurídico e cumprimento das leis de proteção; 4.3 Ordenamento jurídico e cumprimento das leis de proteção; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil está entre os países que mais têm idosos no mundo. Com o aumento dessa população de idosos também vem crescendo a necessidade de acolher e proteger esse público de todas as agressões e vulnerabilidades que o indivíduo pode se expor por estar em uma idade que já não há forças tanto físicas quanto intelectuais para criar mecanismos de autodefesa, visto que o grau de dependência com pessoas ao redor aumenta proporcionalmente com a idade.

Com esse fenômeno também cresce a quantidade de idosos que passam por violência tanto dentro de casa, cometida por familiares, vizinhos e cuidadores, quanto por parte de instituições como asilos e casas de saúde. Os tipos de violência praticadas são diversos: negligência, abandono, ausência de higiene, falta de transporte, atendimento limitado por instituições bancárias, locais públicos ou privados. Visto que o idoso, assim como discrimina na Constituição Federal, possui o direito à vida, liberdade, respeito, alimentos, dignidade, saúde.

Este artigo tem como principal objetivo analisar as medidas de proteção à pessoa idosa com tentativa de prevenção aos maus tratos e violência doméstica cometidos pela família ou por terceiros.

Como objetivos específicos busca-se descrever como a Lei n.10.741/2003 garante a proteção à integridade dos idosos brasileiros; apontar os tipos de violência doméstica e maus tratos sofridos pela população idosa brasileira; Listar as possíveis sanções ou punições para quem é acusado de crime de maus tratos aos idosos e como garantir, dentro da legislação, que o idoso tenha essa proteção garantida.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa realizada nas plataformas de pesquisa de dados tais como Scielo e nas plataformas jurídicas como a JurisBrasil. Como critério de pesquisa, foram selecionados estudos e livros publicados entre os anos de 2015 a 2020.

## 2 IDOSOS NO BRASIL

### 2.1 Envelhecimento Contemporâneo

A compreensão sobre envelhecimento ou velhice está relacionada a procedimentos específicos que acontecem no decorrer da vida de uma pessoa. Com isso, entende-se que o envelhecimento está voltado para um processo intrínseco da condição humana, isto é, não é apenas algo que acontece em uma etapa da vida de um indivíduo, acontece de forma contínua e se inicia desde o momento que nascemos, entretanto, a velhice é a etapa que ocorre quando alcança-se uma idade avançada, no qual sofre-se todos os processos do envelhecimento em direção ao "não existir". A sinonímia dessa palavra denuncia uma denegação de algo irreversível que diz sobre cada um na humanidade, envolvendo seu tempo de recém-nascido ao ser ancião (SANTOS; MOREIRA; CERVENY, 2019, p.23).

Dessa maneira, o envelhecimento aponta características universais, por ser algo comum e natural a todos seres humanos, visto que não depende da vontade do ser humano envelhecer ou não. Por isso, é um processo irreversível apesar de todo o avanço da ciência e da medicina no rumo da estética, saúde e bem-estar. Dentro dessa visão, a globalização colabora para a redução dos impactos do envelhecimento, mas não impedem de a pessoa passar pelo processo do envelhecimento, visto que seu organismo não é mais o mesmo, bem como o desempenho do seu corpo e dos seus ossos, apresentando necessidade de cuidados a mais para se manter bem (DUARTE et al., 2018, p. 44).

Devido ao mundo estar em processo de evolução de forma contínua, junto do avanço da modernidade com mudanças rápidas. As transformações e descobertas afetam diretamente na vida das pessoas e na forma como estas passam a viver, impactando a economia e ocasionando transformações sociais, colaborando o aumento de incertezas de um envelhecimento seguro, com acolhimento tanto da sociedade quanto de políticas públicas capazes de incluírem os idosos em programas que o protejam e ofereçam condições de vida adequadas (FREIRE; SOMMERHALDER, 2017, p.34).

Com isso, o aumento dessas incertezas gera cada vez mais dúvidas na população que envelhece a cada dia, visto que a falta de tempo, em prol de uma vida laboral ativa e maçante, colabora para o surgimento de dificuldades na interação com o outro e na maneira da sociedade se relacionar, resultando em solidão e ansiedade por parte da população idosa atual (FREIRE; SOMMERHALDER, 2017, p.35).

Pode-se afirmar que os desafios que envolvem a população idosa ocorrem em âmbito tanto local, quanto nacional e global. Superar esses desafios e obstáculos requer com que ocorram planejamentos inovadores e reformas políticas que melhorem substancialmente a forma como os idosos atuam na sociedade atual, permitindo com que melhorias possam ser cumpridas. Por isso que a Declaração Universal dos Direitos se preocupou em estabelecer dentro do seu art. 25 que toda pessoa idosa possui o direito de ter um padrão de vida capaz de oferecer para si mesmo e para sua família condições básicas para viver, adquirindo alimentos, vestuário, habitação, bem como acesso à saúde e obtendo serviços sociais que possam colaborar com a sua qualidade de vida, assegurando

a esta pessoa idosa o direito à segurança em casos de desemprego, invalidez, doença ou viuvez, além de outras formas de perdas de subsistência (AMARAL, 2019, p.18).

Com isso, perante a Organização Mundial de Saúde (OMS) considera que são pessoas idosas todas que possuem a idade a partir de 60 anos, entretanto em países considerados desenvolvidos essa idade aumenta para 65 anos, pois acredita-se que somente depois dessa idade que o indivíduo precisa de mais atenção de todos a sua volta por causa das mudanças fisiológica que todos começam a apresentar (BRASIL, 1994).

## **2.2 Processo de envelhecimento da população brasileira**

O crescimento humano dentro da atualidade é considerado como um fenômeno mundial, que acontece de forma natural que está relacionada com toda a humanidade. Esse fenômeno pode ser uma resposta ao uso de tecnologias que colaboram para o bem-estar e qualidade de vida das pessoas, como o avanço de inovações que colaboram com a longevidade através da subsistência e de mecanismos científicos que criam cada vez mais novas medicações em combate ao envelhecimento retardando efeitos que são decorrentes do envelhecimento do corpo humano (FELIX, 2017, p. 67).

Com base nisso, pode-se afirmar que envelhecer não é o mesmo que se tornar um idoso. Visto que o processo de envelhecimento envolve o ser humano desde o seu nascimento, abrangendo o seu desenvolvimento físico, mental e social. Por outro lado, se tornar idoso é entrar dentro de uma faixa etária que pode envolver a sua independência ou que carece de maiores atenções por parte de todos que estão a sua volta (MANCUSSI; FARO, 2014, p. 78).

Há na literatura, autores que apresentam diferentes teses sobre o conceito de velhice. Uma delas é a definição estabelecida pela própria OMS, baseando-se na idade cronológica do ser humano, no qual estabelece a idade de 65 anos para países desenvolvidos e 60 para os que estão em desenvolvimento. No Brasil, por outro lado, há uma definição estabelecida pelo Estatuto do Idoso, no qual todo indivíduo superior a 60 anos é considerado como idoso (BRASIL, 2017, s.p.).

Com isso, mesmo com essas interpretações diferenciadas sobre a idade para a pessoa ser considerada idosa, o idoso possui uma idade que é considerada em todo território. Assim, mesmo que a população de idosos estejam voltadas para 14 milhões de pessoas, ultrapassando com isso um número absoluto de quantidade de crianças que possuem até 04 anos de idade, a expectativa de vida do idoso brasileiro é de 73,4 anos, enquanto que nos países mais desenvolvidos a idade chega a 86,1 anos aproximadamente (VERAS, 2015, p. 88).

No entanto, cada indivíduo possui uma forma de envelhecer diferenciada, visto que é um processo natural, acompanhada de mudanças internas no corpo do indivíduo levando em consideração seus hábitos, qualidade e estilo de vida e todas as variáveis que impactam diretamente no seu envelhecimento na sociedade brasileira, que por sua vez, apresenta diversas particularidades que podem reduzir o tempo de vida, tais como escassez de assistência médica, psicológica e de subsistência (MENDES, 2016, p. 56).

No Brasil, a velhice não é percebida somente como uma fase da vida de cada indivíduo, sendo tratada como sinônimo de problema, doença e inutilidade. Na maior parte dessa etapa, o idoso se sente como uma pessoa improdutiva, debilitada e doente, sendo a velhice associada à decadência com total necessidade de ajuda ou dependência (SILVA, 2019, p. 122).

Diferente do que se observa em outras nações desenvolvidas, onde o processo de envelhecimento ocorre de forma gradual, no Brasil, esse processo vem acontecendo de forma rápida e em um espaço de tempo curto, levando em consideração a necessidade de atenção que o cidadão vai desenvolvendo ao decorrer do percurso que acaba se deparando a uma grande carência de atenção para os indivíduos que estão caminhando rumo à terceira idade (SCHINEIDER; IRIGARAY, 2018, p. 88).

Com o declínio funcional, a velhice acaba sendo associada com doenças e perdas visto que o idoso deixa de estar atuante no mercado de trabalho e fica submetido a uma aposentadoria que pode ser insuficiente para oferecer uma qualidade de vida, se comparada quando era atuante no mercado de trabalho, afetando o investimento em saúde e seus próprios cuidados com o avançar de sua idade. Esse idoso sem se considerar útil se torna vulnerável a doenças, maus tratos e dependência grave de terceiros, além da necessidade de polimedicamentos (OMS, 2017, s.p.).

Assim, no Brasil, a fase da terceira idade tem sido tratada como uma etapa de decadência física e falta de papéis na sociedade, sendo um processo gradativo de perdas para o idoso, passando-se a considerar a velhice como algo negativo na vida da população brasileira. Essa visão existe a anos, mesmo com tanta diversidade de medicamentos, alimentos e recursos tecnológicos no país, sendo considerada como uma etapa que ninguém deseja e que acreditam ser detestável. Contudo, não deixa de ser uma experiência individual e intransferível, que pode ser vivenciada de ambas as formas, tanto positiva quanto negativa, dependendo de forma subjetiva da história de vida que cada um traz consigo (SILVA, 2019, p.17).

### **2.3 Políticas Nacionais voltadas para a terceira idade**

A velhice é um processo que ocorre naturalmente, inevitável, no qual todos estão propensos a enfrentar, analisando-se as condições no qual todos estão dispostos a se expor. Uma fase natural da vida de qualquer ser humano, onde o mesmo está passando

por mudanças, tanto no estilo de vida quanto na sua própria saúde ou na forma de se relacionar com a sociedade, onde essas alterações repercutem também a eficiência das funções orgânicas do corpo de uma pessoa (SANTOS; SILVA, 2015, p.43).

Para que ocorra uma compreensão das políticas públicas voltadas para os idosos faz-se necessário que ocorra um conhecimento voltado para as questões sociais que envolvem a velhice nos países latino-americanos, pois ser idoso nesses locais, bem como no Brasil requer rever as condições econômicas que envolvem esses locais, onde o capitalismo envolve a desarticulação e desempoeiramento dessas pessoas na sociedade (LISBÔA, 2016, p.28).

O acelerado envelhecimento da população que se tem notado há pouco tempo em nosso meio tem exigido novos programas e políticas para os idosos, sendo de extrema importância conhecer as características dos idosos nas diferentes regiões do Brasil. No final do século passado, eram estimados 590 milhões de indivíduos nessa faixa etária, sendo projetado para 2025 o montante de um bilhão e duzentos milhões, atingindo dois bilhões em 2050 (FERNANDEZ; SANTOS, 2018, p.154).

No âmbito do envelhecimento da população, vários fatos se relacionam. Os de maior importância são os ligados à saúde e à previdência social que apresentam maiores desafios para o Estado. Segundo as proposições do Banco Mundial, o Brasil está apresentando a "crise da velhice", através do aumento da expectativa de vida, provocando grandes pressões no sistema de previdência social podendo colocar em perigo não exclusivamente a economia dos idosos, mas também o desenvolvimento do próprio país (SIMÕES, 2017, p.111).

Em uma realidade de grandes diferenças regionais e sociais, os idosos não encontram suporte adequado no sistema público de saúde e previdência, acarretando sequelas das doenças crônico-degenerativas, promovendo a perda da autonomia e desenvolvendo incapacidades, diminuindo assim a sua qualidade de vida. Por esse motivo, é fundamental traçar políticas próprias, sendo importantíssimo o conhecimento das necessidades e condições de vida dos idosos (VERAS, 2015, p.65)

O Brasil apresenta vários avanços principalmente com a constituição de 1988, existem outras criações com marcos bastantes importantes como, por exemplo, a criação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) que tinha como propósito garantir os direitos sociais dos idosos, promovendo sua autonomia, participação na sociedade e sua integração. Criação da Política Nacional do Idoso consolidou diferentes conquistas como: Tanto a sociedade como a família e o estado devem assegurar os direitos ao idoso quanto à vida, direitos de bem-estar, defender a dignidade do idoso, garantia da participação na sociedade, direito da cidadania, direito ao alimento; à cultura; à educação; ao lazer e

esporte; ao trabalho e à profissionalização; à assistência social e à previdência; ao transporte e habitação, entre outros. (BRASIL, 1993; BRASIL, 1994; BRASIL, 2003).

Os direitos sociais dos idosos de forma mais específica foram garantidos pelo Estatuto do Idoso, criado pela Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Esse estatuto obriga a sociedade a criar melhorias para promover a autonomia, integração e participação real dos idosos na sociedade, e sugere mudanças necessárias de ações políticas (FERNANDEZ; SANTOS, 2018, p.89).

A Política Nacional do Idoso é, portanto, uma iniciativa do Estado para criar as condições que permitam autonomia das pessoas idosas e interação na sociedade. Também define o limite mínimo de idade para que uma pessoa seja considerada idosa – igual ou superior a 60 anos de idade. Essa legislação também traz outras garantias de direitos que envolvem políticas de saúde, cultura, lazer, habitação, dentre outras, buscando que sejam atendidas as pessoas da terceira idade (BRASIL, 1994)

De acordo com Paschoal (2018, p. 36), um dos grandes desafios da proteção social é o sistema de seguridade brasileira no tocante à qualidade de vida dos idosos. A qualidade de vida dos idosos passou a ser entendida como indicadora de resultados de políticas sociais, considerando que os cuidados com a saúde dos indivíduos, a proteção contra a violência e a garantia de outros direitos básicos somam para uma melhor qualidade de vida da população.

Assim, Queiroz (2017, p.56) afirma que o conceito de qualidade de vida é bastante amplo, podendo estar relacionado à autoestima e ao bem estar do indivíduo. Dentre alguns aspectos determinantes, destacam-se a capacidade funcional, as condições econômicas, os valores culturais, o estilo de vida, o estado emocional, a participação e apoio da família e satisfação com as atividades diárias que realiza.

É direito de todos o desenvolvimento de políticas públicas, para assegurar a dignidade da pessoa humana, se fazendo imprescindível que o Estado as desenvolva. De forma que para Secchi (2016, p. 2) uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público. [...] Uma política pública é uma orientação à atividade ou à passividade de alguém; as atividades ou passividades decorrentes dessa orientação também fazem parte da política pública; uma política pública possui dois elementos fundamentais: intencionalidade pública e resposta a um problema público; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante.

Destarte, Ramos e Schabbach (2015, p.24) afirmam que as fases ou etapas da análise de uma política pública não seguem uma ordenação linear. Essas fases podem interagir ou não entre elas, pois os atores e arenas não são necessariamente estáveis. Podem, portanto, haver alterações e mudanças ao longo do processo de efetivação de uma

iniciativa desse tipo. Ou seja, a política pública é uma engrenagem do processo social e se expressa na realidade por meio de necessidades e demandas sociais. Destaca-se que toda política pública é parte de um ciclo que se inicia antes que a questão se constitua e acaba por formar uma resolução que pode ou não dar solução à demanda posta.

Dessa forma, Lima e D'Ascenzi (2017, p.43) afirmam que o processo de desenvolver uma política pública pode ser, portanto, definido como um ciclo, posto que é constituído pelas fases de formulação, implementação e avaliação. A primeira "é composta pelos processos de definição e escolha dos problemas que merecem intervenção estatal, produção de soluções ou alternativas e tomada de decisão". A fase da implementação consiste na execução das decisões adotadas na etapa prévia. Já a avaliação é a análise dos resultados que a política teve ou não na resolução da questão social que incentivou sua criação.

No Brasil, é a partir da década de 1970 que esse processo vai adquirindo visibilidade. Em 1973, um estudo realizado pelo Ministério da Previdência observa o aumento da população idosa, apontando para a necessidade de criação de políticas sociais. Em 1974, foram criadas leis, programas e projetos voltados para o envelhecimento tais como: Programa de Assistência ao Idoso – PAI, Projetos de Apoio à Pessoa Idosa (PAPI). Diante desse processo do aumento do número de idosos, durante a década de 1970, organizações privadas e públicas intensificam-se suas ações junto à população idosa. O Serviço Social do Comércio (SESC) adota programas para a terceira idade e a Legião Brasileira de Assistência passa a desenvolver programas para idosos de baixa renda (TEIXEIRA, 2018, p.29).

As organizações não governamentais tiveram grande participação na defesa dos direitos dos idosos. O trabalho desenvolvido pelo SESC, pela Associação Nacional de Gerontologia (ANG), pela Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia (SBGG) com influência das agências internacionais como OMS e Organização das Nações Unidas (ONU) e Associação Internacional de Gerontologia (AIG) contribuíram no processo de visibilidade social do envelhecimento (TEIXEIRA, 2018, p.34).

Na década de 1980, foram realizados vários seminários regionais para discutir a questão do idoso com a participação de várias entidades interessadas na criação de políticas sociais para os idosos. Esse seminário gerou um documento intitulado "Políticas para a Terceira Idade nos anos 90", que originou, mais tarde, em 1994, a Política Nacional do Idoso - Lei 8.842 de 1994 (LOBATO, 2016, p.92).

No que se refere à questão das diretrizes para a área da saúde do idoso, a OMS elaborou uma política para o envelhecimento ativo, no ano de 2002. Neste sentido, o Brasil dispõe de um marco legal importante destinado ao segmento idoso que, carece ser implantado. A seguir, estão relacionados alguns exemplos: Lei no 8.842/1994, dispõe sobre a Política Nacional do Idoso e cria o Conselho Nacional do Idoso; Decreto Lei no 1.948/1996, regulamenta a Lei n o 8.842; Lei no 10.741/2003, dispõe sobre o Estatuto do Idoso;

Resolução de Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária Nº 283, aprova o regulamento técnico que define normas de funcionamento para as Instituições de Longa Permanência para Idosos; Portaria no 2.528/2006, dispõe sobre a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa; Portaria nº 399/GM/2006, divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS, e aprova suas Diretrizes Operacionais (MINAYO, 2015, p. 43).

### **3 VIOLÊNCIA CONTRA OS IDOSOS**

A violência pode ser conceituada de diferentes formas, pode ser considerada como um ato violento, constrangimento físico ou moral a alguém, bem como agir ou se comportar de forma brusca de maneira que cause danos ou prejuízos a alguém, na sua integridade, humilhando, de maneira que seja deturpada a sua saúde física e psicológica. Com isso, a violência é constantemente praticada na vida de diversas pessoas, se tornando um desafio até para as autoridades competentes, sendo um instrumento que necessita de implementos como o agir em conjunto, sendo inerente para qualquer comunidade política. Considerando-se que violência e poder são significados opostos, visto que é na desintegração do poder que existe a violência, logo é a manifestação da ausência daquele que acontece este (ARENDE, 2015, p. 8-14).

Por isso que violência é compreendida pela sociedade como um processo social que ao mesmo tempo que é diversificado é relacional complexo. Discrimina-se como relacional porque precisa ser compreendido dentro das relações interpessoais, institucionais e dentro dos arranjos familiares (FALEIROS, 2017, p.2).

Quando o assunto está relacionado ao idoso, a violência cria proporções consideráveis, visto que é uma temática que está cada vez mais sendo discutida na sociedade, levando em consideração que a velhice vai se tornando uma preocupação de toda a população brasileira conforme vai caminhando no seu processo de envelhecimento. A violência que acontece com os idosos, dentro desse contexto, vem se tornando um problema complexo pois impacta a saúde pública, por causar danos físicos, emocionais e até financeiro para o idoso(a), geralmente cometidos por uma pessoa que está sob uma posição de poder, decorrente da dependência deste idoso a esta pessoa, podendo ser um familiar, amigo, vizinho ou até mesmo o próprio cuidador. Pode acontecer em diversos ambientes, tanto em instituições quanto dentro da própria residência do idoso. Em muitos casos o próprio idoso não percebe a violência sendo praticada, principalmente quando este alcança estados de saúde que chega a não ter tanta consciência do que acontece ao seu redor (GROSSI; BARRILI; SOUZA, 2016, p.23-4).

#### **3.1 Violências no âmbito familiar**

A família possui um papel social na vida de um indivíduo, que se pode citar o de apoio, acolhimento, sendo considerado por muitos como um espaço primário de assistência ao idoso, que muitas vezes é o patriarca ou matriarca da família. A família é o



ponto de confiança do idoso, quando este encontra-se com a saúde vulnerável ou debilitada é com a família que o idoso encontra todos os seus cuidados e necessidades atendidos. O que se observa na atualidade, é uma sequência de maus tratos e falta de paciência para dar suporte ao idoso dentro dos lares. Contudo, há casos que o idoso acaba sendo direcionado ao asilamento por falta de acolhimento da família ou por inexistência familiar (CORTELETTI; CASARA; HERÉDIA, 2017, p.45)

Assim, no Brasil, bem como em diversos países, embora a família seja idealizada como o lugar mais adequado para o idoso ficar sob cuidados, a realidade é que é pela família e por cuidadores que acontecem os primeiros maus tratos, sendo estes idosos vítimas de violência doméstica, opressão e domesticação. Essas violências representam a desarticulação das relações de sociabilidade familiar. Ocorre que são nos lares do país que acontecem as maiores negligências, abusos e dificuldades financeiras para cuidar do idoso (LOPES, 2017, p.148).

Com isso, pode-se compreender que no seio da família, o idoso passa a ter uma série de necessidades, que vão do aspecto material ao emocional, passando a ter carência até de informações. Assim, o aspecto material envolve todos os recursos que podem prover uma vida assistida e com qualidade, como acesso à moradia, transporte e serviços de saúde e necessidades básicas tais como se alimentar (CALDAS, 2017, p.67).

A violência na família também vem caracterizada pelo abandono que este idoso passa a obter dos seus familiares mesmo morando sob o mesmo lar. Visto que, a dinâmica do trabalho e vida social acaba deixando os idosos mais isolados, sem companhia dentro de casa. Dessa maneira, o abandono pode ser de dois tipos: total ou parcial. Total quando o idoso mora sozinho e fica sem absoluta atenção de familiares, vizinhos ou conhecidos. Parcial, está relacionado à falta provisória de um responsável, que também deixa o idoso vulnerável a perigos em um tempo determinado. Em ambos os casos, o abandono mesmo que seja em um espaço curto de tempo ou integral é uma violência contra o idoso (RITT; RITT, 2018, p.47).

Geralmente o abandono não se apresenta sozinho, vem junto com a negligência, visto que esses dois fatores quando se unificam geram traumas que tanto poder ser físicos quanto emocionais, se tornando em muitos casos irreversível para a pessoa idosa. Com isso, entende-se que a negligência está relacionada com a falta de atenção e cuidados próprios da senectude, permitindo que este chegue à penúria, ou outro sofrimento físico cometido por ações ou omissão (MARTINEZ, 2015, p.35)

### **3.2 Violência extrafamiliar**

Os maus-tratos que ocorrem com os idosos podem acontecer dentro de casa, em asilos, vias públicas, instituições. Considera-se que maus-tratos é o ato de agredir, obrigar

ou até ameaçar o idoso a este fazer algo que não deseja, pois nessa obrigação o agressor passa a ter um ganho secundário, podendo ocasionar machucados ou até mesmo risco de morte. Por causa disso, alguns teóricos recomendam que criassem um protocolo de atendimento à pessoa idosa para que fosse incluído o rastreamento de situações de violência cometidas contra os idosos (FREITAS, 2016, p.77).

Em asilos pode-se deparar outra problemática, casos de violência diária ao idoso devido a falta de profissionais especializados, escassez de medicamentos, podem ser fatores que comprometem o bem estar do idoso nesses locais. Há também evidências de maus-tratos físicos e psicológicos, visto que as vezes a família com a tentativa de repassar a responsabilidade para terceiros do cuidado com este idoso, procura locais que podem não ser adaptados às necessidades desse indivíduo da terceira idade, passando este a não ser suas necessidades básicas: alimentação e higiene (ARAÚJO, 2018, p.34).

## **4 DIREITO E PROTEÇÃO AO IDOSO**

### **4.1 Direitos fundamentais perante o Estatuto dos Idosos (Lei 10.741/2003)**

Sobre a Lei nº 10.741/2003, conhecida como Estatuto do Idoso, tem como finalidade fortalecer a garantia aos direitos sociais das pessoas idosas. A partir dessa lei foi permitido ao Ministério Público atuar de maneira imediata em favor da efetivação dos direitos. Nela estão contempladas as questões dos direitos fundamentais dos idosos e direcionada a sua proteção. Estabelece ainda as penalidades aplicáveis a pessoas que, por negligência, preconceito, violência, opressão ou outras situações ali definidas como maus tratos, vitimizam de alguma forma a pessoa idosa (BRASIL, 2003).

Assim, o Estatuto do Idoso dá ao idoso o direito de ter suas necessidades atendidas dentro da terceira idade, com seus 118 artigos onde no qual o idoso passa a ser amparado em todos os seus âmbitos, passando a ter: direito à vida, liberdade, respeito, dignidade, saúde, lazer, trabalho e previdência social, transporte. Dentro dessa mesma lei inclui-se o atendimento ao idoso, deixando citado também os crimes que são cometidos e suas respectivas punições (CIPRIANO; SILVA, 2018, p.27).

Assim, os forem maltratados por pessoas próximas ou não destes, podem recorrer ao Estatuto do Idoso para obter acolhimento pois este é um conjunto de medidas que são realizadas para resgatar a integridade e o respeito, bem como viabilizar o exercício da cidadania deste idoso (MARTINEZ, 2015, p.56).

A existência deste Estatuto traz um marco para a vida dos idosos brasileiros, pois traz a consciência que estes idosos poderão exigir os seus direitos perante a sociedade. Pois consciente do que podem exigir e do incorreto de algumas práticas serem cometidas, a lei dá respaldo para que o idoso consiga se proteger recorrendo à lei para que suas necessidades sejam atendidas (UVO; ZANATTA, 2015, p.23).

Assim, o Estatuto do Idoso envolve âmbitos que afetam a qualidade de vida desse indivíduo. Englobando atenção especial para a saúde, transporte e alimentação. Sendo uma obrigação do Estado em fazer com que o idoso passe a ter todo esse suporte e assistência, ficando sujeito a direitos civis, políticos, individuais e sociais, estes que já são garantidos na Constituição. Preservando a esse idoso o direito de ir e vir como qualquer outra pessoa. Assim, o Estatuto não impõe direitos que somente os idosos precisam ter, pelo contrário, ele garante que os idosos possuam os mesmos direitos que todos têm, trazendo isonomia para o atendimento às necessidades dos idosos. Em casos do idoso não tenha condições que possa garantir a sua saúde e sua integridade, este poderá ter auxílio da Assistência Social para sua condição. Bem como atenção dentro de transportes que garantem a gratuidade destes indivíduos maiores de 65 anos, sendo como prioridade no embarque e desembarque (LUFT, 2020, p.47).

#### **4.2 Pessoa idosa e o descumprimento das leis do estatuto**

A forma do idoso ou alguém próximo levar a conhecimento das autoridades competentes os casos de violência são as denúncias que são realizadas, com relatos de casos de maus-tratos, abusos e violência física. O disque denúncia é uma ferramenta valiosa para disponibilizar ao idoso profissionais preparados para lidarem com situações adversas, podendo tomarem as medidas cabíveis para cada situação relatada. Quando comprovado que o idoso está sendo maltratado, o caso passa a ser encaminhado para a Polícia Civil, onde é descrito e elaborado um boletim de ocorrência, dando início a toda essa investigação para que possa ser verificado os fatos, obtendo todos os atos cumpridos, o inquérito passa a ser encaminhado para o Ministério Público que apresenta a denúncia. Com base nisso, este passará a acompanhar todas as ações (DUARTE; SANTOS, 2016, p.65).

No entanto, na maioria dos casos o medo do idoso em ser mais maltratado se o agressor descobre a denúncia, o impede de dar início a todo procedimento, visto que há casos que mesmo o idoso com o caso em investigação ainda vive sob o mesmo teto que o agressor. Apresenta-se, então, uma falha na execução das medidas de proteção ao idoso por parte das autoridades, pois a Justiça nesse caso, não apresenta meios de proteger o idoso de tentativas de maus tratos após a denúncia, visto que este permanecerá no mesmo local que é agredido (FREIRE; TAVARES, 2015, p.33).

#### **4.3 Ordenamento jurídico e cumprimento das leis de proteção**

O crime é conceituado como uma infração penal, esta que por sua vez é prevista mediante lei, que por sua vez pode ser pena de detenção ou de reclusão, sendo de forma isolada, ou alternadamente ou cumulativa com uma pena pecuniária e multa. Dentro do próprio Estatuto do Idoso alguns crimes podem ser citados como novos tais como: art.96 - discriminação bancária, onde no qual retira deste idoso o direito de contratar serviços bancários ou no atendimento passando a não ser atendido de forma isonômica. O art. 97,

descreve a omissão de socorro como uma violência grave ao idoso. Além disso, outras violências são consideradas como o constrangimento ilegal ou a recusa de ceder informações ao próprio Ministério Público (RAMOS, SCHABBACH, 2015, p. 89).

Dentro do art. 93 e 94 o Estatuto indica como norma subsidiária a Lei de Ação Civil, que também pode ser chamada de Lei dos Interesses Difusos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, visto que se aplica o que couber conforme as disposições da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Assim, dentro do art. 94 a lei traz a indicação de que os crimes previstos nesta Lei devem ter a pena máxima aplicável que não ultrapasse os 4 (quatro) anos, aplicando-se também o que couber dentro as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal (CASSOL, SANTOS, 2019, s.p).

Pode-se analisar esse entendimento pelos juizados conforme o que aconteceu no julgamento da ADI 3.096-5, in verbis:

EMENTA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 E 94 DA LEI 10.741/2003. RESTRIÇÃO À GRATUIDADE DO TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE SELETIVOS E ESPECIAIS. APLICABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NA LEI 9.099/1995 AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA IDOSO. 1. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 3.768/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o art. 39 da Lei 10.741/2003. Não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade nessa parte. 2. Art. 94 da Lei n.10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão "do Código Penal e". Aplicação apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei n.9.099/95: Benefício do idoso com celeridade processual. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, art. 94 da Lei n. 10.741/2003.

Assim, pode-se observar que a aplicação do Estatuto do Idoso garante o direito do idoso de ir e vir, bem como de não ser maltratado por instituições, condutores ou empresas de transporte. De forma curiosa, o art. 94 trouxe o dobro da pena de dois anos para quatro anos para os crimes mais graves, mas o que se observa é que não há ao certo o entendimento de isso é benéfico ao agressor ou ao agredido (BOAS, 2015, p.208).

Assim, as disposições finais do Estatuto do Idoso traz consigo alterações que colaboram para o agravamento das condutas que são previstas no Código Penal, Contravenções Penais, Lei dos Crimes de Tortura e na Lei de Entorpecentes. O Estatuto traz dentro do seu art. 97, as punições voltadas para negligência com a alimentação, higiene, amparo, assistência em saúde, no qual coloca o idoso em caso de perigo ou risco iminente

com detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano. Da mesma forma que abandonar o idoso em alguma instituição como hospital, casas de saúde não provendo suas necessidades básicas a pena pode ser de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa. No art. 99 discrimina-se casos mais graves de violência que podem resultar na morte do idoso, como no caso de expor o idoso a perigos sujeitando-o inclusive a trabalhos excessivos, pena de detenção de 2 (dois) a 1 (um) ano e multa; se resultar em lesão corporal, pena de reclusão de 1 (um) ano a 4 (quatro) anos; se ocorrer a morte do idoso, reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos (CASSOL, SANTOS, 2019, s.p).

## **5 CONCLUSÃO**

De acordo com todas as pesquisas realizadas, a violência contra o idoso é um assunto atual, por ser algo que acontece de forma contínua dentro dos lares e instituições. Entende-se que maus-tratos é uma violência, assim como todo tipo de negligência com a saúde desse idoso, com sua higiene ou ainda qualquer omissão que possa afetar o seu acesso básico à alimentação, segurança, transporte, atendimento em serviços de saúde. Visto que, todos esses âmbitos afetam a qualidade de vida de uma pessoa da terceira idade.

Desta feita, a Lei n.10.741/2003 visa pontuar o direito dos idosos como isonômico com os demais cidadãos brasileiros, isto é, apesar de ter mais de 60 anos, o indivíduo continua tendo tanto direito quanto qualquer outro de outra faixa etária, visto que é intrínseco à velhice alguns prioridades, tais como em espera, em disposição para se locomover, a saúde mental, dependendo do histórico de vida desse idoso pode ficar comprometida com o decorrer do tempo e que por isso precisa de uma atenção especial. Esta lei visa garantir a proteção dos idosos de maneira que quando acontece uma denúncia o Ministério Público inicia seu processo investigativo a fim de que todos os fatos possam ser apurados. Com os casos como negligência, abandono, maus tratos com lesões, são consideradas como uma violência grave, o agressor pode chegar a ter até quatro anos de reclusão. Dependendo da gravidade do crime contra o idoso, a pena pode ser de até doze anos de reclusão, nos casos que envolvem a morte do idoso.

No entanto, precisa existir denúncia por parte de alguém externo, seja um amigo, vizinho ou algum parente, que entre em contato com o disque denúncia para relatar as violências sofridas. Quando o denunciante é o próprio idoso, a vítima acaba ainda mais se expondo aos maus-tratos e há casos que a violência chega a potencializar, visto que o idoso ficará no mesmo ambiente que o agressor, quando é caso de violência dentro do lar.

Percebe-se que ainda há uma certa fragilidade na aplicação das leis e ainda mais, da maneira como o Ministério Público intervém ou as autoridades competentes agem, visto que o idoso mesmo pedindo ajuda ainda fica exposto aos maus tratos por causa da sua dependência.

Não há como negar que existe uma lei que ampara e visa proteger o idoso, mas a justiça não assegura esse idoso de que sua integridade será preservada até a finalização de todo processo de acusação, que terá alimentos ou meios para sobreviver sem que precise continuar vulnerável à violência doméstica ou negligência. Há ainda um caminho a se percorrer com o intuito de fiscalizar e retirar dos lares violentos os idosos e aplicar penas que sejam mais justas com o crime que está sendo realizado, visto que o preço de uma vista pode custar para o agressor apenas 12 anos de reclusão, visto que essa é a pena máxima em caso de morte.

## 6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Z.E. **O processo ativo de envelhecer no século XXI**. 2019. Disponível em: <[https://www.monografias.ufop.br/bitstream/35400000/2807/13/MONOGRRAFIA\\_ProcessoAtivoEnvelhecer.pdf](https://www.monografias.ufop.br/bitstream/35400000/2807/13/MONOGRRAFIA_ProcessoAtivoEnvelhecer.pdf)>. Acesso 25 fev 2022.

ARENT, H. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10a Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2015.

BRASIL. Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994. **Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso**, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências [texto na Internet]. Brasília; 1994. Acesso em 25 de fevereiro de 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8842.htm)

BRASIL. LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm)> acesso dia 25 de fevereiro de 2021.

BRASIL. LEI Nº 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)> acesso dia 25 de fevereiro de 2021.

CASSOL, W.F.; SANTOS, K.A.S. **Aspecto penais do estatuto do idoso**. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/aspectos-penais-do-estatuto-do-idoso-e-sua-eficacia/>>. Acesso em 04 abr 2022.

CORTELETTI, I.; CASARA, M.B.; HERÉDIA, V.B.M. **Idoso Asilado** - Um estudo Gerontológico. 2. Ed. Porto Alegre: EDUCS/EDIPUCRS, 2017.

DUARTE, Y.A.; LEBRÃO, M.L.; LIMA, F.D. Contribuição dos arranjos familiares para o suprimento de demandas assistenciais dos idosos com comprometimento funcional em São Paulo. Brasil. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v.17, n.5-6, 2018.

FALEIROS, V.P.; LOUREIRO, A.M.L.; PENSO, M.A. O conluio do silêncio: a violência intrafamiliar contra a pessoa idosa. Ed.1. São Paulo: Roca, 2017.

FERNANDEZ MGM; SANTOS SR, Políticas públicas e direitos do idoso: desafios da agenda social do Brasil contemporâneo. **Rev Cienc Política**, v. 34, n.12, mar/abr; 2018.

FELIX, J.S. Economia da longevidade: uma revisão da bibliografia brasileira sobre envelhecimento populacional. Encontro Abres. **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC**. São Paulo, 2017.

FREIRE, R. C. J.; TAVARES, M. F. L. **A saúde sob o olhar do idoso institucionalizado**: Conhecendo e valorizando sua opinião. Interface: Comunicação, Saúde, Educação, v.9, n.16, 2015.

FREIRE, S.A; SOMMERHALDER, C. **Envelhecer nos tempos modernos**. In: NERI, A.L.; FREIRE, S.A (ORGS) E por falar em boa velhice. Campinas. SP:Papirus, 2017.

GROSSI, P.; BARRILI, H.; SOUZA, C.C.D. **A violência invisível no cotidiano de idosos**: In: DORNELLES, B. Envelhecimento bem-sucedido. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016.

LIMA, L.; DASCENZI, L. **Implementação de políticas públicas**: perspectivas analíticas. Revista de Sociologia e Política, v. 21, n. 48, p. 101-110, dez. 2017.

LISBÔA, S.M. **A política pública para idosos na Cidade de Manaus**: avanços e desafios para sua efetivação. Dissertação de Pós-graduação em Serviço Social. Universidade Federal do Amazonas: Manaus, 2016.

LOBATO, A. T. G. **Serviço Social e Envelhecimento**: perspectivas de trabalho do Assistente Social na área da saúde. BRAVO, M. I. S; VASCONCELLOS, A. M. (Orgs.). Saúde e serviço social. 5. ed. Rio de Janeiro: UERJ. 2016.

LOPES, R.G.C. Imagem e autoimagem: da homogeneidade da velhice para heterogeneidade das vivências. In: NERI, A. L. **Idosos no Brasil, vivências, desafios expectativas na terceira idade**. Ed.1, São Paulo: Fundação Perseu Abramo, Edições SESC, 2017.

MANCUSSI, A.; FARO, A.C. **A situação social do idoso no Brasil**: uma breve consideração do Trabalho apresentado à disciplina "A reabilitação na saúde no adulto e do idoso"do Programa de Pós-Graduação em Enfermagem da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo: USP, 2014.

MENDES, E.V. O cuidado das condições crônicas na atenção primária à saúde: o imperativo da consolidação da estratégia da saúde da família. Brasília (DF). **Organização PanAmericana**, 2016.

MINAYO, M.C.S. **O desafio do conhecimento**: pesquisa qualitativa em saúde. São Paulo: Hucitec, Rio de Janeiro: Abrasco. 2015.

PASCHOAL, S. M. P. **Qualidade de vida do idoso**: elaboração de um instrumento que privilegia sua opinião. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

QUEIROZ, G. A. **A qualidade de vida em instituições de longa permanência para idosos**: considerações a partir de um modelo alternativo de assistência. Dissertação (Programa de Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal de São João del-Rei. 2017. Disponível em: < <http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/ppgpsi/Publicacoes/Dissertacoes/GLEICIMARA%20 ARAUJO%20QUEIROZ.pdf> >. Acesso em: 22 fev 2022.

RAMOS, M. P.; SCHABBACH, L. O estado da arte da avaliação de políticas públicas: conceituação e exemplos de avaliação no Brasil. **Revista de Administração Pública**, v. 45, n. 05, 2015.

SANTOS, D.F.; MOREIRA, M.A.A.; CERVENY, C. **Velhice** - Considerações sobre o envelhecimento: imagens no espelho. 2019. Disponível em: <<https://www.revistanps.com.br/nps/article/view/53/39>>. Acesso em 24 fev 2022.

SANTOS, N.F.; SILVA, M.R.F. **As políticas públicas voltadas ao idoso**: melhoria da qualidade de vida ou reprivatização da velhice. Revista FSA. Teresina, v. 10, n.2, abr/jun, 2015.

SILVA, A.C.M. **A assistência do enfermeiro ao paciente Idoso na Atenção Primária à Saúde**, 2019. Disponível em: <<https://www.iesp.edu.br/sistema/uploads/arquivos/publicacoes/saude-do-idoso-na-atencao-basica-assistencia-do-profissional-enfermeiro-descrita-na-literatura.pdf>>. Acesso em 28 fev 2022.

SECCHI, L. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learnig, 2016.

SCHINEIDER, R.H.; IRIGARAY, T.Q. O envelhecimento na atualidade: aspectos cronológicos, biológicos, psicológicos e sociais. **Estudos de Psicologia**. Campinas, v.25, n.4, outubro, dezembro, 2018.

SIMÕES, J.A. "Solidariedade intergeracional e reforma da previdência". In: **Dossiê Gênero e velhice**, p.169-181, 2017.

TEIXEIRA, S. M. **Envelhecimento e Trabalho no tempo do capital**: implicações para a proteção social no Brasil. São Paulo: Cortez, 2018.

VERAS, R. **A longevidade da população**: desafios e conquistas. Revista e Serviço & Sociedade. Ano XXIV. n.75, Editora Cortez, São Paulo, 2015.



## O TRABALHO TEMPORÁRIO E ASPECTOS DA TERCEIRIZAÇÃO

**PLESLEN CARVALHO DE MEIRA:**

Bacharelado em Direito.

LUCAS CAVALCANTE MEDRADO

(orientador)

**RESUMO:** O objetivo geral desta pesquisa visou apresentar os conceitos e definições a respeito do trabalho temporário e seu embate com o trabalho terceirizado, baseando-se na lei supramencionada e as alterações ocorridas na Lei de nº 6.019 de 1974. A metodologia empregada no artigo foi a do trabalho jurídico, utilizando-se o método de abordagem teórico dedutivo, no qual busca-se através de técnicas exploratórias como a bibliográfica e documental trazer informações de relevância a respeito da terceirização e do trabalho temporário, tendo como sua base o ordenamento jurídico e as orientações do TST (Tribunal Superior do Trabalho) e as organizações públicas responsáveis pela segurança do trabalho na finalidade de refletir a respeito de quem é beneficiado por ela, o trabalhador ou somente o empregador. Concluiu-se com essa pesquisa que a Lei n.º 13.429/2017 e as suas alterações violam gravemente os direitos trabalhistas e constitucionais adquiridos ao longo do tempo como fonte de dignidade humana do trabalhador, tornando-se precária as relações de trabalho, inclusive, colaborando para o aumento do trabalho análogo de escravo uma vez que os grandes beneficiados são os empresários.

**Palavras-chave:** Terceirização; Trabalho Temporário; Legislação.

**ABSTRACT:** The general objective of this research was to present the concepts and definitions regarding temporary work and its clash with outsourced work, based on the aforementioned law and the changes that occurred in Law No. 6019 of 1974. The methodology used in the article was the of legal work, using the deductive theoretical approach method, which seeks through exploratory techniques such as bibliographic and documentary to bring relevant information about outsourcing and temporary work, based on the legal system and the guidelines from the TST (Superior Labor Court) and the public organizations responsible for work safety in order to reflect on who benefits from it, the worker or just the employer. It was concluded from this research that Law No. 13.429/2017 and its amendments seriously violate labor and constitutional rights acquired over time as a source of human dignity for the worker, making labor relations precarious, including, collaborating for the increase of the analogous work of slavery since the main beneficiaries are the entrepreneurs.

**Keywords:** Outsourcing; Temporary job; Legislation.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO – 2. BREVE HISTÓRICO DOS CONCEITOS DE DIREITO DO TRABALHO: 2.1 RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO. 3. TERCEIRIZAÇÃO: 3.1 ORIGEM HISTÓRICA DO TERMO: 3.2 CONCEITO: 3.3 CONCEITOS DE ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO. 3.4 A LEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO – 4. MUDANÇAS OCACIONADAS PELA LEI 13.429/2017. 5. RELAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO COM O TRABALHO TEMPORÁRIO. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em abordar questões pertinentes na atualidade a respeito dos direitos trabalhistas em meio a sociedade brasileira, focando no que diz respeito a possibilidade da terceirização das atividades empresariais, principalmente o trabalho temporário.

O Tribunal Superior do Trabalho – TST em sua Súmula de número 331 permite o processo de terceirização somente em atividade-meio que ocorrem principalmente em grandes empresas e multinacionais o que faz com que as mesmas se isentem de suas responsabilidades com os funcionários o que prejudica diretamente os mesmos uma vez que não há segurança alguma quanto a continuidade do serviço.

Existem fatores que levam a um debate que já se prolonga por um bom tempo. A CNC (Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo), conforme afirma Madeiro (2015), aponta que a terceirização permite que as empresas coloquem seus produtos no mercado com menores preços e diminui a crise em nosso país. Em contra partida destaca-se um estudo realizado em 2015 pela CUT (Central Única dos Trabalhadores) que afirma que os trabalhadores temporários e terceirizados recebem menos e trabalham cerca de 3 horas a mais que os outros empregados e também são demitidos mais rápido (MADEIRO, 2015), sendo essa pesquisa focada exclusivamente na terceirização da atividade meio.

Diante de tais considerações, o presente trabalho partiu da seguinte problemática: se no âmbito do trabalho temporário e da terceirização ao analisar a legislação vigente buscou-se verificar se favorece somente o empregador ou também ao funcionário participante dessa relação, verificando se seus direitos trabalhistas são resguardados. A pesquisa procurou demonstrar os aspectos jurídicos relevantes sobre a temática abordada, tendo como fundamento as leituras realizadas observando que na maior parte das vezes esse trabalho é de grande vantagem para as organizações devido ser mais barato e possuir grande rotatividade garantindo mão de obra constante sem assistência jurídica.

Considerando que o método científico é a linha de raciocínio adotada no processo de pesquisa, o método científico adotado na pesquisa será o teórico dedutivo, sendo aquele que “corresponde a extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas” (BITTAR, 2015, p. 34).

O trabalho foi desenvolvido por meio da metodologia do trabalho jurídico, sendo que utilizou-se a técnica exploratória de pesquisa a partir de uma revisão bibliográfica, na literatura jurídica, através de doutrinas dos autores Carlos Henrique Bezerra Leite, Luciano Martinez, Maurício Godinho Delgado e Vólia Bomfim Cassar, artigos e revistas científicas na área, que fundamentam o assunto trazendo argumentos favoráveis a respeito de quem é beneficiado por as novas mudanças na legislação que serão estudadas, o trabalhador ou somente o empregador, implicando em uma irradiação para todo o ornamento jurídico brasileiro em busca da proteção dos direitos trabalhistas e dignidade da pessoa humana.

Para tanto, o objetivo geral do trabalho aborda os conceitos e definições a respeito do trabalho temporário na busca por um posicionamento embasado na Lei n.º 13.429/2017 a respeito das empresas prestadoras de serviços e as empresas de trabalho temporário que se submetem ao seu controle, bem como as alterações ocorridas nos dispositivos legais da antiga Lei n.º 6.019, de 3 janeiro de 1974 e seu embate com a terceirização. Já como objetivo específico, almeja compreender se no plano das modificações trazidas pela Lei n.º 13.429/2017, houve benefício de uma parte em detrimento de outra.

Desse modo, este trabalho foi dividido em quatro capítulos, sendo o primeiro de caráter introdutório voltado a explanação do breve histórico e conceitos de Direito do trabalho pertinentes a temática, sua constituição e processo de desenvolvimento. O segundo capítulo intentará como enfoque a abordagem sobre a terceirização, apresentado o conceito e a origem histórica, assim como atentar a explicação das relações de trabalho existentes e a legalidade da terceirização. No terceiro capítulo estão dispostas algumas das principais alterações trazidas pela lei n.º 13.429/2017 no âmbito da terceirização e do trabalho temporário e o quarto capítulo será dedicado apresentação evoluindo o embate atinente entre o trabalho terceirizado e o trabalho temporário, em razão das alterações ocorridas na lei assinalada.

## **2.BREVE HISTÓRICO DOS CONCEITOS DE DIREITO DO TRABALHO**

Antes de adentrar ao tema em comento, necessário que se tenha compreensão do que venha ser trabalho, isto porque do ponto de vista etimológico e histórico o termo trabalho “decorre de algo desagradável: dor, castigo, sofrimento, tortura. O termo trabalho tem origem no latim – *tripalium*. Espécie de instrumento de tortura ou canga que pesava sobre os animais”. (CASSAR, 2017, p. 03).

Acompanhando o mesmo pensamento, Leite (2021, p. 26) afirma que “trabalho na antiguidade era um castigo, dando-nos uma ideia de pena, fadiga, tarefa penosa e pesada. Daí a expressão “trabalho”, originada de *tripalium*, instrumento composto de três paus (estacas) usado para torturar escravos”.

Nessa esteira, ressalta Cassar (2017), que pelo fato da sociedade está em constante mutação, o termo trabalho, que no passado era compreendido por tortura, atualmente consiste em toda energia intelectual ou física. Isto ocorre porque conforme explica Martinez (2020, p. 64):

O trabalho humano evoluiu do sombrio ermo moral da escravidão para a aspereza relativa da servidão, que imperou na idade Média, e desta para o remanso do humanismo renascentista e do iluminismo da Idade Moderna, até chegar ao contrato de trabalho concebido no ventre da Revolução Industrial. (MARTINEZ, 2020, p. 64).

Em virtude dessa nova perspectiva, Cassar (2017, p. 3) explica que “trabalho pressupõe ação, emissão de energia, desprendimento e despendimento de energia humana, física e mental, com o objetivo de atingir algum resultado.”

A partir desta premissa Leite (2021, p. 35) conceitua direito do trabalho como,

O ramo da ciência jurídica constituído de um conjunto de princípios, regras, valores e institutos destinados à regulação das relações individuais e coletivas entre empregados e empregadores, bem como de outras relações de trabalho normativamente equiparadas à relação empregatícia, tendo por escopo a progressividade da proteção da dignidade humana e das condições sociais, econômicas, culturais e ambientais dos trabalhadores. (LEITE, 2021, p. 35).

Por sua vez, Cassar (2017, p. 05) conceitua Direito do Trabalho como,

Um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Também é recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; à atenuação e forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; à estabilização da economia social e à melhoria da condição social de todos os relacionados. (CASSAR, 2017, p. 05).

Com efeito, Martinez (2011, p.39), concerna que: “sabe-se que o direito do trabalho foi o primeiro dos direitos sociais a emergir, e, sem dúvida, por conta de sua força expansiva, o estimulante da construção de tantos outros direitos sociais [...]”

Em contra ponto a essa afirmação, Costa (2012, p. 195) alega que:

[...] o direito do trabalho é fruto da evolução econômico-social mundial em que novos processos industriais transformaram a realidade econômica de muitos países e alavancou a evolução das relações trabalhistas, e destas, a necessidade de criação de mecanismos legais capazes de suportar e proporcionar segurança jurídica. (COSTA, 2012, p.195).

Acompanhando o mesmo entendimento sobre a evolução do direito do trabalho, Leite (2021, p. 27) entende que três fatores foram primordiais para as causas:

**econômica** (revolução industrial), **política** (transformação do Estado Liberal – Revolução Francesa – em **Estado Social** – intervenção estatal na autonomia dos sujeitos da relação emprego) e **jurídica** (justa reivindicação dos trabalhadores no sentido de se implantar um sistema de direito destinado à proteção, como direito de união, do qual resultou o sindicalismo, o direito de contratação individual e coletiva). Somando-se a essas causas, contribuíram decisivamente para o surgimento do direito do trabalho a ideia de justiça social preconizada, principalmente, pela igreja Católica, através das Encíclicas *Rerum Novarum* e *Laborem Exercens*, e o marxismo, preconizando a união do proletário e a ascensão dos trabalhadores, pela luta de classes, ao poder político. (LEITE, 2021, p. 27) Grifos do autor.

Barros (2011, p. 55) discorre sobre as causas que contribuíram para o surgimento do direito do trabalho no mundo, abordando da seguinte forma:

[...] aponta como principais causas do aparecimento do Direito do Trabalho no contexto mundial: os vícios e as consequências da liberdade econômica e do liberalismo político; o maquinismo; a concentração de massas humanas e de capitais; as lutas de classes, com as consequentes rebeliões sociais com destaques para os ludistas ou cartistas na Inglaterra; as revoluções de 1848 e 1871, na França, e de 1848, na Alemanha; livres acordos entre grupos econômicos e profissionais regulando as relações entre patrões e operários, mais tarde, reconhecidos pelo estado como lei [...] (BARROS, 2011, p,55).

Por outro lado, no Brasil o direito do trabalho surgiu a partir de fatores externos, fatores estes que foram através de “transformações que ocorriam na Europa com a

proliferação de diplomas legais de proteção ao trabalhador, o ingresso do nosso país na Organização Internacional do Trabalho, criada pelo Tratado de Versalhes (1919)” (LEITE, 2021, p. 28).

O que definia as relações de trabalho existentes no Brasil era o sistema agrícola de trabalho, que dessa maneira intermediava tais oportunidades de geração de renda. De certa forma, observa-se que devido a carência educacional por parte dos trabalhadores, a hierarquia presente era muito forte, uma vez que, os patrões eram provedores de melhores condições de vida ao pagar seus funcionários que tinham aquela relação de trabalho como a única alternativa para a sua subsistência. (COSTA, 2012)

As melhorias, segundo Costa (2012, p. 195), foram proporcionadas pelos avanços nos campos da tecnologia:

revoluções tecnológicas foram se consolidando e fazendo com que novos modelos econômicos fossem criados, desta forma, a mudança do status dos trabalhadores, predominantemente agrícolas, para um proletariado industrial, mecanizado e ao passo de uma lenta evolução, uma nova categoria de força profissional. (COSTA, 2012, p.195).

Porém, antes de todos esses acontecimentos o Brasil era dominado pela mão de obra escrava, que era de certa forma lucrativa devido ao fato de ser gratuita. As mudanças trazidas pela abolição da escravatura fizeram com surgissem a necessidade de garantir qualidade de vida aos funcionários agora assalariados criando problemas e questões jurídicas com isso, “o Direito do Trabalho apontou como referencial, um novo ramo no Direito brasileiro”. (COSTA, 2012, p. 196). Segundo Delgado (2016, p. 110-111),

embora a Lei Áurea não tenha, obviamente, qualquer caráter justralhista, ela pode ser tomada, em certo sentido, como o marco inicial de referência da História do Direito brasileiro. É que ela cumpriu papel relevante na reunião dos pressupostos à configuração desse novo ramo jurídico especializado. De fato, constituiu diploma que tanto eliminou da ordem sociojurídica relação de produção incompatível com o ramo justralhista (a escravidão), como, em consequência, estimulou a incorporação pela prática social da fórmula então revolucionária de utilização da força de trabalho: a relação de emprego. (DELGADO, 2016, p. 110-111).

Com o fim do período escravagista no Brasil, os grandes empresários da indústria brasileira ainda não estavam desvinculados da ideia escravagista. Situações abusivas, jornadas de trabalho absurdamente longas, condições de trabalho miseráveis, trabalho

infantil, salários baixos comprovam que houve uma grande dificuldade na separação entre o formal e o trabalho escravo (COSTA, 2012).

## **2.1 RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO**

Existe diferenças marcantes entre relação de trabalho e relação de emprego e essas não devem ser confundidas. De acordo com Delgado (2008, p.285):

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. (DELGADO, p. 285, 2008).

Sendo assim, relação de trabalho seria todo tipo de realização humana relacionada a força e relação de emprego é mais especificamente que abrange relação jurídica "objetiva pela qual trabalhador e empregador se unem em virtude da prestação subordinada de um serviço. É esta relação jurídica que liga os envolvidos e cria uma relação exclusiva, com princípios e regras próprios, diretamente ligados ao Direito do Trabalho" (COSTA, 2012, p. 198).

## **3. TERCEIRIZAÇÃO**

Tem por objeto o presente capítulo, estudar de maneira direta sobre a terceirização, que vai desde o contexto histórico, compreendendo seu conceito, posteriormente o estudo do que é atividade-fim e atividade-meio, e por fim quanto a legalidade da terceirização.

### **3.1 ORIGEM HISTÓRICA DO TERMO**

A aplicação do trabalho terceirizado teve origem nos Estados Unidos da América ocorrendo no período da Segunda Guerra Mundial devido a união do país com seus aliados contra o regime nazista (COSTA, 2012).

Surgindo nesse período a necessidade de direcionar a mão de obra que tinham no momento para fabricação de armamentos e munições afim de saírem vitoriosos, uma vez

que esses empregados possuíam habilidades na produção. Atividades menores foram repassadas para terceiros surgindo então o termo “terceirização” (ANDRADE, 2017).

Castro (2000, p.75 apud MACHADO, 2010 p.10), afirma que:

[...] Antes da II Guerra Mundial existiam atividades prestadas por terceiros, porém não poderíamos conceituá-las como terceirização, pois somente a partir deste marco histórico é que temos a terceirização interferindo na sociedade e na economia, autorizando seu estudo pelo Direito Social, valendo lembrar que mesmo este também sofre grande aprimoramento a partir de então [...]. (CASTRO, 2000, p.75.).

Por mais que a prestação de serviços já exista antes do período da Segunda Guerra Mundial, observa-se que somente depois dela a modalidade se tornou mais específica. Isto ocorre porque foi criada a Organização Internacional do Trabalho através do Tratado de Versalhes em 1919, desta forma, a Segunda Guerra Mundial foi uma forte influência para o reconhecimento da liberdade de associação na Constituição Federal brasileira de 1891, a saber:

Nessa senda, a Constituição de 1891, reconheceu a liberdade de associação, subsequentemente, sob influência da Segunda Guerra Mundial e o surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ocorriam mudanças na Europa que impulsionaram a elaboração de normas trabalhistas no Brasil.

Nessa perspectiva, por influência de imigrantes que reivindicavam melhores condições de trabalho e salário, Getúlio Vargas em 1930, começa a idealizar uma política trabalhista. (AZEVEDO, 2019, p. 15).

Contudo, a primeira legislação a abordar especificamente acerca do Direito do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, foi a Constituição de 1934 (LEITE, 2021), sendo o verdadeiro propulsor para o surgimento de normas “esparsas sob mais diversos assuntos trabalhistas, assim houve a necessidade de ordenação destas normas” (AZEVEDO, 2019, p. 15), surgindo então a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) através do Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943.

### **3.2 CONCEITO**

Conforme entendimento de Giardi (1999, p. 27), “a terceirização é um modelo administrativo que tem como objetivo a concentração de esforços na razão de uma atividade-fim prestada a alguém ou a uma organização, podendo transferir para terceiros, especialistas e idôneos”, toda atividade que não faz parte do negócio principal de uma organização.



Alguns autores que serão apontados a seguir apresentam conceitos diversos a da terceirização. Martins (2009, p.176), afirma que:

vários nomes são utilizados para denominar a contratação de terceiros pela empresa para prestação de serviços ligados a sua atividade-meio. Fala-se em terceirização, subcontratação, filialização, desverticalização, exteriorização do empregado, focalização, parceira, etc. Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou até para serviços temporários. (MARTINS, 2009, p.176).

Para Delgado (2008, p.417) terceirização é “[...] fenômeno pelo qual se associa a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente [...].”

Catharino afirma que (1997, p.72) “[...] terceirização é meio da empresa obter trabalho de quem não é seu empregado, mas do fornecedor com quem contrata ter quem trabalhe para si, sem ser empregado, é a razão básica da terceirização [...]”.

Tal forma de trabalho aparentemente é de grande valor para o empresário uma vez que ele economiza, se isenta de responsabilidades fiscais e de certa forma burla os direitos do trabalhador como a não necessidade de assinar carteira e salários menores (OLIVEIRA, 2016).

Atualmente a modalidade de trabalho terceirizado é restrita sendo uma atividade acessória e não a atividade principal da organização. Ou seja, se uma empresa presta serviços em uma determinada área como por exemplo: uma escola particular, a mesma necessita de manutenção do patrimônio, de limpeza e outras questões e dessa forma contrata outra empresa com a finalidade de cuidar desses setores que não são o foco primordial da mesma que no caso seria educação. (ANDRADE, 2017)

### **3.3 CONCEITOS DE ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO**

Atividade-fim e Atividade-meio são distintas, e estão relacionadas as suas funções na empresa, a seguir explicada cada uma delas para melhor compreensão.

A atividade-fim de maneira geral é a atividade principal da empresa, como por exemplo uma empresa de confecção de roupas que tem como sua finalidade principal produzir peças de vestuário a. (PASTORE, 2008)

Por sua vez, a atividade-meio é a atividade que não está diretamente relacionada ao que essa empresa faz, no caso da confecção, um exemplo de atividade meio seriam os serviços de manutenção das máquinas de costura. (GONÇALVES, 2005).

A seguir, será apresentada definições mais profundas de acordo com os autores pesquisados nesse artigo. Para Delgado (2008, p. 442-443), o conceito de Atividades-fim é:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. (DELGADO, 2008, p. 442-443).

As atividades-meio estão relacionadas a funções da dinâmica empresarial conforme afirma Martins (2009, p. 133):

A atividade – meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objeto central. É uma atividade de apoio ou complementar. São exemplos da terceirização na atividade – meio: a limpeza, a vigilância, etc. Já a atividade fim é a atividade em que a empresa concentra seu mister, isto é, na qual é especializada. À primeira vista, uma empresa que tem por atividade a limpeza não poderia terceirizar os próprios serviços de limpeza. Certas atividade-fins da empresa podem, ser terceirizadas, principalmente se compreendem a produção, como ocorre na indústria automobilística, ou na compensação de cheques, em que a compensação pode ser conferida a terceiros, por abranger operações interbancárias. (MARTINS, 2009, p. 133).

Feijó (2011, p. 66) compreende que as atividades-meio são definidas também “como aquelas cuja finalidade é o apoio, a instrumentalidade do processo de produção de bens ou serviços. São atividades que não coincidem com aquelas para as quais foram constituídas as empresas tomadoras de serviços”.

Isto ocorre porque segundo o autor, “são atividades de mero suporte, que não integram o núcleo, ou seja, a essência das atividades empresariais do tomador, sendo atividades-fim, portanto, aquelas que as compõem” (FEIJÓ, 2011, p. 66). Desta forma,

compreendido o que são atividades-fim e atividades-meio, necessário que se tenha a diferença entre as atividades.

Segundo Delgado (2013, p. 451), busca distinguir a diferença, onde segundo o autor as atividades-fim “são atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços”, e que por sua vez, quanto as atividades-meio “são atividades periféricas da dinâmica empresarial do tomador de serviço”, tais atividades estão definidas na Lei 5.645/70.” (2013, p. 451).

Desta forma, compreendido a conceituação e distinção das atividades-fim e atividades-meio, no próximo tópico será abordado acerca da legalidade da terceirização.

### **3.4 A LEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO**

Segundo Leite (2020), devido as reivindicações trabalhistas o Tribunal Superior do Trabalho editou duas súmulas a fim de evitar transtornos futuros e divergências, isto ocorreu porque “até 1986, o TST, à exceção do trabalho temporário e de serviço de vigilância, considerava ilegal a terceirização – intitulada de “contrato de prestação de serviços” (LEITE, 2020, p. 360).

Desta forma, com as reivindicações provocadas pelo Ministério Público do Trabalho, baseando-se no artigo 37, inciso II da Constituição Federal de 1988, foi cancelada a Súmula 256 pelo Tribunal Superior do Trabalho e editou a Súmula 331, que até o dia 23 de dezembro de 2011 constava antes da alteração o seguinte:

Súm.331. 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 personalidade 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. (BRASIL, 2011, não paginado).

A respeito a inadimplência das empresas prestadoras de serviço, Andrade (2017, p. 09), afirma que “a súmula 331 foi consequência da explanação do TST acerca do artigo 71, §1º da Lei n.º 8.666/93, que afasta a responsabilização da Administração Pública”, conforme pode ser observado a seguir:

Art. 71. § 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. (BRASIL, 1993, não paginado).

Até o momento o que se sabe é que a terceirização do trabalho não se encontra com resguardo da lei, sendo assim, não existe nenhuma legislação que regulamenta essa questão.

Contudo, segundo Andrade (2017, p. 09), a respeito do julgamento do trabalho terceirizado que afirma que “a matéria foi alvo de várias demandas trabalhistas desde que a terceirização foi implantada, de modo a exigir do judiciário um entendimento sobre a forma de julgar.” Fato este que pode ser verificado através do Recurso Ordinário 514 SP 000514 do tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, in verbis:

**EMENTA – TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO MEIO RURAL – PLANTIO E CORTE DE CANA-DE-AÇÚCAR DESTINADA À USINA DE FABRICAÇÃO DE AÇÚCAR E DE ÁLCOOL.** Ilegitimidade de parte da tomadora. Não são consideradas empresas “interpostas” – e, portanto, são legais -, aquelas que prestam serviços especializados a terceiros, com o objetivo de liberar a tomadora para atividades consideradas essenciais a seu processo produtivo. Por serviços especializados, entenda-se toda e qualquer atividade organizada colocada à disposição do mercado, em troca de uma contraprestação pecuniária, podendo ser o fornecimento de serviços de limpeza, de vigilância, de corte e plantio de cana-de-açúcar, etc., desde que, para tanto, haja necessidade de um conhecimento específico, que não precisa ser, necessariamente, altamente complexo. O artigo 15, § 2º, da Lei 8.036/90 – Lei do FGTS – autoriza a criação dessas empresas. Assim, inexistente norma proibitiva à contratação desses serviços; muito menos no sentido de que o vínculo de emprego do trabalhador envolvido nesse contrato, se estabeleça com a tomadora dos serviços. É perfeitamente lícita a contratação de terceiros, em

qualquer fase do sistema produtivo, pouco importando se os serviços são realizados no estabelecimento da fornecedora, de terceiros, ou da tomadora de serviços, ou se se trate de atividade primordial ou atividade secundária da empresa, desde que não se infrinja a lei, a Constituição Federal e as convenções coletivas próprias (artigo 444 da CLT). Acolhe-se a ilegitimidade de parte da tomadora, ante a inteligência do inciso III do Enunciado n.º 331 do C. TST, que revogou o de n.º 256. **Estabelece-se a responsabilidade subsidiária – e não solidária – da tomadora, apenas quando a fornecedora desses serviços tenha inadimplido suas obrigações trabalhistas, ou seja: tenha inidoneidade financeira e demonstre estar fugindo às suas obrigações, a teor do inciso IV do Enunciado n.º 331, do TST.** Prescrição. (TRT-15 – RO: 514 SP 000514/1999, Relator: ANTONIO TADEU GOMIERI, Data de Publicação: 01/12/1999). (grifo nosso)

Portanto, conforme pode verificar “as atividades-meio, tinham entendimento de legalidade, conforme explanado no julgado acima, ainda que contrarie a forma expressamente escrita na redação da Súmula 331 do TST”. (ANDRADE, 2017, p. 10).

Nesse mesmo sentido, segundo Pereira e Souza (2014) o conceito aberto contido no inciso III da Súmula 331 do TST é compreendido como verdadeira lei. Isto ocorre pelo fato que o “enunciado traz a expressão “atividade-meio”, típico conceito indeterminado, estipulando o Tribunal que se considerará lícita a terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador” (PEREIRA; SOUZA, 2014, p. 184), contudo não pode ter subordinação e pessoalidade direta.

Desta forma, compreendido a legalidade da terceirização, será objeto de estudo no próximo capítulo as mudanças ocasionadas pela Lei nº 13.429/2017.

#### **4.MUDANÇAS OCASIONADAS PELA LEI 13.429/2017**

A Lei de número 13.429/2017, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, trouxe mudanças marcantes na Lei de número 6.019/74, que até o momento regia somente a respeito do trabalho temporário, passando a incluir em seu corpo a terceirização.

A modalidade de contratação através da terceirização não trazia benefícios a CLT que era resguardada pela súmula 331 do TST (Tribunal Superior do Trabalho), sendo possível apenas contratações nas atividades-meio, contudo, não busca definir ou estabelecer as atividades que podem ou não ser terceirizadas. (SIENGE, 2019).

O que se pode analisar a respeito dessas alterações inclusas na Lei n.º 13.429/2017 dizem respeito a modalidade de trabalho terceirizado, onde serão apontados a seguir quais mudanças ocorreram na Lei n.º 6.019/74.

A primeira mudança que pode se observar, ocorreu no artigo 1º da Lei n.º 6.019/74, passando a ser “estabelecido que seriam regidos pela lei as relações de trabalho tanto temporário como terceirizado.” (AZEVEDO, 2017, p. 40).

Isto porque, com o advento da Lei n.º 13.429/2017, ainda não era conhecida a magnitude gerada pela terceirização, uma vez que a lei referida se dava de maneira irrestrita, trazendo dessa maneira uma insegurança para os empregadores.

Esta insegurança ocorre porque no artigo 9º, parágrafo 3º da referida lei, “o legislador taxativamente permitiu a utilização do trabalho temporário em todas as atividades da empresa” (CARVALHO, 2017, p. 25), que assim dispõe o artigo:

Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterà:

[...]

§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços. (NR) (BRASIL, 2017, não paginado).

Desta forma, Azevedo (2017, p. 40) compreende que da leitura contida no parágrafo 3º, artigo 9º, “a permissão de contrato de trabalho temporário através da subcontratação de mão-de-obra para as atividades-fim, dessa forma, quando entrou em vigor a Lei n. 13.429/2017, não se poderia assegurar que a terceirização se dava de forma irrestrita”.

Aponta Carvalho (2017), que está terceirização na atividade-fim retira da empresa suas responsabilidades sociais, que compreende responsabilidade tributária, trabalhista e previdenciária, em função “desse mecanismo pode viabilizar a extrema figura da empresa sem empregados, que terceiriza todas as suas atividades, eximindo-se, por absoluta liberalidade”. (CARVALHO, 2017, p. 25)

Outra mudança ocasionada pela lei, diz respeito da quarteirização que foi inserido o art. 4º-A, § 1º, que dispõe: “A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços”. (BRASIL, 1974, não paginado).

Segundo Galvão (2018, p. 64-65), acerca do mencionado dispositivo, compreende o autor que:

Enquanto a primeira parte do dispositivo antevê que é de responsabilidade da prestadora pagar e dirigir a prestação de serviços, a segunda parte previu a eventualidade dessa prestadora subcontratar outra empresa, similarmente prestadora, para realizar os serviços, não delimitando um limite para essa quarterização. (GALVÃO, 2018, p. 64-65).

Seguindo o mesmo raciocínio, Azevedo (2017, p. 41) entende que, a partir disto “percebe-se que aqui se tem a quarterização, que é a oportunidade da empresa contratada (a prestadora de serviços) subcontratar outra empresa para executar seus serviços”.

No processo de quarterização, a empresa contratante, se relaciona com uma empresa prestadora de serviços, para assuntos menores e diversos como, transporte, limpeza, e segurança, e a empresa que é contratada por sua vez, “subcontrata outras empresas para realizar esses serviços.” (BRASIL, 1974, não paginado).

Dessa maneira a empresa que foi contratada pela empresa principal atua como uma intermediadora entre empresas sendo responsável por eventuais problemas e descumprimento das obrigações trabalhistas que podem surgir, gerenciando as atividades. (MARTINEZ, 2011).

Além disto, estabelece a Lei nº 6.019/ 1974, no parágrafo segundo do artigo 4º-A, que “não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante”. (BRASIL, 1974, não paginado).

Em seu art. 4º-B, a Lei n.º 13.429/2017, segundo Silva (2017, p. 11) “A empresa prestadora de serviços terá que obedecer a pré-requisitos para o seu funcionamento” que assim dispõe:

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I – prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II – registro na Junta Comercial;

III – capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

- a) empresas com até dez empregados – capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
- b) empresas com mais de dez e até vinte empregados – capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);
- c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados – capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);
- d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados – capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais);
- e) empresas com mais de cem empregados – capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). (BRASIL, 1974, não paginado).

Isto ocorre porque, tais requisitos possuem a finalidade de resguardar os empregados, que em muitas situações ao serem “contratados pela empresa prestadora de serviços não possuía qualquer garantia que em caso ocorram descumprimento das obrigações trabalhistas os mesmos tenham respaldo”. (AZEVEDO, 2017, p. 42).

Afirma Leite (2020, p. 367) que deverá ser interpretado o artigo em consonância,

com a ordem constitucional vigente que, como se sabe, tem por princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, estabelecendo como direitos sociais o primado do trabalho, a busca do pleno emprego e a função social da propriedade, além de conferir aos trabalhadores o direito à proteção do emprego, bem como outros direitos que visem à melhoria de sua condição social (CF, arts. 1º, III e IV; 7º, I; 170, III e VIII; e 193). (LEITE, 2020, p. 367).

Deve ocorrer essa interpretação com a ordem constitucional porque tal artigo é uma garantia aos trabalhadores, pois tem por finalidade evitar que as “empresas prestadoras de serviços não tenham o capital para responder pelos direitos dos seus colaboradores e funcionários”. (AZEVEDO, 2017, p. 42).

Mesmo que existam tais exigências, segundo Teodora (2017) existem dois problemas: o primeiro consiste porque não há prévio registro no Ministério Público do Trabalho; o segundo problema este decorre quando os valores do capital social são baixos para que ocorra a constituição de uma empresa prestadora de serviços.

Portanto, percebe-se que não possuindo o registro, os trabalhadores ficam expostos e por outro lado, não havendo um fundo de reserva, gera um grande risco de



quebrar essas empresas, ou seja, falência e inadimplentes, podendo ser trabalhista e contribuições sociais.

Assim, compreendido as mudanças ocasionadas pela Lei 13.429/2017, o próximo capítulo tem por objeto o estudo da relação da terceirização com o trabalho temporário.

## **5.RELAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO COM O TRABALHO TEMPORÁRIO**

Em vista da abordagem até aqui explanada, a modalidade de contratação em regime de trabalho temporário precisa de uma lei diferente da que prevê o trabalho terceirizado na realidade brasileira. Para tanto, importante salientar que segundo Andrade (2017, p. 10-11):

Essa modalidade de contratação prevê uma lei específica, diferentemente da terceirização, que até então, era regida somente por súmula, mas passam a interagirem ao momento em que a Lei n.º 13.429/2017 vem a regular sobre ambos os casos, que seriam em tese a solução do problema jurídico apresentado durante anos, qual seja as brechas devido à falta de uma lei regulamentadora para a terceirização e a renovação da Lei n.º 6.019/74 até então desatualizada. (ANDRADE, 2017, p.10-11).

Segundo Silva (2017) há dois posicionamentos acerca da relação de terceirização com o trabalho temporário: primeiro posicionamento consiste em que o trabalho temporário é o fornecimento de trabalhadores para a empresa tomadora, não confundindo com a terceirização; o segundo posicionamento entende que o trabalho temporário é uma categoria de divisão do instituo da terceirização, subdividindo-se em terceirização de serviços e trabalhadores.

Contudo, a súmula 331, do TST, citada anteriormente nesse trabalho, não permite que exista a terceirização das atividades-fim em todos os casos. Mas existe uma exceção que permite a terceirização desse tipo de atividade em situação de regime de trabalho temporário (ANDRADE, 2017).

Observa-se desta forma toda legislação uma vez que bem explorada irá apresentar brechas que beneficiam os contratantes. O trabalhador temporário, por exemplo, possui definição no artigo 2º da Lei nº 13.429/2017:

Art. 2º. Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à

necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. (BRASIL, 2017, não paginado).

Desta forma, conforme afirma Costa (2016, p. 17) estamos diante de uma relação tripartida que contém três sujeitos, “a empresa de trabalho temporária, o trabalhador e o utilizador do trabalho temporário. Assim, ao invés do que se sucede na maioria das relações laborais típicas (trabalhador-empregador), estamos perante de um esquema contratual atípico”.

O problema existente entre terceirização e o trabalho temporário ressalta que ainda que o trabalhador fosse admitido por uma empresa contratada pela tomadora de serviços o mesmo encontraria obstáculos no momento de reaver seus direitos trabalhistas, devido a existência de uma omissão e a falta de regulamentação da lei atualmente existente (ANDRADE, 2017).

Portanto, sob esse aspecto “não há muita diferença entre essas duas linhas de pensamento, tendo em vista que ambas dizem a mesma coisa com terminologias diferentes” (SILVA, 2017, p. 10).

O trabalhador é sempre diminuído, através de uma Lei apressada e votada quase que sem critério. Tal medida traz uma desigualdade provocada pela demasiada rotatividade de mão-de-obra, aumentando a insegurança jurídica devido a omissão em alguns de seus pontos trazendo consequentemente inúmeros processos judiciais (ANDRADE, 2017).

Nessa esteira, portanto, observou-se com o desenvolvimento desta pesquisa que ao analisar a Lei n.º 13.429/2017 e as suas alterações, observa-se graves violações aos direitos trabalhistas e constitucionais adquiridos ao longo do tempo como fonte de dignidade humana do trabalhador, “tornando-se precária as relações de trabalho, inclusive, colaborando para o aumento do trabalho análogo de escravo.” (AZEVEDO, 2019, p. 56).

Desta forma, resta claro que há grande polêmica ainda acerca da terceirização e que sua regulamentação interessa tão somente aos empresários, por outro lado essa regulamentação é vista como algo que possa vir precarizar o trabalho por não cumprir as empresas com regulamentação da legislação. (PASTORE, 2008)

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando a importância do tema abordado, foi proposto demonstrar no presente trabalho que para que tudo funcione de maneira correta ao que se refere ao trabalho no Brasil e sua terceirização, não se deve favorecer uma classe em detrimento de outra. Para tanto, é necessário que exista um equilíbrio de benefícios entre o trabalhador e o empregador sendo possível dessa maneira se obter resultados satisfatórios para o

empresário sem que o trabalhador tenha seus direitos trabalhistas e sua dignidade humana violados.

Tendo em vista os aspectos observados, cabe trazer à baila que os empregadores favorecem de maneira essencial a economia do país, por meio da geração de empregos, remuneração dos funcionários e garantia de uma melhor qualidade de vida das famílias na sociedade brasileira. Dessa forma, é inquestionável que precisam ser ouvidos em suas questões e reivindicações desde que ambas as partes sejam beneficiadas e não haja violações, porquanto somente neste caminho é possível enxergar equilíbrio entre os envolvidos nessa relação.

Portanto, conclui-se que por mais que as mudanças venham ocorrendo ao longo dos últimos anos, é necessário que a legislação seja cirúrgica e não apressada, afinal o surgimento de brechas no momento da sua criação permite que exista o desequilíbrio nas relações de trabalho e violações a dignidade do trabalhador. Assim, é imprescindível assistência e empenho para que seja alcançado um crescimento satisfatório de maneira justa, digna e assertiva.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luiz Felipe Canella de. **A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL E O TRABALHO TEMPORARIO** Aspectos da Lei 13.429/2017 (Antigo PL 4302/1998). 2017. Disponível em: <http://dspace.doctum.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1691>. Acesso em: 10 fev. 2022.

AZEVEDO, Braynna Barbosa. **Terceirização no Brasil: uma análise das alterações trazidas pela Lei n. 13.439/2017**. Centro Universitário de Brasília. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13827/1/21554803.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTR, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974**. Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Brasília, DF: Casa Civil. Não paginado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6019compilado.htm#:~:text=LEI%20No%206.019%2C%20DE%203%20DE%20JANEIRO%20DE%201974.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Trabalho%20Tempor%C3%A1rio,Urbanas%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019compilado.htm#:~:text=LEI%20No%206.019%2C%20DE%203%20DE%20JANEIRO%20DE%201974.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Trabalho%20Tempor%C3%A1rio,Urbanas%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20)

Provid%3%AAncias.&text=Art.,Consolida%C3%A7%C3%A3o%20da%20Leis%20do%20Trabalho. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil. Não paginado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Brasília, DF: Casa Civil. Não paginado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm). Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL: **Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário nº 514/99**. Recorrente: S. C. P. S. Q. LTDA.; Recorrido: A. M. Relator: Antonio Tadeu Gomieri. 5ª turma, data de publicação: 01/12/1999, não paginado. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4623297/recurso-ordinario-ro-514-sp-000514-1999/inteiro-teor-101690992>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE** (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Não paginado. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331). Acesso em: 10 fev. 2022.

CARVALHO, Elayne Parisina Dutra Cabral de. **Análise das mudanças no instituto da terceirização com o advento da Lei 13.429/17**. Universidade Federal de Pernambuco, 12 de maio de 2017. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/21688/1/Elayne%20Carvalho-monografia.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: De acordo com a Reforma Trabalhista MP 808/2017**. 15.ª edição. Revista, Atualizada e Ampliada. Editora Método, 2017. Disponível em: [https://sumarios.grupogen.com.br/jur/MET/9788530978853\\_Amostra.pdf](https://sumarios.grupogen.com.br/jur/MET/9788530978853_Amostra.pdf). Acesso em: 10 fev. 2022.

CASTRO, de Rubens Ferreira. **A terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo, Malheiros, 2000.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e Sequela: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização**. São Paulo: LTr, 1997.

COSTA, Gabriel Almeida da. **O trabalho temporário: uma relação tripartida**. 2016. Tese de Doutorado. Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra. Disponível em: [https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/17536/1/Gabriel\\_Costa.pdf](https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/17536/1/Gabriel_Costa.pdf). Acesso em: 10 fev. 2022.

COSTA, Simone da; TERNUS, Felipe. A pejetização e a precarização das relações de trabalho no Brasil e a relação dos princípios da proteção e da primazia da realidade no direito do trabalho. **Simpósio Internacional de Direito: Dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais**, v. 2, n. 2, p. 193-216, 2012. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/simposiointernacionaldedireito/article/view/2285>. Acesso em: 10 fev. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 12 Ed.– São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho: Introdução e Parte Geral**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

FEIJÓ, Diego de Vargas. **Crítérios de distinção entre atividade-fim e atividade-meio para fins de terceirização**. 2011. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico e do Trabalho. Porto Alegre. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/31371/000780173.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

GALVÃO, Joday Emidio. **A Nova Terceirização: a dialética sobre o futuro das relações de trabalho no Brasil após as leis 13.429/2017 e 13.467/2017**. Universidade Federal da Bahia, 2018. Disponível em: [https://repositorio.ufba.br/handle/ri/23749/browse?type=author&order=ASC&rpp=20&v\\_alue=Galv%C3%A3o%2C+Joday+Emidio](https://repositorio.ufba.br/handle/ri/23749/browse?type=author&order=ASC&rpp=20&v_alue=Galv%C3%A3o%2C+Joday+Emidio). Acesso em: 10 fev. 2022.

GIRARDI, Dante Marciano. **A Importância da Terceirização nas Organizações**. Professor e Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Recursos Humanos - NUPERH do Departamento de Ciências da Administração da Universidade Federal de Santa Catarina — UFSC Telefone (048) 3 319374. Florianópolis – SC, 1999. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/7998>. Acesso em: 10 fev. 2022.

GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Terceirização de mão-de-obra**. São Paulo: LTr, 2005

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MADEIRO, Carlos. **Terceirizados trabalham 3h a mais e ganham 25% menos, aponta estudo da CUT**. UOL Economia, Maceió, 2015. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2015/04/09/terceirizados-trabalham-3h-a-mais-e-ganham-25-menos-aponta-estudo-da-cut.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 9 ed. Ver e amplo - São Paulo: atlas. S.A ,2009.

OLIVEIRA, Jaqueline Santos. **Terceirização Trabalhista**. JusBrasil, não paginado, 2016. Disponível em: <https://jaquesoliver.jusbrasil.com.br/artigos/347900295/terceirizacao-trabalhista>. Acesso em: 10 fev. 2022.

PASTORE, José. **Terceirização: uma realidade desamparada pela lei**. Ver. TST, Brasília, vol. 74, nº 4, out/dez 2008. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/5386/006\\_pastore.pdf?sequence=5](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/5386/006_pastore.pdf?sequence=5). Acesso em: 10 fev. 2022.

PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. SOUZA, Larissa Martins de Souza. **Acerca da dicotomia atividade-fim e atividade-meio e sua implicações na ilicitude da terceirização trabalhista**. Revista de Informação Legislativa, Ano 51 Número 201 jan/mar. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502957/001002789.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 fev. 2022.

SIENGE. **Lei da terceirização e reforma trabalhista: impactos na construção civil**. Florianópolis: Sienge, 2017. Disponível em: <https://www.sienge.com.br/ebooks/lei-da-terceirizacao-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 10 fev. 2022.

SILVA, Daniel. **O Processo Terceirização Trabalhista à Luz das Mudanças Acarretadas Pela Lei 13.429/2017 e Projeto de Lei 4.330/2004**. Universidade Federal Fluminense, 2017. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/23101/Daniel%20Silva.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 fev. 2022.

TEODORA, Patrícia. **Terceirização já está em vigor – principais alterações.** Blog da Patrícia Teodora Direito, Política, Economia e Sociedade. Disponível em: <https://patriciateodora.blog/2017/04/04/terceirizacaoja-esta-em-vigorprincipais-alteracoes/>. Acesso em: 10 fev. 2022.

## CRIPTOMOEDAS E A EXAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA (IRPF)

### LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIK:

Bacharelando do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Servidor público efetivo do Município de Porto Nacional.

178

### FERNANDA MATOS F. DE O. JURUBEBA<sup>179</sup>

(coautora)

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é apresentar um panorama atual sobre a incidência do Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF) sobre as transações envolvendo Criptomoedas em âmbito nacional, tendo em vista a relevância do assunto em todo o mundo. Como ponto de partida, optou-se por apresentar as nuances da tecnologia dos Criptoativos, o que incluiu suas características principais e também sua classificação jurídica tributária. Em seguida, o estudo buscou apresentar os pontos mais importantes sobre o Imposto de Renda da pessoa Física. Por fim, analisou-se a forma como os Criptoativos são tributados nas principais economias do mundo e também as regulações já instituídas no Brasil a fim de regulamentar essa tecnologia, o que incluiu também os projetos de lei que ainda estão em fase de tramitação. A pesquisa, de cunho documental-descritiva, teve como intuito demonstrar a forma atual da tributação de Criptomoedas no Brasil, concluindo que a incidência do IRPF ocorre na alienação dos Criptoativos, devendo ser declarado ao fisco de acordo com as particularidades da transação.

**Palavras-chave:** IRPF; Criptomoedas; Criptoativos; Tributação; Fisco.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to present a current overview of the incidence of the Personal Income Tax on transactions involving Cryptocurrencies at the national level, considering the relevance of the subject throughout the world. As a starting point, it was decided to present the nuances of the Cryptoactive technology, which included its main characteristics and also its tax legal classification. Then, the study sought to present the most important points about the Personal Income Tax. Finally, the way in which Cryptoactives are taxed in the main economies of the world was analyzed, as well as the

---

178E-mail: lucasfermorais@hotmail.com

179Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Amazonas (UEA). Professora de Direito Tributário da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Assessora Jurídica de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.



regulations already instituted in Brazil in order to regulate this technology, which also included the bills that are still being processed. The research, of a documentary-descriptive nature, aimed to demonstrate the current form of taxation of Cryptocurrencies in Brazil, concluding that the incidence of Personal Income Tax occurs on the disposal of Cryptoactives, and must be declared to the tax authorities in accordance with the particularities of the transaction.

**Key-words:** Personal Income Tax; Cryptocurrencies; Cryptoactive; Taxation; Tax.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Criptomoedas e seu tratamento jurídico. 2.1. Origem e evolução das Criptomoedas. 2.2. Características e funcionamento das Criptomoedas. 2.3. Vantagens e desafios das Criptomoedas. 2.4. Tratamento jurídico. 2.4.1. Criptomoedas como valor mobiliário. 2.4.2. Criptomoedas como moeda fiduciária. 2.4.3. Criptomoedas como título de crédito. 2.4.4. Criptomoedas como Bem. 3. Da exação do Imposto de Renda. 3.1. Da definição de Imposto de Renda, fato gerador e competência. 3.2. Dos princípios a serem observados na cobrança do IR. 3.3. Alíquotas. 4. Da tributação do imposto de renda nos Criptoativos. 4.1. Da incidência de impostos sobre Criptomoedas em outros países. 4.2. Da incidência de IR sobre Criptomoedas no Brasil. 4.3. Das propostas em andamento sobre a exação do IR em Criptomoedas no Brasil. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema objeto do presente estudo foi proposto tendo em vista a relevância, cada vez mais crescente, dos Criptoativos no cenário econômico mundial. Muitos novos milionários surgiram por conta das Criptomoedas, dentre as quais o *Bitcoin* merece especial atenção, já que recordes históricos de cotação dessa Criptomoeda são quebrados a todo momento, mesmo que muitas vezes na contramão da economia mundial.

O assunto “Criptomoedas”, antes visto com receio, está cada vez mais presente no vocabulário da população mundial. Impulsionado por uma geração que está mais disposta aos riscos das oscilações de preço, assim como na busca por valorizações mais expressivas. Os inúmeros Criptoativos existentes no mercado foram se popularizando e hoje são realidade no *portfólio* de investimentos de muitos investidores iniciantes.

Tendo em vista essa popularização, o objeto do presente estudo foi verificar e apresentar a forma atual de tributação dos Criptoativos no cenário nacional e também mundial sob a ótica do Imposto de Renda da Pessoa Física. Dessa forma, um dos objetivos principais, é o de posicionar o leitor sobre como deve ser a forma correta de declaração das Criptomoedas, evitando assim problemas em relação à declaração de Imposto de Renda(IR).

Esse posicionamento só será possível por meio de um levantamento bibliográfico no qual será analisada, primeiramente, a tecnologia dos Criptoativos, sendo apresentado, da forma mais clara possível, seu funcionamento, assim como as particularidades existentes, buscando uma classificação jurídica mais adequada. Após essa primeira etapa de contextualização inicial, será apresentada uma breve explanação sobre o Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF), assim como suas particularidades e princípios envolvidos na sua exação.

Após essas considerações bibliográficas sobre o assunto, será possível chegar às conclusões da correta classificação dessa tecnologia do ponto de vista tributário, assim como verificar todo o esforço já realizado, e todas as propostas em andamento para a tributação correta desse ativo, já que, por ser tão recente, muitos estudos ainda se encontram em andamento, sendo essenciais atualizações que tentam, de certa forma, acompanhar o ritmo do desenvolvimento tecnológico.

## **2. CRIPTOMOEDAS E SEU TRATAMENTO JURÍDICO**

Ao tratar das Criptomoedas, várias delas vêm à mente devido à sua popularização em todo o mundo. Como dado inicial, existem, segundo o site *Coinmarketcap.com*, mais de onze mil Criptomoedas em circulação no mundo, figurando dentre as cinco moedas mais populares: *Bitcoin*, *Ethereum*, *Cardano*, *BinanceCoin* e a *Tether*.

Devido à importância que a moeda *Bitcoin* adquiriu nos últimos anos, quando se trata de *Criptoativos*, ela é a primeira a figurar. De acordo com o site *VoceSA.com*, o *Bitcoin* representa 47% do valor de todas as Criptomoedas somadas no mês de julho de 2021, representando assim, quase metade do total dos ativos em Criptomoedas.

### **2.1 Origem e evolução das Criptomoedas**

De acordo com Bittencourt (2020, pg. 13), a ideia das Criptomoedas surgiu em 1983, num artigo escrito por David Chaum, apresentando uma nova espécie de criptografia. A ideia chamou atenção pelo fato de que a inovação tinha três características principais, sendo elas: 1) A impossibilidade de interferência de terceiros no destino, valor e tempo da transação de um indivíduo; 2) A capacidade do usuário de saber quem seria o beneficiário em circunstâncias excepcionais e 3) a possibilidade de interromper um pagamento caso fosse verificada fraude.

Após várias pesquisas sobre o assunto por parte de outros pesquisadores que identificaram, no mínimo, um diferencial competitivo de inovação, surgiu no ano de 2008, o *Bitcoin*. Para Sousa (2020, p. 15), o cenário do surgimento do *Bitcoin* esteve intimamente ligado ao colapso da Bolsa Americana em 2008. Além disso, outro fator que colaborou para a quebra do ceticismo sobre a inovação trazida pelos Criptoativos, foi a de que a população em geral estava desacreditada nas medidas tomadas pelos governos, procurando, com

isso, alternativas de investimento que tivessem a menor influência possível por parte do ente governamental.

## 2.2 Características e funcionamento das Criptomoedas

Para Silva (2018, p. 15), as Criptomoedas têm como principal característica serem um meio de pagamento que resolve o chamado “problema do gasto duplo”. Desde o primeiro trabalho publicado sobre *Bitcoins*, intitulado de *Bitcoin: a Peer-to-Peer Eletronic Cash System*, ficou claro que a característica mais inovadora desta tecnologia seria de realizar as transações sem a necessidade de um terceiro intermediário, ou seja, uma rede ponto a ponto similar a que se utiliza para dados de internet. Além disso, outra grande marca dessa tecnologia é o código aberto, que promove uma independência das autoridades centrais, utilizando a criptografia para garantia da segurança.

Na definição da criptografia, pode-se inferir que se trata de uma técnica que transmite a informação de sua forma original para outra impossível de ser identificada, no qual somente o usuário a quem ela foi destinada com a chave correta pode ter acesso, garantindo a segurança da transação. Resumidamente, no caso dos *Bitcoins*, estes são criados por alguns usuários do sistema, que utilizando-se do processamento de seus computadores, validam as transações que ocorrem entre outros usuários, no processo de mineração.

Para deixar mais claro, Ulrich(2014, p. 18) traz de forma resumida a transação entre carteiras:

As transações são verificadas, e o gasto duplo é prevenido, por meio de um uso inteligente da criptografia de chave pública. Tal mecanismo exige que a cada usuário sejam atribuídas duas ‘chaves’, uma privada, que é mantida em segredo, como uma senha, e outra pública, que pode ser compartilhada com todos. Quando a Maria decide transferir bitcoins ao João, ela cria uma mensagem, chamada de ‘transação’, que contém a chave pública do João, assinando com sua chave privada. Olhando a chave pública da Maria, qualquer um pode verificar que a transação foi de fato assinada com sua chave privada, sendo, assim, uma troca autêntica, e que João é o novo proprietário dos fundos. A transação – e portanto, uma transferência de propriedade dos bitcoins – é registrada, carimbada com data e hora e exposta em um ‘bloco’ do blockchain (o grande banco de dados, ou livro- razão da rede Bitcoin). A criptografia de chave pública garante que todos os computadores na rede tenham um registro constantemente atualizado e verificado de todas as

transações dentro da rede Bitcoin, o que impede o gasto duplo e qualquer tipo de fraude.

Ainda sobre o funcionamento das Criptomoedas, Domingues(2020, p. 18) cita que deve-se analisar também o sistema utilizado. No caso dos *Bitcoins*, o sistema é o *Blockchain*, que em síntese, trata-se de um livro contábil que tem a função de registrar as transações de moedas virtuais. Por meio dele, o sistema colhe informações como a quantia de moedas transacionadas, os endereços de quem enviou e recebeu, assim como a data da transação. Vale lembrar que mesmo que o sistema colha todas essas informações, a característica da irastreabilidade permanece, já que as informações não são públicas.

O estudo ainda aponta algumas particularidades sobre o sistema *Blockchain* que podem fazer com que este possa ser, em breve, substituído. A primeira delas é sobre a escalabilidade, que é restrita devido à característica linear do sistema, o que no ano de 2017, diante do *Boom* em transações envolvendo *Bitcoins*, ocasionou um congestionamento, já que a capacidade do sistema foi superada. O segundo defeito, por assim dizer, refere-se às micro transações, que por existirem taxas relacionadas à mineração das transações, acabam por desestimular seu uso cotidiano.

Cabe ressaltar que milhares de outras moedas estão sendo, continuamente desenvolvidas, utilizando o mesmo sistema ou em busca de outros sistemas mais avançados e que consigam superar os entraves já apresentados. Um exemplo desses novos sistemas é o *Tangle*, que substituindo o sistema linear do *Blockchain*, apresenta a estrutura em forma de vértices, permitindo ramificações impossíveis no sistema linear. De acordo com Domingues(2020, p. 21), esse sistema possui tudo para solucionar os problemas apresentados no *Blockchain*, visto que possibilita transações mais rápidas, não sendo necessários mineradores para transacionar, e com isso, isento de taxa por transação.

### **2.3 Vantagens e desafios das Criptomoedas**

Hage (2018, p. 17) apresenta tanto pontos a favor, quanto contra a difusão das moedas virtuais no cotidiano das pessoas. A começar pelo lado negativo das Criptomoedas, estas possuem como característica principal o anonimato, o que poderia, por exemplo, encobrir crimes que as utilizam, como fraude fiscal, lavagem de dinheiro, corrupção e também financiamento do tráfico.

Além disso, a falta de proteção aos usuários também é um grande entrave para a larga utilização dos Criptoativos, motivo pelo qual alguns países ainda mantêm restrições severas, como, por exemplo, o recente banimento do *Bitcoin* da China.

Sobre o lado benéfico das Criptomoedas, Hage(2018, p. 17) cita a rapidez das transações, o que, por não exigir um intermediário, como uma instituição bancária, pode ser uma opção mais econômica. Além disso, por seu cunho tecnológico, ocorre diariamente

um estímulo à inovação, pois os sistemas podem ser melhorados continuamente. Elas também apresentam uma maior segurança aos usuários em relação às políticas governamentais como o confisco que ocorreu no governo Collor, já que não podem ser nem mesmo congeladas. Podem ser utilizadas mundialmente e dessa forma, protegem os usuários de inflações desequilibradas.

## 2.4 Tratamento jurídico das Criptomoedas

De acordo com Diniz (1998, p. 337), a definição de natureza jurídica refere-se à “afinidade que um instituto jurídico tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluída a título de classificação”.

Quando se trata das Criptomoedas, as definições são bem incertas ao tentar adequar quaisquer das moedas existentes a uma classificação jurídica. De acordo com Ulrich (2014, p. 33) quando se trata da natureza jurídica do *Bitcoin*, esta Criptomoeda possui:

[...] propriedades de um sistema eletrônico de pagamentos, uma moeda e uma commodity, entre outras. Dessa forma, estará certamente sujeito ao escrutínio de diversos reguladores. Vários países estão atualmente debatendo o Bitcoin em nível governamental. Alguns já emitiram pareceres ou pronunciamentos oficiais, estabelecendo diretrizes, orientações, etc. Uns com postura neutra, outros de forma mais cautelosa.

Nesse contexto, de acordo com Sousa (2020, p. 22), não existe um consenso sobre a definição da natureza jurídica dos Criptoativos, o que acaba causando a falta de uniformidade do seu tratamento. Dessa forma, passa-se a verificar as principais possibilidades de enquadramento com base na natureza jurídica das Criptomoedas, no caso em apreço, do *Bitcoin*, além das definições sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro.

### 2.4.1 Criptomoedas como valor mobiliário

Quando o assunto são Criptomoedas há uma grande expectativa na sua classificação como valor mobiliário. Sousa(2020, p. 28) pontua que a aquisição com o intuito especulativo, assim como ocorre com ações, por exemplo, suscita dúvidas acerca da possibilidade de enquadramento. Além disso, outro ponto que aproxima, mesmo que aparentemente, as Criptomoedas dos valores mobiliários, é a sua possibilidade de ser adquirida por meio de *Exchanges*, empresas que possibilitam a compra e venda desses ativos.

Dores (2019, p. 20) cita que um parecer recente da Receita Federal entendeu que as Criptomoedas se assemelham a ativos financeiros, tendo o usuário, o dever de declará-los. Já a Comissão de Valores Imobiliários, por meio do Ofício Circular 01/2018 afirmou que o *Bitcoin* não se enquadra na classificação de ativo financeiro. Ao falar de valores mobiliários, sua definição no âmbito do ordenamento pátrio é de acordo com a Lei 6.385/76, em seu Art. 2º, sendo a mesma, taxativa no que tange aos elementos parte dessa categoria.

Para Oliveira(2019, p. 21), o teor da Lei 6.385/76 traz o entendimento de que para ser considerado como valor mobiliário, o título deve ser expressamente classificado pelo ordenamento jurídico em seu Art. 2º. Acontece que, não se vislumbra a adequação dos Criptoativos na classificação citada, o que se ocorresse, deveria ter sua oferta regulada pela CVM, da mesma forma como acontece com os outros ativos existentes.

Ademais, Sousa (2020, p. 29) deixa bem clara essa impossibilidade de enquadramento como valor mobiliário, resumindo em dois pontos, sendo estes: 1) as Criptomoedas têm caráter descentralizado, não existindo uma autoridade emissora e 2) a sua emissão não é atrelada a nenhum direito de participação ou remuneração. Com base no exposto, mesmo com sua caracterização e uso recorrente como veículo de investimento, resta clara a impossibilidade de classificá-las como valor mobiliário.

#### **2.4.2 Criptomoedas como moeda fiduciária**

A primeira classificação que vem à mente é a correspondência que surge do próprio nome das Criptomoedas. Na visão de Oliveira (2019, p. 21), essa comparação acontece pelo fato de as Criptomoedas serem utilizadas como meio de troca. A aceitação do *Bitcoin*, por exemplo, já se mostra tão difundida que segundo o site *Olhardigital.com.br*, *“mais de 15.000 estabelecimentos em todo o mundo já aceitam a moeda como pagamento e estima-se que cerca de 328 mil transações são realizadas todos os dias nesses estabelecimentos utilizando-se do Bitcoin.”*

Mankiw(2015) aponta três requisitos para ser considerada moeda, sendo estes: 1) Reserva de valor, que se refere à proteção do poder de compra ao longo do tempo; 2) Meio de troca geral, que ocorre quando se aceita trocar um algo por outro em sua equivalência e 3) Unidade de conta, que se perfaz pela possibilidade de expressar o valor do bem naquela moeda. Portanto, defende-se a impossibilidade de classificação das Criptomoedas como moeda fiduciária tendo em vista que não se enquadram nos requisitos jurídicos existentes. Assim assevera Zilveti(2020, p. 496) no trecho a seguir:

Por outro lado, o conceito de moeda pode ser traduzido, numa perspectiva jurídica, como todo ativo que constitua forma imediata de solver débitos, com aceitação geral e disponibilidade imediata, e que confere ao seu titular um direito de saque sobre o produto social.

Constata-se, em princípio, a dificuldade de enquadrar as criptomoedas como moedas no sentido estrito, tendo em vista que elas não possuem aceitabilidade geral, não são administradas por uma autoridade central e não possuem disponibilidade imediata, considerando que transações com uma taxa muito baixa podem levar horas ou até mesmo dias para serem confirmadas. [...] De fato, não tendo o chamado curso legal, pouco resta para a criptomoeda ser considerada como moeda, especialmente para os fins deste ensaio, faltando-lhe lei para determinar o tratamento jurídico da coisa.

Com base no exposto, e conforme o trazido por Oliveira (2019, p. 14), o maior impedimento na consideração dos Criptoativos como moeda fiduciária seria o fato de que aqueles são voláteis, não tendo o seu sistema sido adequadamente internalizado pelos entes governamentais, correndo assim, o risco permanente de altas flutuações.

Com isso, chega-se ao entendimento de que sobre as Criptomoedas paira a ausência de curso legal, não cumprindo assim, sua função essencial de moeda. A Lei 9.069/95 em seu Art. 1º é bem clara quando traz que *"Art. 1º A partir de 1º de julho de 1994, a unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o REAL, que terá curso legal em todo o território nacional."* Com isso, há claramente, um impedimento legal da classificação das Criptomoedas como moeda fiduciária.

Para Sousa (2020, p. 28), a simples exclusão legal da possibilidade de aceitação das Criptomoedas como moeda fiduciária não é capaz de afastar sua natureza, até porque a lei data de 1995, ano em que nem sequer existia esse tipo de ativos. Porém, insta salientar que mesmo não sendo definitiva em sua classificação, corrobora com a conclusão de que a classificação como moeda não é a forma mais correta.

O mesmo autor encerra a discussão lembrando que não há uma regulamentação eficaz sobre a definição de moeda no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o posicionamento doutrinário, a base para que as Criptomoedas não sejam consideradas moedas fiduciárias, não podendo, portanto, serem consideradas como tal, contrariando assim, o principal enquadramento imaginado por todos em função do nome dado aos Criptoativos.

### **2.4.3 Criptomoedas como títulos de crédito**

Para Dores(2019, p. 24), os títulos executivos têm como características sua natureza líquida e certa, além de requisitos formais previstos no Código de Processo Civil, mais especificamente em seu Art. 784, que traz um rol taxativo dos títulos considerados executivos extrajudiciais.

Oliveira(2019, p. 21) aponta também que, dentre as características essenciais para que exista a figura dos títulos de crédito, o Código Civil em seu Art. 887, traz como elementos básicos de sua formação, quatro características essenciais, sendo elas: a) A literalidade; b) a cartularidade; c) o rigor formal e d) a autonomia.

Primeiramente, sobre a Literalidade, Ascarelli (2003, p. 57) define que se trata da impossibilidade de entendimento diverso do que está expressamente representado no título, ou seja, em outras palavras vale só e somente o que está escrito no título, não havendo espaço para interpretações subjetivas sobre o conteúdo.

Sobre a cartularidade, Oliveira (2019, p. 21) ressalta que essa característica se trata, basicamente, da materialização do título de crédito, ou seja, a característica que faz com que o crédito se incorpore ao documento, se materializando assim, no título. Um exemplo que pode ser dado para ilustrar a cartularidade é o cheque, que só pelo fato de ser apresentado no banco, enseja o direito de seu pagamento. O rigor formal é facilmente identificado pelos requisitos já abordados e presentes na legislação acerca dos títulos de crédito, ou seja, deve seguir os requisitos básicos para isso. Já a autonomia, implica basicamente, no fato de que as obrigações assumidas pelos títulos de crédito são independentes umas das outras, dessa forma, existe uma independência entre as obrigações que surgiram antes e depois da sua redação inicial.

Na análise feita por Dores (2019, p. 25), pode-se perceber que os Criptoativos não preenchem o requisito de rigor formal, já que não existe nenhuma característica formal em sua emissão. Além disso, a cartularidade não está presente já que as transações são totalmente opcionais, não ensejando direito a nenhum crédito. A literalidade não se faz presente tendo em vista que o valor de mercado não se mantém fixo e a autonomia também não pode ser verificada por não constituir direito novo.

#### **2.4.4 Criptomoedas como bem**

Como aponta Souza (2015, p. 5) em sua obra, pela impossibilidade de classificação de acordo com as categorias já citadas, a melhor classificação encontrada foi a de Bem móvel incorpóreo, possibilitando sua utilização tanto na troca por bens, quanto por serviços.

Adentrando mais no conceito de Bem, Gonçalves(2012, p. 266) ensina que os bens jurídicos são tudo aquilo que nos trazem satisfação, ou seja, aqueles que são suscetíveis a uma valoração jurídica. Aplica também nessa definição a correlação existente entre coisas e bens, sendo aquelas espécies e estes gênero.

Outra definição doutrinária acerca de bens é a dada por Diniz (2017, p. 375), trazendo que estes podem ser definidos como “coisas materiais ou imateriais que tem valor econômico e podem servir objeto das relações jurídicas”. Com base nesse conceito, pode-



se vislumbrar a classificação dos Criptoativos como bens, já que estes são imateriais e ao mesmo tempo são dotados de valor econômico, sendo possível ser objeto de relações jurídicas.

Sousa(2020, p. 30) aponta várias outras características de bens que podem ser facilmente visualizadas nas Criptomoedas, mais especificamente nos *Bitcoins*. Dentre elas pode-se citar, primeiramente, sua alienação, tendo em vista que os registros de transações são feitos, mesmo que, diferentemente dos outros valores mobiliários, de forma descentralizada. Outras características citadas pelo autor são a fungibilidade, já que não existem atributos específicos diferenciando as mesmas Criptomoedas, e também a divisibilidade, já que não há impedimento para que as Criptomoedas possam ser fracionadas.

Sobre os contratos de troca, ou mesmo compra somente com o uso de Criptomoedas, Dores (2019, p. 25) cita que estes estarão sujeitos ao disposto no Art. 533 do Código Civil. Além disso, merece uma adaptação o Art. 481 do Código Civil que considera a compra e venda como: *“Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”, adaptando, portanto, o pagamento de quantia certa em dinheiro por remuneração paga por Criptoativos.*

Dessa forma, na visão de Souza (2020, p. 32), a classificação das Criptomoedas como “bem” é congruente com a doutrina civilista Brasileira e com o direito positivo vigente. Além da doutrina, o posicionamento das autoridades fiscais nacionais leva a crer que estes estão em total acordo com o tratamento tributário apresentado, afastando assim, a classificação como valor mobiliário e moeda, e aproximando-se do conceito de bem.

Por fim, Dores (2019, p. 30) finaliza sua definição da natureza jurídica das Criptomoedas como bem, lembrando que esse entendimento provém de uma ótica exclusiva do direito, o que de acordo com o próprio autor, leva tempo para se adequar às transformações que ocorrem no âmbito fático.

### **3. DA EXAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA**

Após a análise das principais características das Criptomoedas, assim como do seu enquadramento jurídico no Brasil, passa-se à análise do Imposto de Renda. Num primeiro instante cabem ser esmiuçadas as características desse tributo, sobre seus aspectos mais relevantes, tanto no entendimento geral, quanto para aqueles que estarão relacionados às Criptomoedas.

#### **3.1 Da definição de Imposto de Renda, fato gerador e competência**

Quando se trata do Imposto de Renda, Machado Segundo (2018, p.276) traz uma visão interessante sobre sua aplicação em território brasileiro. Cabe ressaltar que inúmeras foram as tentativas de instituir esse tributo ainda no século XIX, sendo instituído somente no ano de 1922, com a Lei nº 4.625/22. Cumpre ressaltar que no ano de sua instituição, este tinha competência residual da União, já que o texto constitucional vigente à época era a constituição de 1891.

Com as atualizações do texto constitucional, inclusive antes mesmo da sua vigência, que só ocorreu em 1926, com o decreto nº 17.390/26, o Imposto de Renda passou a ter previsão constitucional, sendo previsto no art. 153, III da CF de 1988, *in verbis*:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

III - renda e proventos de qualquer natureza;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei”

Além da previsão constitucional apresentada acima, outras considerações acerca do Imposto de Renda se fazem presentes no art. 43 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da

disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da

combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou

do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

Ambas as definições apresentadas acima têm o intuito de trazer com o máximo de clareza o que vem a ser a tributação sobre a renda. Acontece que os próprios dispositivos suscitam questionamentos que podem ser relevantes para o entendimento da exação, assim como os critérios utilizados para isso, o que irá influenciar na aplicação em relação aos Criptoativos.

O primeiro ponto que merece destaque ao se tratar de Imposto de Renda é a conceituação do que vem a ser “renda”. Diante das incertezas sobre o conceito, o STF se manifestou por meio do RE 117.887, pelas palavras do Min. Carlos Velloso, o que de acordo com Paulo Barros de Carvalho, teve a seguinte significação:

[...] ‘renda’ é todo acréscimo patrimonial, todo ingresso líquido, em bens materiais, imateriais ou serviços avaliáveis em dinheiro, periódico, transitório ou acidental que apresente um caráter oneroso ou gratuito, que importe um incremento líquido do patrimônio de determinada pessoa, em certo período de tempo.

Para Souza (2018, p. 84), a renda se perfaz como o produto do trabalho, sendo então, a remuneração pelo serviço prestado ou bem produzido. Adiciona-se a esse conceito, a renda como produto do capital, o que com base na Instrução normativa SRF nº 84/2001, é definida como a diferença entre o valor de compra e o valor de venda de um bem.

Outro ponto de bastante interesse relativo ao conceito de renda e também sobre a exação do IR com base no CTN, engloba os requisitos para que se possa aplicar este tributo. Para Souza (2020, p. 42), além da existência da renda ou provento de qualquer natureza por conta do acréscimo patrimonial, como consta na definição constitucional, exige-se também a obrigação de que essa renda esteja disponível econômica ou juridicamente para que ocorra a incidência do tributo.

Em outras palavras, a disponibilidade econômica seria a renda já incorporada ao contribuinte, ou seja, disponível para ser utilizada. Já em relação à disponibilidade jurídica, relaciona-se com a aquisição do direito à renda sem que tenha havido a percepção em forma de bens ou de dinheiro. De forma a deixar claro os requisitos acima citados, é mister trazer à tona os ensinamentos do grande doutrinador Gilberto de Uôa Canto *et al*, que apresenta:

I.9. Segue-se a questão de como distinguir aqui a dicção da disponibilidade ‘econômica’ e a da ‘jurídica’, modalidades referidas no texto sob comentário. Diz-se que há disponibilidade econômica quando alguém pode, efetivamente, tomar, usar e alienar bem ou direito. Jurídica é a disponibilidade quando o seu titular pode, embora não haja recebido fisicamente a coisa ou o direito, deles fazer uso ou tirar os proveitos resultantes do domínio porque a lei ou o contrato lho permitem, mesmo que seja preciso ter a sua detenção material.

Em resumo, resta claro que para que ocorra a tributação da renda, em sede de aplicação do IRPF, é imprescindível que ocorra a disponibilidade econômica e jurídica sobre a renda ou proventos de qualquer natureza, sendo estes, requisitos necessários para que a incidência seja corretamente aplicada.

Outro ponto que merece destaque sobre o Imposto de Renda é a definição de sua base de cálculo e, conseqüentemente, seu fato gerador. Para Machado (2018, p. 280), a base de cálculo de um tributo está intimamente ligada ao seu fato gerador, isso porque aquela pode ser considerada como aspecto tangível do fato gerador, ou seja, o fato gerador transformado em cifra define a base de cálculo. Para concretizar esses conceitos, o fato gerador, no caso do Imposto de Renda, ocorre quando se adquire a disponibilidade econômica ou jurídica da renda. Sendo assim, a base de cálculo seriam os valores dessa renda ou proventos.

Ainda sobre o fato gerador, de acordo com Pereira (2006, p. 18), cinco são os requisitos básicos para que este seja considerado válido. O primeiro dos requisitos é a existência da hipótese de incidência do tributo, ou seja, existência legal. Em seguida, o sujeito passivo da relação, sendo este sobre quem recairá a obrigação. Em terceiro, analisa-se a possibilidade temporal do tributo. Em seguida, o local onde acontece o fato gerador e por último, a definição de seu valor econômico.

Quando se tratada competência tributária, importa o trazido pela própria Constituição Federal em seu art. 153, a qual estabelece que é da União a competência para instituir imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza. Além disso, Sabbag (2016, p. 1673) ainda aponta que o Imposto de Renda tem como intuito a promoção da adequada distribuição em relação à renda, sendo também, por conta de sua função fiscal, a principal fonte de receita tributária da União.

### **3.2 Dos princípios a serem observados na cobrança do IR**

Ao tratar sobre o Imposto de Renda, deve-se atentar ao trazido pela própria Constituição Federal em seu art.153, I do § 2º, que é bastante claro ao relacionar a exação do IR com os princípios da generalidade, universalidade e progressividade. Esses três princípios são aplicados de forma específica ao IR, os quais devem ser utilizados sempre que haja a necessidade da sua interpretação e aplicação.

De acordo com Gutierrez (2009, p. 79), o princípio da Generalidade tem uma inteira correlação com o princípio da igualdade em seu sentido jurídico. Em suma, está relacionado à formulação do próprio princípio da igualdade, o que tem como intuito a significação de que todos aqueles que auferem qualquer tipo de renda ou provento devem estar sujeitos à tributação sem exceções de cunho pessoal. Sobre o princípio, este é resumido a seguir por Carrazza (2005, p. 62):

Por generalidade entendemos que o imposto há de alcançar todas as pessoas que realizam seu fato imponible. E isto independentemente de raça, sexo, convicções políticas, credo religioso, cargos ocupados etc. Noutros falares, este critério veda discriminações e privilégios entre os contribuintes.

Desta forma, o princípio da generalidade, que está totalmente atrelado ao princípio da igualdade, constitui-se em verdadeira regra de interpretação, já que estabelece que o juiz ou todo aquele que tem o poder de aplicar qualquer lei, deverá aplicá-la de forma que não seja criado nenhum tipo de privilégio, de qual tipo seja. Desta forma, este princípio institui que a lei, o que envolve tanto sua edição quanto sua aplicação, não pode ser fonte de privilégios, devendo tratar a todos de maneira equitativa.

Sobre o princípio da Universalidade, Gutierrez (2009, p. 101) afirma que este é o princípio responsável por determinar que o imposto alcance todo tipo de renda e proventos auferidos pelo contribuinte de maneira igualitária, ou seja, sendo inválida, juridicamente, a distinção de acordo com as suas origens, assim como as atividades desenvolvidas pelo contribuinte. Em suma, o imposto de renda deve incidir sobre o acréscimo patrimonial, ou seja, sobre os rendimentos líquidos, não aceitando qualquer tipo de discriminação em virtude da origem dos rendimentos.

Sobre o tema, Machado (2018, p. 276) resume o conceito desse princípio: “os rendimentos são passíveis de tributação, não importando sua natureza ou origem, inclusive quando havidos no exterior. Importa apenas saber se houve acréscimo do patrimônio do contribuinte.”

Em relação ao terceiro princípio constitucional destacado, a progressividade, Machado (2018, p. 276) cita que: “por progressividade entende-se que as alíquotas do imposto devem ser variáveis, crescendo em razão proporcional à base de cálculo”. O intuito desse princípio é a redução das desigualdades sociais utilizando-se do sistema tributário, de forma que as alíquotas são incrementadas conforme aumente a base tributável.

Gutierrez (2009, p. 168) traz um ponto importante na análise deste princípio. Segundo o autor, não pode ser aplicada a progressividade simples ao Imposto de Renda, tendo em vista que isso iria de encontro a outros princípios tributários como a capacidade contributiva e igualdade na tributação. O que deve ocorrer, e também o que já ocorre na tributação de IR no Brasil é a progressividade graduada, ou seja, quanto maior a renda, maior a alíquota de imposto cobrada.

Dessa forma, quando se trata do princípio da progressividade, Conti (1997, p. 98) é categórico ao afirmar que trata-se da melhor forma de obedecer ao princípio da capacidade contributiva, pois busca obter a equidade vertical, igualando o sacrifício por

parte dos contribuintes, tornando assim, os sacrifícios suportados por cada contribuinte iguais na medida de sua desigualdade.

### 3.3 Alíquotas

Para Grossi (2017), a alíquota, junto com a base de cálculo, permite que se consiga determinar o *quantum debeatur*. Embora pré-definida na Carta Magna, sua determinação pelo poder público deve-se atentar aos princípios já citados acima, de forma que atenda também aos princípios da capacidade contributiva, assim como do não-confisco.

Dessa forma, entra em cena, com papel principal, o princípio da progressividade, que aliado ao da capacidade contributiva, preconiza que os tributos devem ser, tanto maiores, quanto maior a possibilidade econômica dos contribuintes. Com isso, as alíquotas definidas no ordenamento brasileiro levam em conta a progressividade das rendas, buscando ser o mais justo possível na tributação da renda.

Segundo a Receita Federal, as alíquotas vigentes no Brasil em relação ao IRPF, são as seguintes: I) Renda mensal até R\$ 1.903,98, isento do pagamento de IR; II) de R\$ 1.903,99 até R\$ 2.826,65, alíquota de 7,5%; III) de R\$ 2.826,66 até R\$ 3.751,05, de 15%; IV) de R\$ 3.751,06 até R\$ 4.664,68, de 22,5% e V) acima de R\$ 4.664,68, alíquota aplicada de 27,5%.

Para Grossi (2017), a aplicação das alíquotas como mencionado acima não cumpre o papel primordial preconizado pelo princípio da progressividade. O fato de só existirem cinco classes de alíquotas, sendo 4 delas aplicadas a quem auferir renda mensal até R\$ 4.664,68, e somente uma alíquota para quem ganha acima disso, não consegue atender ao princípio da progressividade de forma eficaz, principalmente pela grande desigualdade social existente no Brasil.

Levando em consideração os pontos elencados acima, pode-se perceber que o princípio constitucional da progressividade está bem distante de ser atendido, tendo em vista que o contribuinte que recebe renda de R\$ 5.000,00, está sujeito à mesma alíquota daquele que no mesmo mês recebeu R\$ 200.000,00. Além disso, a tributação tem sua alíquota dobrada, saindo de 7,5% para 15%, por conta de uma variação da renda de menos de R\$ 1.000,00. Sobre o tema, importante destacar a crítica de Castro (2004, p. 158), que segue:

As alíquotas progressivas presentes pela sistemática em vigor praticamente igualam as cotas das diferentes classes de contribuintes, contrariando o ideal preconizado pelo legislador constitucional de redistribuição de renda, e propiciando, ao revés, ainda maior concentração de riqueza no país. Um modelo verdadeiramente injusto e inconstitucional, por burlar não só a

universalidade e a progressividade próprias do IR, mas também o princípio da capacidade contributiva.

Com isso, a progressividade das alíquotas só teria consonância com o preconizado na Constituição, caso estas tivessem a sua progressividade baseada no real aumento da capacidade contributiva dos contribuintes. Um exemplo dessa progressividade acentuada pode ser visto na tributação aplicada na Suécia, que pode chegar a 56,6%, assim como também em Aruba, que chega até 59% de tributação sobre o IRPF.

Importante frisar que no contexto histórico do Brasil, vários sistemas tributários em relação ao IR já se fizeram presentes, sendo que o mais justo, no entendimento de Grossi (2017), foi o que vigorou no país até o ano de 1988, chegando a ter 13 classes de renda tributável, com alíquota que chegava até 60% de tributação.

Diante disso, o governo estuda a atualização das alíquotas do IPRF aplicadas na proposta de reforma tributária apresentada pelo próprio Poder Executivo com o Projeto de Lei nº 2.337/21. De acordo com o governo, essa proposta de atualização irá beneficiar os contribuintes, de forma que aumentará a quantidade de contribuintes isentos do pagamento de IRPF, assim como atualizar os valores defasados. A tabela a seguir apresenta o resumo da proposta de tributação:

**Nova tabela do Imposto de Renda**

Faixas atuais	Faixas da nova proposta	Alíquotas	Contribuintes por faixa (antes)	Contribuintes por faixa (depois)
Até R\$ 1.903,98	Até R\$ 2.500	0% (isento)	10,7 milhões	16,3 milhões
De 1.903,99 a R\$ 2.826,65	De R\$ 2.500,01 a R\$ 3,200	7,5%	6,8 milhões	2,8 milhões
De R\$ 2.826,66 a R\$ 3.751,05	De R\$ 3,200,01 a R\$ 4.250	15%	3,7 milhões	3,6 milhões
De R\$ 3.751,06 a R\$ 4.664,68	De R\$ 4.250,01 a R\$ 5.300	22,5%	2,3 milhões	2,2 milhões
Acima de R\$ 4.664,68	Acima de R\$ 5.300,01	27,5%	6,9 milhões	6,3 milhões

Fonte: Receita Federal

Cumpramos ressaltar que a proposta de atualização do IRPF resumida acima teve como objetivo tornar a arrecadação do IR mais justa. Porém, numa análise crítica do apresentado, esta proposta não tem a capacidade de satisfazer o princípio constitucional da progressividade, visto que sua função é, tão somente, de atualização inflacionária dos valores.

#### **4.DA TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA NOS CRIPTOATIVOS**

Assim como está ocorrendo no Brasil, o fenômeno de classificação para tributação dos Criptoativos está ocorrendo em todo o mundo. O motivo principal dessa corrida é a grande valorização das Criptomonedas, o que pode ser visto, facilmente, no gráfico a seguir:



Fonte: CoinMarketCap (2021)

Como apresentado no gráfico acima, o *Bitcoin*, utilizado aqui por conta de sua popularidade, teve um salto exorbitante desde o seu surgimento, atingindo sua cotação máxima histórica de mais de \$60.000,00 no desenvolvimento deste trabalho. Dessa forma, verifica-se um acréscimo patrimonial relevante da pessoa física que adquiriu a moeda 10 anos atrás, e decide aliená-las no presente, multiplicando seu patrimônio em mais de 60 vezes.

Outro fator relevante para a busca pelo entendimento da tecnologia está no combate aos ilícitos tributários, o que envolve a elusão e a evasão fiscal. Para Bittencourt (2020, p. 45), a elusão fiscal, no qual o fato gerador é distorcido, e a evasão fiscal, em que se esconde o fato gerador do tributo, podem ser facilmente potencializadas com o uso da tecnologia dos Criptoativos, seja por conta das lacunas existentes nas leis sobre o tema, seja pela falta de técnicas para uma fiscalização efetiva por parte das diferentes nações.

Na visão de Romano (2019), os moldes de regulamentação a serem aplicados no Brasil serão um reflexo das definições aplicadas em outros países economicamente relevantes. Tendo isso em vista, antes de adentrar no tratamento dado nacionalmente, cabe fazer uma breve explanação sobre a tributação nas principais nações que podem influenciar diretamente no tratamento adotado pelo Brasil.

#### 4.1 Da incidência de impostos sobre Criptomoedas em outros países

Como abordado, alguns países, seja pelo pioneirismo na tributação de Criptomoedas, seja pela relevância econômica, acabam por ter certa influência na forma como as Criptomoedas são e serão tributadas em âmbito nacional. O Canadá, por exemplo, foi um dos pioneiros a legislar sobre Criptomoedas e todas as operações que estão envolvidas nessa tecnologia.



No estudo de Emmer (2019, p. 53), o Canadá preferiu por adotar a tributação do rendimento das Criptomoedas, relativo ao Imposto de renda, por meio do ganho de capital. Este, por sua vez, é similar ao imposto de ganho por negócios, inclusive, seguindo os mesmos percentuais aplicados ao imposto de Renda da pessoa física, tendo as alíquotas variando entre 15% e 29% sobre o lucro auferido. Para Rodrigues e Fernandes (2019, p. 26), as Criptomoedas são enquadradas como *commodity* na visão da *Canada Revenue Agency* (CRA), órgão fiscalizatório canadense.

Quando se trata do seu país vizinho, os Estados Unidos da América, Rodrigues e Fernandes (2019, p. 25), explicam que o país assumiu posicionamento similar ao Canadense, ou seja, todo o ganho de capital deve ser tributado como, acréscimo patrimonial (*income tax*). Interessante citar que o Departamento do Tesouro dos EUA orientou que todas as casas de câmbio, assim como as demais empresas administradoras que operem Criptoativos, fossem inseridas na mesma classificação, ou seja, como *Money Services Businesses*, sujeitando-se às mesmas regras que as outras empresas do setor.

Essa orientação, por outro lado, não incluiu as pessoas físicas, deixando-os sem encargos ou tributação específica além do acréscimo patrimonial. Em contrapartida, de acordo com o site *Technoblog.com.*, o Congresso americano apresentou, no ano de 2021, um plano de infraestrutura a ser totalmente financiado com a tributação sobre Criptomoedas, o que demonstra uma preocupação atual sobre a transparência nas Criptomoedas, assim como um planejamento, à curto prazo, para aumentar consideravelmente a arrecadação desse setor.

Outro país que merece destaque no cenário mundial em relação aos estudos e tratamento dado aos Criptoativos é a Austrália. De acordo com Emmer (2019, p. 54), a Austrália tributava todas as operações referentes às criptomoedas, tributando os ganhos de capital da diferença entre os valores de aquisição e os valores de alienação. Suas alíquotas, diferentemente do que é aplicado em outras nações, não seguem uma tabela percentual fixa, tendo em sua aplicação um valor fixo, mais uma parcela variável a depender da base de cálculo.

Um ponto importante trazido pelo site *Cointelegraph.com*, é que ainda no ano de 2017, a Austrália já havia modificado o seu sistema de tributação sobre as Criptomoedas, que antes disso, possuía dupla tributação na compra e no uso por troca de bens e serviços. Além disso, fato importante a ser destacado, é que após o banimento dos Criptoativos da China, até então o maior minerador de Criptomoedas do mundo, outros países estão se mostrando mais preocupados em se tornar atrativos para o setor, fato este, que impulsionou o parlamento Australiano a lançar um relatório com regras mais claras sobre os Criptoativos no mês de outubro de 2021. (Livecoins, 2021).

Por último, merece ser citado o Japão, pioneiro em legislação sobre Criptomoedas, que de acordo com Soares (2021, p. 64), desde 2016 tenta esmiuçar o assunto, por meio da lei de serviços de pagamentos, regulamentando as *exchanges*. Dentre as regulamentações trazidas, com o intuito principal de proporcionar maior segurança nas operações, está a necessidade de que as exchanges tenham sede no Japão e registro no *Local Finance Bureau*.

Além disso, segundo o site *Infomoney.com*, o Japão luta, para, além de regulamentar os Criptoativos, simplificar a tributação sobre o setor, já que é um dos precursores da tecnologia. Dessa forma, a tributação, que hoje varia de 15% a 55%, tende a ser simplificada, com alíquota meta de tributação em 20%. (Infomoney, 2021).

Em verdade, assim como trata Soares (2021, p. 65), as adaptações trazidas pelos países para se adaptarem, da maneira mais rápida possível, às mudanças de tecnologia são totalmente perceptíveis. Na opinião do Banco Mundial, assim como do Fundo Monetário Internacional (FMI), as Criptomoedas representam um grande desafio tanto de cunho político quanto de caráter econômico para toda a sociedade.

Por conta disso, ainda em 2018 foi apresentado um estudo do Banco Mundial que fez experiências sobre a regulação dos Criptoativos, tanto na Ásia quanto na Europa, o que resultou na grande necessidade em regular essa tecnologia do ponto de vista financeiro, da proteção dos usuários e também da administração tributária, isso tudo sem prejudicar o desenvolvimento da tecnologia. Dessa forma, o interesse sobre o tema se mostrou tão relevante, que no ano de 2019 foi lançada uma *Learning Coin* (moeda de aprendizado), sem valor monetário, com o intuito de conhecer melhor a tecnologia e realizar testes.

#### **4.2 Da incidência de IR sobre Criptomoedas no Brasil**

Embora não exista regulamentação legal sobre o assunto em âmbito nacional, Gontijo (2019, p. 17) expõe o fato de que as instituições estatais vêm, nos últimos anos, regulamentando o tema de maneira infralegal, já que podem ser observados diversos ofícios, pareceres e instruções normativas de forma a tentar suprir essa lacuna existente.

De acordo com Soares (2021, p. 69), a Receita Federal Brasileira (RFB) trouxe, pela primeira vez, no ano de 2014, a obrigatoriedade da declaração de *Bitcoins* como bens, tributando os ganhos relativos à compra e venda. Cabe lembrar que naquela época, os Criptoativos foram equiparados a ativos financeiros, sendo obrigados a declarar todos aqueles que possuíam o equivalente a R\$ 1.000,00 ou mais, em até o ano anterior, ou seja, 2013. Além da necessidade de declaração desses ativos, instituiu a alíquota de 15% sobre os ganhos em transações acima de R\$ 35.000,00.

Até então as discussões sobre o tema estavam ainda tímidas, o que com o passar dos anos, foi ascendendo cada vez mais no cenário tributário, levando a mais

questionamentos sobre o assunto. Dessa forma, no ano de 2017, no programa de perguntas e respostas da RFB, pergunta 447, estipulou que os Criptoativos, mesmo não sendo considerados como moedas, deveriam ser declarados na Ficha de Bens e direitos, como “outros bens”, equiparando-se a um ativo financeiro. (receita federal 447).

Merece ser salientado que, na visão de Sousa (2020, p. 50), a resposta dada na pergunta 447, nunca teve o intuito legislativo de instituição de um tributo. Pelo contrário, teve o objetivo de esclarecer os deveres para com o Fisco, evitando declarações equivocadas. Dando continuidade às regulamentações que surgiram sobre o tema, ainda no ano de 2017, a pergunta 607 acabou ratificando o que para muitos investidores ainda era motivo de dúvidas, trazendo o seguinte, *in verbis*.

607 — Os ganhos obtidos com a alienação de moedas ‘virtuais’ são tributados?

Os ganhos obtidos com a alienação de moedas virtuais (bitcoins, por exemplo) cujo total alienado no mês seja superior a R\$ 35.000,00 são tributados, a título de ganho de capital, à alíquota de 15%, e o recolhimento do imposto sobre a renda deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação. As operações deverão estar comprovadas com documentação hábil e idônea. (REF. 667 RFB)

Soares (2021, p. 69), além do exposto, trouxe em seu trabalho que, buscando complementar mais ainda o assunto, e por conta do mercado cada vez mais significativo, foi realizada a consulta pública 06/2018, com o principal objetivo de verificar a conformidade tributária e o combate aos ilícitos tributários, apresentando a possibilidade de criação da obrigação acessória sobre as transações sobre Criptomoedas.

Como resultado, entrou em vigor, já no ano de 2019, a Instrução normativa 1.888/2019, com o intuito de detalhar edisciplinar a obrigatoriedade de prestação de informações da utilização de Criptoativos à RFB. Além disso, seu caráter de obrigação acessória foi devidamente instituído, o que na explicação de Machado (2004, p. 301), refere-se à obrigatoriedade de fazer, não fazer ou tolerar, não sendo fonte econômica direta.

Merece destaque sobre a IN 1.888/19, o trazido por Sousa (2020, p. 50), que refuta a imagem de criação de imposto ou ampliação do campo incidência do IR, deixando claro em seu trabalho, que a Instrução Normativa em comento nunca teve o intuito de regular o fato gerador do IR, tendo caráter unicamente explicativo. A Instrução normativa, mesmo respaldada como legislação tributária pelo art. 96 do Código Tributário Nacional (CTN), teve, nesse caso, ao invés de cunho normativo, um caráter muito mais interpretativo e elucidativo.

Diante disso, além do já exposto, e segundo os dados da própria RFB, a declaração de ativos se torna obrigatória em todas as operações, para cada Criptomoeda diferente, que supere R\$ 5.000,00. Dessa forma, citando um exemplo dado pelo site *Infomoney.com*, caso sejam adquiridas 2 Criptomoedas diferentes, em que foram comprados R\$ 6.000,00 de uma delas e apenas R\$ 2.000,00 da outra, somente a primeira deverá ser obrigatoriamente declarada, a outra se torna opcional (Infomoney, 2021).

Além desse valor mínimo que obriga a declaração da renda, é mister citar também que as operações até R\$ 35.000,00 por mês estão isentas de tributação, sendo aplicadas as alíquotas da Lei nº 8.981/95 para o ganho de capital declarado acima desse valor. As alíquotas variam da seguinte forma: a) Até 5 milhões, alíquota de 15%; b) Entre 5 e 10 milhões, alíquota de 17,50%; c) Entre 10 e 30 milhões, alíquota de 20% e d) acima de 30 milhões, alíquota de 22,50%.

Recentemente, em maio de 2021, a RFB apresentou também novos códigos para classificar e declarar os ativos Criptografados. Até então declarados sob o código 99-*outros*, agora existem 3 códigos diferentes, sendo estes: *i) 81 – Criptoativo Bitcoin (BTC); ii) 82 – Outros criptoativos, do tipo moeda digital (altcoins, como Ether); e iii) 89 – Demais criptoativos (não considerados moedas digitais, mas classificados como security tokens).*

Adicionalmente, todas as *exchanges*, enquanto intermediárias, devem prestar informações sobre as transações, assim como os usuários, que devem prestar todas as informações em relação às transações acima de R\$ 30.000,00 quando as *exchanges* forem domiciliadas no Brasil, e sobre qualquer valor quando domiciliadas no exterior.

Outro ponto que tem muito a ser discutido pela doutrina, e apresentado também no trabalho de Sousa (2020, p. 49) é relativo ao caso de permuta. Em resumo, o empenho existente pode ser combatido com o conceito de ganho de capital trazido pelo art. 3º, da Lei 7.713/88, que apresenta que este é considerado sempre que haja alienação, à qualquer título, de bens ou direitos, incluindo a permuta. Dessa forma, a discussão sobre a incidência do IR sobre as permutas envolvendo Criptoativos pode ser facilmente reduzida à verificação de ganho de capital com acréscimo patrimonial, que se confirmado, deve incidir.

Dessa forma, a cobrança do IR em relação aos Criptoativos trata-se de um caso de obrigação acessória, o que implica na possibilidade de alterações. Com isso, e exposto por Sousa (2020, p.52), além do art. 96 do CTN, a inobservância desse tipo de obrigação, enseja uma obrigação principal, relacionada à penalidade pecuniária. No caso em questão, a aplicação dá-se pelo simples fato de que, após o ano de 2019, na vigência da IN 1.888/19, todas as transações envolvendo Criptoativos e outras moedas digitais devem ser declaradas, assim como também estão sujeitos à retenção de imposto os ganhos de capital acima de R\$ 35.000,00 reais mensais.

Por fim, a doutrina, como apregoa Soares (2021.p, 71), já debate e terá muito o que debater em relação à legalidade das normativas sobre as Criptomoedas, já que um dos principais regramentos sobre o tema se trata de uma Instrução normativa, o que se restringe às já citadas obrigações acessórias. Cumpre ressaltar, que o STJ já apreciou questões sobre o tema, decidindo que a administração tributária tem a competência para instituir as obrigações tributárias acessórias, como a exemplo da tributação dos Criptoativos.

### **4.3 Das propostas em andamento sobre a exação do IR em Criptomoedas no Brasil**

No estudo realizado por Soares (2021, p. 66) foram elencadas as iniciativas legislativas sobre Criptoativos, existindo iniciativas tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal. Cabe ser frisado que muitos dos Projetos de Lei apresentados a seguir estão tendo sua tramitação simultânea, tendo em vista a necessidade de atualização ou complementação verificadas durante o próprio âmbito de aprovação.

Primeiramente, os dois Projetos de Lei (PL) propostos pela Câmara dos Deputados foram o PL nº 2.303/15 e o PL nº 2.060/19. O primeiro deles, o mais antigo sobre o tema, criou a Comissão Especial de Moedas Virtuais, com o intuito de aprofundar mais o conhecimento sobre o tema, e já sofreu 7 emendas desde sua proposição. A grande crítica a essa primeira tentativa de tributação das Criptomoedas foi a de que esse PL trouxe também o estudo da tributação sobre milhas aéreas, o que tem características totalmente distintas do tema em análise.

Já o PL nº 2.060/19, quase 4 anos depois, trouxe a sugestão de alteração em âmbito penal, com a preocupação de evitar crimes tributários, incluindo o seguinte item ao Decreto-Lei nº 2.848/40, *in verbis*:

Art. 292-A. Organizar, gerir, ofertar carteiras, intermediar operações de compra e venda de Criptoativos com o objetivo de pirâmide financeira, evasão de divisas, sonegação fiscal, realização de operações fraudulentas ou prática de outros crimes contra o Sistema Financeiro, independentemente da obtenção de benefício econômico: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Quando se trata das iniciativas do Senado, a primeira delas foi o PL 3.825/19, que tem como intuito principal, a definição dos conceitos sobre as operações com Criptoativos nas plataformas eletrônicas de negociação. Neste PL foram definidos, para fins tributários, o que vem a ser a plataforma eletrônica, o Criptoativo, e as *exchanges* de Criptoativos.

Esse Projeto de Lei teve cunho bem mais específico do que os outros antes apresentados. Além das definições acima citadas, este também trouxe outros pontos

importantes, como: a) o fato de que as *exchanges* ficariam a cargo da fiscalização do Banco Central, dependendo da sua autorização para funcionamento e que b) a oferta pública dos Criptoativos, o ICO, deve se submeter à fiscalização da CVM, e tendo como controlador de todas as movimentações, a RFB.

Já o PL 3.949/19, apresentado em julho de 2019, tem como pretensão a de estabelecer condições para o funcionamento das *exchanges*, sendo uma delas a de prestação de contas para a RFB. Outro ponto especificado na proposta, foi o de que os recursos investidos não deveriam ser considerados patrimônio das companhias. Por fim, previu a competência do Banco Central para disciplinar as operações com Criptoativos. (Forbes, 2021)

Em seguida, foi apresentado o PL 4.207/20, que, para Soares (2021, p. 66), teve como principais objetivos: a) O estabelecimento de normas para a emissão dos Criptoativos; b) Obrigações e condições para pessoas jurídicas que tem atividades relacionadas à Criptoativos; c) Atribuir as devidas competências regulatórias para os órgãos brasileiros, como a RFB, a CVM, o Banco Central e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Outro ponto importante apresentado nesse PL, foi a proposta da criação do Cadastro Nacional de Pessoas Expostas Politicamente (CNPEP), com o objetivo principal da prevenção de lavagem de capitais.

Recentemente, foi apresentado no mês de junho de 2021, o PL 2.234/21, que, também voltado para a seara penal, prevê um aumento da pena do crime de lavagem de dinheiro praticado com o uso de Criptomoedas, aumentando a pena que, atualmente, varia de 3 a 10 anos de reclusão e multa, para uma pena de 4 a 16 anos e oito meses de reclusão e multa.

Também em 2021, o último Projeto de Lei proposto foi o PL 2.140/21, apresentado em 10 de junho, e que tem como objetivo principal o de estabelecer um prazo de 180 dias para que o Banco Central regulamente as transações com as Criptomoedas. De acordo com o autor do projeto, a sua principal justificativa é a de que é necessária uma regulamentação e, sobretudo, uma fiscalização intensa sobre os Criptoativos nas instituições financeiras, de modo a proteger a população, evitando os golpes relativos ao assunto.

Com base nos projetos de tributação apresentados, seja de origem na Câmara dos Deputados, seja no Senado, o poder legislativo tenta chegar num denominador comum relativo ao uso das Criptomoedas, já que a busca por uma regulamentação, seja em âmbito tributário, ou de cunho penal, buscam, principalmente, a proteção ao usuário, promovendo garantias maiores do que as existentes atualmente.

Diante disso, para Soares (2021, p. 68), a inércia que antes existia por parte do Banco Central sobre a regulamentação dos Criptoativos, a partir do ano de 2019 foi substituída por uma preocupação em relação aos rumos do setor. Seja pela transição do

setor financeiro com base na tecnologia, seja com o intuito de proteger mais os usuários, o Banco central começou a se preocupar e se dedicar mais ao assunto, buscando uma regulamentação, de certa forma, mais adequada à realidade.

Além do Banco Central, a CVM se movimentou sobre o assunto. Em 2018, emitiu uma cartilha intitulada como Criptoativo – Série Alertas, especificando vários riscos sobre a tecnologia, que incluía fraudes, alta volatilidade, e falta de regulamentação, além de não reconhecer os ICO's que não se enquadrem nas regulamentações impostas pelo órgão.

Em 2018 proibiu os fundos de investimentos que tivessem como base as Criptomoedas e, mais recentemente, em 2020, por meio do ato declaratório nº 17.961, proibiu que as empresas estrangeiras de Criptomoedas prestassem serviços como intermediárias aos usuários domiciliados no Brasil. Dessa forma, a oferta desse tipo de serviços ficou restrita somente às instituições que fossem parte do sistema de distribuição de valores mobiliários, baseando-se no art. 15 da Lei 6.385/76.

Nessa toada, conforme apresentado por Soares (2021, p. 87), levando em consideração o aumento do mercado de Criptoativos e sua relevância, o combate à prática criminosa, a necessidade de tributação e a proteção aos seus usuários, é que a RFB busca a imposição de regras mais firmes e burocráticas sobre o assunto, mesmo esbarrando na falta de competência para tanto. A grande crítica dessa tributação sobre os ganhos de capital apresenta-se sob o ponto de vista de que este pode ser somente a ponta do iceberg, não trazendo os benefícios esperados para o setor, e nem tampouco a garantia da segurança dos usuários.

Por fim, mesmo que as buscas de regulação desse mercado sejam cada vez mais constantes, tanto no mundo, quanto no Brasil, os mecanismos tecnológicos de regulação estão bem atrás de desenvolvimento tecnológico das empresas do setor. Dessa forma, estima-se que as operações declaradas ao fisco Brasileiro seja apenas uma parcela das transações que realmente ocorrem. Dessa forma, as tentativas de acompanhar o mercado, numa expansão tão frenética como ocorreu e continua ocorrendo com os Criptoativos, mostram-se bastante tímidas e inexpressivas, já que o lema em relação ao assunto é o de que as tecnologias evoluem, o mercado acompanha e a regulação se ajusta.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O momento atual de desenvolvimento tecnológico da sociedade proporciona inúmeros avanços, o que incluiu o desenvolvimento da tecnologia de ativos criptografados, que possibilitam a preservação de dados dos usuários nas transações, assim como maior rapidez e que independência de tramitações burocráticas por parte do governo e as que envolvem terceiros como, por exemplo, bancos intermediadores.

Dessa forma, é inevitável a preocupação dos entes governamentais, diante de tamanha transformação no setor econômico, com a tributação correta dos Criptoativos, sendo este o foco de muitas pesquisas sobre o assunto. Fato é que, após uma década do surgimento dessa tecnologia, o mercado de Criptoativos encontra-se globalizado, em plena ascensão e responsável por movimentar trilhões de dólares.

Com tamanha expressividade de mercado, a tributação do Imposto de Renda da pessoa física ficou em evidência sobre o assunto, já que muitos milionários surgiram nos últimos anos por conta dessa nova classe de ativos. Com isso, para a verificação da exação dos Criptoativos foi feito um breve levantamento sobre o IR, assim como também sobre os princípios que devem ser levados em consideração na sua aplicação.

Após a definição da tecnologia dos Criptoativos, assim como dos conceitos por trás da Exação do imposto de renda da pessoa física, pode-se entender o motivo da classificação dos Criptoativos como “Bens”. Após uma visão geral sobre a classificação em alguns países economicamente relevantes, foi possível entender como deve ser a declaração desse tipo de “Bens” em território nacional, assim como a importância da aplicação da teoria do acréscimo patrimonial na exação do IRPF.

Tendo como base a lacuna legislativa específica sobre o tema, foi possível identificar a importância da Receita Federal Brasileira nas tentativas de regulação dos Criptoativos. Dessa forma, diante de todas as regulamentações citadas no presente trabalho, merece destaque a IN 1.888/19, por ser a pioneira numa definição mais completa sobre os Criptoativos e as empresas responsáveis por sua negociação, as *exchanges*, assim como evidenciando a necessidade das declarações mensais ao fisco das transações envolvendo Criptomonedas.

Complementarmente, foi apresentado um levantamento dos principais marcos regulatórios sobre o tema no Brasil, assim como as últimas atualizações e projetos de lei ainda em andamento, nos quais foi possível identificar as diversas preocupações das autoridades fiscais para um recolhimento correto do imposto de renda em relação aos crescentes acréscimos patrimoniais existentes por conta da valorização dos Criptoativos.

Por isso, devido às lacunas existentes em legislação sobre o tema, muito se discute na doutrina sobre a validade dos regramentos já existentes. Outro ponto de destaque na exação do IRPF é a grande dificuldade da fiscalização da declaração desses ativos para o fisco, já que, pelas regras da RFB, mesmo sendo obrigatória em muitos casos, há uma grande dificuldade na prática da verificação das irregularidades. Dessa forma, verifica-se um evidente esforço por parte dos entes tributários em acompanhar o desenvolvimento tecnológico, porém acompanhar e fiscalizar essa declaração, principalmente de pessoas físicas, se mostra o calcanhar de Aquiles desse tipo de ativo.

## 6.REFERÊNCIAS



Agência Câmara de notícias. **Proposta do governo atualiza tabela do IR, mas limita desconto simplificado**. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/778071-proposta-do-governo-atualiza-tabela-do-ir-mas-limita-desconto-simplificado/>. Acesso em: 09 out. 2021.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. São Paulo: Editora Jurídica Mizuno, 2003.

BITTENCOURT, Luiz Augusto Schaefer. **O mercado das Criptomoedas: Enfrentamento à sonegação do imposto de renda**. Trabalho de conclusão de curso – Universidade do Sul de Santa Catarina. Florianópolis, p. 81. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 117.887**. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ: 11.02.1993.

\_\_\_\_\_. **Secretaria da Receita Federal. Perguntas e Respostas** - Exercício de 2017. Pergunta no 447. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/declaracoes/dirpf/pr-irpf-2017.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.

\_\_\_\_\_. **Secretaria da Receita Federal. Perguntas e Respostas** - Exercício de 2017. Pergunta no 607. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/declaracoes/dirpf/pr-irpf-2017.pdf>. Acesso em: 29 out. 2021.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil (2015)**. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.

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

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.981 de 20 de janeiro de 1995**. Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências. Brasília, DF. Senado Federal: Centro gráfico, 1995.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.713 de 31 de dezembro de 1922**. Orça a Receita Geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1923. Congresso Nacional. 1922.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.385/76 de 07 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Congresso Nacional. 1976.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 17.390, de 26 de julho de 1926.** Approva o Regulamento do Imposto sobre a Rendax. Lex: Coleção de leis do Brasil, São Paulo, v. II, p. 595, 1926.

\_\_\_\_\_. **Instrução Normativa n. 84 de 11 de outubro de 2001.** Dispõe sobre a apuração e tributação de ganhos de capital nas alienações de bens e direitos por pessoas físicas. 11 de out. de 2001. Seção 1, p.27.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.625/22 de 22 de dezembro de 1988.** Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Brasília, DF. Congresso Nacional. 1988.

\_\_\_\_\_. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei nº 2337/2021**, de 25 de junho de 2021. Altera a legislação do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das Pessoas Físicas e das Pessoas Jurídicas e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Brasília, Câmara dos deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2288389>. Acesso em: 05 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei nº 2303/2015**, de 08 de julho de 2015. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de "arranjos de pagamento" sob a supervisão do Banco Central. Brasília, Câmara dos deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>. Acesso em: 05 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei nº 2060/2019**, de 04 de abril de 2019. Dispõe sobre o regime jurídico de Criptoativos. Brasília, Câmara dos deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196875>. Acesso em: 05 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3825/2019**, de 02 de julho de 2019. Disciplina os serviços referentes a operações realizadas com criptoativos em plataformas eletrônicas de negociação. Brasília, Senado, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137512>. Acesso em: 03 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3949/2019**, de 09 de julho de 2019. Dispõe sobre transações com moedas virtuais e estabelece condições para o funcionamento das exchanges de criptoativos; e altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre lavagem de dinheiro, a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de capitais, e a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que

define crimes contra o sistema financeiro nacional. Brasília, Senado, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137644>. Acesso em: 03 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4207/2020**, de 13 de agosto de 2020. Dispõe sobre os ativos virtuais e sobre as pessoas jurídicas que exerçam as atividades de intermediação, custódia, distribuição, liquidação, transação, emissão ou gestão desses ativos virtuais, sobre crimes relacionados ao uso fraudulento de ativos virtuais, bem como sobre o aumento de pena para o crime de “pirâmide financeira”, e altera a Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Brasília, Senado, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144036>. Acesso em: 03 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei nº 2234/2021**, de 17 de junho de 2021. Altera a redação da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para aumentar a pena do crime de lavagem de dinheiro praticado por meio da utilização de criptomoedas ou por intermédio de organização terrorista, entre outras providências.. Brasília, Câmara dos deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196875>. Acesso em: 03 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei nº 2140/2021**, de 10 de junho de 2021. Determina o prazo de 180 dias para que o Banco Central e os demais órgãos de controle financeiro, regulamentem as transações em moedas virtuais e dá outras providências. Brasília, Câmara dos deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196875>. Acesso em: 03 nov. 2021.

*CANADA REVENUE AGENCY. CRA Document n. 2013-051470117*. Ottawa, 23 dez

CANTO, Gilberto de Uihôa; MUNIZ, Ian de Porto Alegre; e SOUZA, Antonio Carlos Garcia de. **Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Fato Gerador do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Cadernos de Pesquisa Tributária vol. 11. São Paulo: Resenha Tributária/Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1986.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 4. ed. Noeses. São Paulo. 2011.

CASTRO, Alexandre Barros. **Sujeição passiva no imposto sobre a renda**. São Paulo: Saraiva, 2004.

**CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL**. 172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível em:<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/CodTributNaci/ctn.htm>. Acesso em: 03 nov. 2021.

CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997.

COINTELEGRAPH. **Austrália termina taxaço dupla de Bitcoin e criptomoedas**. Disponível em:<https://cointelegraph.com.br/news/australia-ends-double-taxation-of-bitcoin-cryptocurrencies>. Acesso em: 23 out. 2021.

COINMARKETCAP. **Gráfico de Bitcoin para BRL**. Disponível em: <https://coinmarketcap.com/pt-br/currencies/bitcoin/>. Acesso em: 23 out. 2021.

**CVM**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficioscirculares/sin/anexos/oc-sin-0118.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOMINGUES, Vitor. **Tributaço sobre as criptomoedas: uma análise sobre as possíveis hipóteses de incidência dos fatos geradores**. Trabalho de conclusão de curso – Universidade de Brasília. Brasília, 2020.

DORES, Jorge Eduardo Andrade. **Definição jurídica das criptomoedas sob a luz do direito econômico bem como sua incidência tributária**. Trabalho de conclusão de curso – Faculdade Vale do Cricaré. São Mateus, 2019.

EMMER, Iasmim Oss. **Efeitos tributários e seus reflexos no rendimento sobre o investimento da pessoa física nas criptomoedas: um comparativo entre o Brasil e países do G-20**. Trabalho de conclusão de curso – Universidade de Caxias do Sul. Caxias do Sul, 2019.

FORBES. **Conheça 6 projetos de lei criados para regulamentar criptomoedas no Brasil**. Disponível em:<https://forbes.com.br/forbes-money/2021/10/conheca-6-projetos-de-lei-criados-para-regulamentar-criptomoedas-no-brasil/>. Acesso em: 27 out. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 266.

GONTIJO, Daniela Batista. **Reflexos do uso de criptomoedas no ordenamento jurídico.** Monografia conclusão curso de direito – Unievangélica. Anápolis, 2019.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. **O imposto de renda e os princípios da generalidade, da universalidade e da progressividade.** 2009. 201 p. Tese Doutorado em direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

GROSSI, Nilson Pereira. **As alíquotas do IRPF e o princípio da capacidade contributiva.** Conteúdo jurídico, 2017. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50554/as-aliquotas-do-irpf-e-o-principio-da-capacidade-contributiva> . Acesso em: 15 out. 2021.

HAGE, Matheus Briglia. **As criptomoedas e as suas relações tributárias.** Trabalho de conclusão de curso – Universidade Federal da Bahia, 2018.

INFOMONEY. **Imposto de Renda: como declarar bitcoin e outras criptomoedas.** Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/novas-regras-do-imposto-de-renda-como-declarar-bitcoin-e-outras-criptomoedas/>. Acesso em: 01 nov. 2021.

INFOMONEY. **A indústria de criptomoedas passa a se autorregular no Japão.** Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/a-industria-de-criptomoedas-passa-a-se-autorregular-no-japao/>. Acesso em: 23 out. 2021.

**Lei Federal nº 9.069**, de 29 de junho de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9069.htm). Acesso em 25/09/2021, as 13:59.

LIVECOINS. **Austrália quer se tornar líder da indústria de criptomoedas.** Disponível em: <https://livecoins.com.br/australia-quer-se-tornar-lider-da-industria-de-criptomoedas/> Acesso em: 23/10/2021 as 16:35.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao código tributário nacional.** São Paulo: Atlas, 2004.

MANKIW, N. G. **Macroeconomia.** trad. Ana Beatriz Rodrigues. 8a. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015 e VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. **Economia: Micro e Macro.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Receita Federal – tabela imposto de renda IRPF.** Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao->

tributaria/tributos/irpf-imposto-de-renda-pessoa-fisica#tabelas-de-incidencia-mensal. Acesso em: 09 out. 2021.

OLIVEIRA, Guilherme Santos. **Considerações acerca da natureza jurídica das criptomoedas**. PUC-RS. 28 p. 2019.

PEREIRA, Jarbas Glaven. **Os princípios constitucionais no direito tributário e o imposto sobre valor agregado no ordenamento constitucional brasileiro**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006.

VALOR INVESTE. **Reforma tributária: veja como ficará a nova tabela do Imposto de Renda**. Valor Investe. 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2021/06/25/reforma-tributaria-veja-como-ficara-a-nova-tabela-do-imposto-de-renda.ghtml>. Acesso em: 09 out. 2021.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Instrução normativa RFB Nº 1888, de 03 de maio de 2019**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>. Acesso em: 10 out. 2021.

RODRIGUES, Fernando José Amâncio; FERNANDES, Pedro Luis de Sá. Análise do imposto de renda sobre moedas virtuais. **Revista eletrônica de ciências jurídicas**, Ipatinga, MG, Brasil, V. 1. Nº 2, 2019. Disponível em: <http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/313>. Acesso em: 07 out. 2021.

ROMANO, Rafaela. Overview: Tudo **sobre Regulamentação das Moedas Digitais no Brasil em 10 tópicos**. In: Justificando. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/01/18/overview-regulamentacao-moedas-digitais-brasil/>. Acesso em: 23 dez. 2021.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Ângelo Andrey Parreão. **Bitcoin: a tributação das operações com a moeda virtual**. Trabalho de conclusão de curso – Universidade Federal do Maranhão. Imperatriz, 2018.

SOARES, Luciana de Paula. **Criptomoeda e blockchain**: O rigor das regras brasileiras frente ao mercado tradicional. Dissertação de Mestrado programa de pós-graduação em direito – Universidade Nove de Julho. São Paulo, 2021.

SOUSA, João Victor Bueno. **O tratamento tributário de operações envolvendo criptomoedas à luz da legislação atual.** Trabalho de conclusão de curso – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

SOUSA, Ana Katrine de Moraes. **O desafio da Tributação das Criptomoedas sob a ótica do Imposto de Renda** – 2020. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2020.

SOUZA, Matheus Wilson F.. **Bitcoin: uma análise jurídica dessa moeda virtual.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4333, 13 maio 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32930>. Acesso em: 24 set. 2021.

SOUZA, Thiago Barra. **Definição da natureza jurídica do bitcoin e suas repercussões tributárias.** Trabalho de conclusão de curso – Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2018.

TECNOBLOG. **EUA aperta taxaço sobre bitcoin e espera levantar US\$ 28 bilhões. 2021.** Disponível em: <https://tecnoblog.net/468713/eua-aperta-taxacao-sobre-bitcoin-e-espera-levantar-us-28-bilhoes/>. Acesso em: 23 out. 2021.

**Todas as criptomoedas.** Coinmarket, 2021. Disponível em: <https://coinmarketcap.com/pt-br/all/views/all/>. Acesso em 18 set. 2021.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital.** São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

VERSIGNASSI, Alexandre. **Quantas criptomoedas existem, afinal?** Você SA, 2021. Disponível em: <https://vocêsa.abril.com.br/blog/guru/quantas-criptomoedas-existem-afinal/>. Acesso em: 18 set. 2021.

VICENTIN, Tissiane. **Afinal, o que dá para comprar com bitcoins?** Olhar digital. 2021. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2021/09/07/tira-duvidas/o-que-comprar-com-bitcoins/#:~:text=O%20estabelecimento%20foi%20o%20primeiro,%E2%80%9Cprimeiro%20criptobanco%20do%20Brasil%E2%80%9D>. Acesso em: 20 set. 2021.

ZILVETI, Fernando Aurélio; NOCETTI, Daniel Azevedo. Criptomoedas e o sistema tributário do século XXI. **Revista de direito tributário atual**, São Paulo, n. 44, p 491-510, 2020.

## ANÁLISE SOBRE O FEMINICÍDIO DURANTE A PANDEMIA

**JARDHIA ALVES TAVARES:**

Bacharelado em Direito pela  
Universidade de Gurupi – Unirg. E-

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI<sup>180</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho aborda o feminicídio e a violência contra a mulher durante a pandemia do COVID-19, buscando apresentar e analisar de forma breve dados já publicados, que tratam sobre o aumento de casos de violência contra a mulher durante o período de 2020 e 2021. Dessa forma, o objetivo deste trabalho é verificar as formas de medidas protetivas oferecidas do Estado, bem como analisar as leis que proporcionam essa proteção. Por fim, o trabalho pretende destacar o valor das mulheres na sociedade, embasando o estudo de acordo com artigos, notícias, documentos e revistas, através de uma pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Violência, Mulher, Pandemia, Feminicídio.

**Abstract:** The present work addresses femicide and violence against women during the COVID-19 pandemic, seeking to briefly present and analyze already published data, which deal with the increase in cases of violence against women during the period 2020 and 2021. Thus, the objective of this work is to verify the forms of protective measures offered by the State, as well as to analyze the laws that provide this protection. Finally, the work intends to highlight the value of women in society, basing the study according to articles, news, documents and magazines through a bibliographic research.

**Keywords:** Violence, Woman, Pandemic, Femicide.

**Sumário:** *1 Introdução; 2 Feminicídio: Objetificação Da Mulher Na Sociedade; 3 Análise Do Feminicídio No Ordenamento Jurídico Brasileiro. 4 A Pandemia Do Covid-19 : O Isolamento Social E O Aumento Da Violência Contra Mulher. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.*

---

180 Graduada em Direito na FAFICH (2000); Pós- Graduada em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pela Anhanguera (2005); Mestre em Gestão Pública pela UFT (2018); Professora na Unitins de Palmas/TO; Diretora-Geral da ESA-TO (Gestão atual), Professor Universitário de Direito na Universidade UnirG, Gurupi/TO. E-mail: veronicaprado@unirg.edu.br



## 1. INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher sempre esteve presente na sociedade, desde as épocas remotas, onde a violência era vista como uma forma de soberania e domínio por ser algo que se desenvolve pelo fato do patriarcado ser predominante na nossa sociedade, de fato, é algo revoltante para a população.

Este tipo de violência, acoplada ao longo dos tempos, não tomou caráter diferente na atualidade, são incontáveis os números de mulheres que tem suas vidas ceifadas, muitos casos por motivos banais.

Neste sentido, observa-se também o crescente aumento do feminicídio de cerca de 1,9% em 2021, levando em conta o ano de 2020, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Com a pandemia do COVID-19 e a necessidade de confinamento em casa, a mulher tornou-se um alvo mais fácil, onde o crime em específico é gerado e motivado pelo machismo, patriarcado e cultura egocêntrica.

Vê-se que essa intensificação devido ao isolamento, as mulheres se viram “presas” com parceiros agressivos, no qual exercem sobre elas um controle maior, provocado pela falsa sensação de impunidade que aflora com o isolamento.

Dessa forma, o estudo vincula-se a demonstrar a culpabilidade do autor de tais crimes, abrangendo no fator da confiança dada perante a relação. A partir de uma revisão bibliográfica, apresenta-se a prática do crime supracitado e as consequências.

A pesquisa torna-se importante por possibilitar buscar uma forma de contribuir com medidas eficazes para solucionar ou diminuir tais acontecimentos rotineiros. Nesse sentido, a proposta é estudar e encontrar meios de contribuir para que a lei responsável em resguardar os direitos das mulheres possua uma maior visibilidade e força no meio da nossa sociedade, sendo aplicadas de maneira adequada de acordo com as leis que estão em vigor no Brasil.

## 2. FEMINICÍDIO: OBJETIFICAÇÃO DA MULHER NA SOCIEDADE

O fato das mulheres, muitas vezes, negarem a existência do problema é atribuído à repressão ou negação produzida pela experiência traumática do próprio terrorismo sexista, além da socialização de gênero ( MENEGHEL; PORTELLA, 2017, on-line ), tal ideologia, pode ser observada em um aspecto negativo, onde valem-se das diferenças de sexos para predispor de uma hierarquia onde o homem se sobressai a mulher.

A violência praticada contra a mulher, nas diferentes formas como se apresenta hoje, no Brasil e no mundo, em especial aquela que ocorre no ambiente doméstico e familiar, é, sobretudo, consequência da evolução histórica de hábitos culturais fundamentados em discursos patriarcais. Assim inferem muitos profissionais de diferentes áreas de atuação, bem como acadêmicos e agentes políticos que atuam no combate à violência doméstica e de gênero. (TJRJ, 2016, on-line)

Não é nenhuma novidade, que a mulher é objetificada na sociedade seja visto como um sexo mais frágil, seja como um objeto em si de fato, que viva em função de um homem ou do próprio lar, o que agrava essa situação é o fato de por esta consideração errônea está implementada na sociedade.

A violência contra a mulher está intimamente relacionada com o patriarcado, ou seja, a hierarquização social dos sexos, onde o gênero masculino é o dominante. Desta forma, a mulher não é vista como sendo igual ao homem, mas como uma propriedade privada dele. (SANTOS, 2019, p. 6)

Dessa forma, tal proliferação dessa dominação masculina, demonstra cada dia mais estar enraizado em meio a sociedade e também a uma questão cultural. “A violência contra a mulher é uma consequência da desigualdade histórica entre homens e mulheres presente em todas as áreas da sociedade, dessa forma o Femicídio se torna um problema geral e público”. (SANTOS, 2019, p. 6)

Alguns indivíduos, embasados nessa hierarquização social, acreditam, além do já exposto, estão no direito de retirar a vida dessas pessoas (mulheres), logo conhecido como feminicídio. O feminicídio é considerado o homicídio praticado pelo indivíduo contra o sexo feminino pelo fato de ser mulher (menosprezo pela questão do gênero) misoginia e fatores que também podem envolver violência sexual ou pelo fato da violência doméstica. Assim, segundo Loureiro (2017, p. 205) “O feminicídio é crime de homicídio qualificado de natureza objetiva, em que o agente comete o crime contra mulher, em razão do sexo feminino, em situação de violência doméstica e familiar; ou por menosprezo ou discriminação à condição de mulher.”

Femicídio é o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher. Suas motivações mais usuais são o ódio, o desprezo ou o sentimento de perda do controle e da propriedade sobre as mulheres, comuns em sociedades marcadas pela associação de papéis

discriminatórios ao feminino, como é o caso brasileiro. (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2015, on-line)

O femicídio/feminicídio representa uma violência extrema contra a mulher pelo fato tão somente de ser mulher e ataca o principal bem jurídico protegido pelo Direito Penal, a vida; porém, apresenta caráter sistemático, decorrente de relações de poder, de discriminação e de opressão baseadas no patriarcado, que transformam a mulher em um ser inominado, sem vontade própria, incapaz de reverter a situação na qual se encontra. (GEBRIM; BORGES, 2014, on-line).

Se faz importante distinguir femicídio de feminicídio. O fato de um homicídio contra a mulher não caracteriza de “cara” um feminicídio, ainda sim, ressalva-se que também existem requisitos para ser configurado nos casos de violência doméstica ou familiar ou, ainda, um menosprezo ou discriminação à condição de mulher, *v.g. morte de* uma mulher em uma briga de trânsito ou de vizinhos, a priori não se qualifica como feminicídio, visto que, a motivação da conduta dolosa não está atrelada ao sexo da vítima. Pontuando-se da seguinte forma:

Feminicídio é o homicídio doloso praticado contra a mulher por “razões da condição de sexo feminino”, ou seja, desprezando, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima enquanto mulher, como se as pessoas do sexo feminino tivessem menos direitos do que as do sexo masculino. A partir desta perspectiva, pode-se diferenciar o conceito de femicídio, o qual consiste no ato cometer homicídio meramente contra uma mulher.(ESTRELA, 2018, on-line)

Portanto, quando se caracteriza “somente” contra o sexo masculino e não pelo fato de ser este, temos o femicídio, trazido através de Russel, que faz dizer sobre o conceito e a origem do termo:

O conceito de femicídio foi utilizado pela primeira vez por Diana Russel em 1976, perante o Tribunal Internacional Sobre Crimes Contra as Mulheres, realizado em Bruxelas, para caracterizar o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres, definindo-o como uma forma de terrorismo sexual ou genocídio de mulheres. O conceito descreve o assassinato de mulheres por homens motivados pelo ódio, desprezo, prazer ou sentimento de propriedade. Russel ancora-se na perspectiva da desigualdade de poder entre homens e mulheres, que confere aos

primeiros o senso de entitlement – a crença de que lhes é assegurado o direito de dominação nas relações com as mulheres tanto no âmbito da intimidade quanto na vida pública social – que, por sua vez, autoriza o uso da violência, inclusive a letal, para fazer valer sua vontade sobre elas. ( MENEGHEL; PORTELLA, 2017, on-line)

Observa-se então que através da perspectiva de Russell, não se caracteriza só no âmbito familiar ou somente no ambiente doméstico, mas também em qualquer meio que envolva a figura do sexo feminino como alvo de violência – como estupro, perseguições e outros – o motivo é ser contra uma mulher.

Para Russel, a dominação patriarcal é o pano de fundo para explicar a situação estrutural de desigualdade que inferioriza e subordina as mulheres aos homens, alimenta os sentimentos de controle e posse sobre o corpo feminino, e justifica o sentimento de menosprezo pela condição social feminina, sentimentos que dão causa a essas mortes. Sem perder de vista as diferenças culturais e sociais, a denominação “femicídio”, teve como objetivo revelar que as mortes de mulheres por razões de gênero são crimes sexistas, para os quais o sexo das vítimas seria determinante de sua ocorrência. (BRASIL, 2016, on-line)

Entrona-se um questionamento sobre distinção entre o feminicídio e os homicídios comuns. O principal deles, pelos fatos já descritos também na pesquisa, volta-se principalmente a cultura patriarcal, que expõem a mulher a um tratamento desumano, degradante e misógino, o que caracteriza como corriqueiro tais acontecimentos. *Essa cultura misógina deve mudar, o que só acontecerá com uma mudança de hábitos culturais por meio da educação e da atuação severa da esfera pública sobre os crimes cometidos contra a mulher.* (PÓRFIRO, 2022, on-line)

Tal cultura põe a vítima (mulher) , em uma situação de culpada, dificultando a denúncia de tais casos, colocando a vítima ocasionadora de toda situação, ficando com receio de serem mal vistas, mal interpretadas ou ignoradas.

### **3. ANÁLISE DO FEMINICÍDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

No ano de 2015, foi sancionada a Lei 13.104/2015, que adicionou aos crimes de homicídio praticado contra o gênero feminino uma qualificadora que aumenta a pena mínima deste crime de 6 para 12 anos e a máxima, de 20 anos para 30 trinta anos. Assim, dispõe o Código Penal *in verbis*:

Art. 121. [...]

Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:  
(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

[...]

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I – violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II – menosprezo ou discriminação (BRASIL, 1940)

Como já dito, a Lei do Feminicídio não abarca que qualquer homicídio contra sexo feminino seja um ato de feminicídio. A lei traz as hipóteses das quais tal qualificadora pode ser aplicada:

Violência doméstica ou familiar: quando o crime resulta da violência doméstica ou é praticado junto a ela, ou seja, quando o autor do crime é um familiar da vítima ou já manteve algum tipo de laço afetivo com ela; Menosprezo ou discriminação contra a condição da mulher: ou seja, quando o crime resulta da discriminação de gênero, manifestada pela misoginia e pela objetificação da mulher, sendo o autor conhecido ou não da vítima. (MANSUIDO, 2020, on-line)

Destarte, trazendo um novo aspecto para tentativa de coibir a criminalidade contra as mulheres, o legislador brasileiro, juntamente com resguardo da lei Maria da Pena, tenta, ainda que formalmente, criar uma barreira de proteção, trazendo assim uma equidade ao meio social brasileiro, observa-se nesta Ação Declaratória de Constitucionalidade, através do relator Marco Aurélio (2018):

A Lei Maria da Pena e a lei do Feminicídio são ações afirmativas que buscam a igualdade material das mulheres que além de normalmente possuírem alguns aspectos físicos inferiores aos dos homens, estiverem culturalmente marginalizadas na sociedade e sofreram por

anos com discriminações e submissões por questões ligadas ao sexo biológico. Com efeito, o julgamento unânime da ADC no 19 pelos ministros do Supremo Tribunal Federal apenas reforça a constitucionalidade da Lei Maria da Penha e a extrema preocupação dos ministros com políticas de prevenção e combate aos crimes contra a mulher (MELLO, 2018, on-line).

Observa-se então que o feminicídio em matéria dogmática, volta-se para uma questão protetiva, analisa-se também que o autor da prática delituosa pode ser tanto homem quanto mulher, visto que o ordenamento jurídico também cobre relações homoafetivas.

A vítima do feminicídio é necessariamente do sexo feminino.[...]. Merece ser frisado, por oportuno, que o feminicídio, em sendo uma das modalidades de homicídio qualificado, pode ser praticado por qualquer pessoa, seja ela do sexo masculino, ou mesmo do sexo feminino. Assim, não existe óbice à aplicação da qualificadora se, numa relação homoafetiva feminina, uma das parceiras, vivendo em um contexto de unidade doméstica, vier a causar a morte de sua companheira. (GRECO, 2017, p. 487)

Em muitos casos, as amarras jurídicas prejudicam que haja a efetiva aplicação da lei logo prejudica com que seja promovido a punibilidade do delito. Por estar atrelado também a razões sociais, deveria promover um caráter preventivo e não punitivo somente, sendo este deveria ser uma via utilizada em casos atípicos.

A exigência de provas e testemunhas sub-verte a lógica da Lei Maria da Penha e é uma tentativa de adequá-la à lógica do sistema penal tradicional. Ou seja, para que a polícia comprove a existência do delito, há necessidade de autoria e materialidade. Por exemplo, a materialidade do crime de ameaça ou violência psicológica será inexistente se não houver uma prova ou testemunhas. Ora, sabe-se que a violência doméstica acontece entre quatro paredes, e em geral sem testemunhas ou com o testemunho de filhos. A família, quando sabe da violência, na maior parte dos casos, não gosta de interferir ou pode aconselhar a desistência da denúncia. Mesmo em casos de lesão corporal, as marcas físicas nem sempre são tão visíveis e o magistrado pode achar que não é nada grave,

esquecendo que não há violência física sem violência psicológica. (CAMPOS, 2017, p. 14)

A partir da evolução da legislação penal brasileira, fruto de uma política criminal de insegurança e medo, consolidou-se com tal alteração um direito repressivo, trazendo à tona um direito penal simbólico, onde o ordenamento jurídico atua como instrumento que “maqueia” um sentimento de paz social. Dessa forma, deixa claro que promulgação de normas punitivas (somente) acabam tornando-se ineficazes que atendem apenas às necessidades do Estado em resposta a uma determinada situação se confronta com direitos e garantias que levaram anos e anos para serem consagrados. E a Lei do Femicídio configura-se como uma lei representativa de um direito penal simbólico, pois o legislador apenas buscou uma resposta imediata para buscar conter a violência contra a mulher. (NOVAIS; BARBOSA, 2015)

Se essas mulheres fossem de fato atendidas não teriam sido mortas. Teríamos como afastar o assassino, impedir que essa morte acontecesse. Então o Estado é responsável pela segurança das mulheres, pela proteção dos direitos das mulheres que estão assegurados em várias leis, inclusive na Lei Maria da Penha. Essa é a questão mais lamentável da realidade que estamos vivendo: é a tragédia anunciada – ou seja, a gente sabe que vai acontecer isso com a mulher e já existe um conhecimento técnico, medidas que poderiam ser aplicadas para impedir essas mortes e, ainda assim, no Brasil matam-se de 13 a 15 mulheres por dia por violências de gênero. Essas mulheres ainda poderiam estar vivas, o que é lamentável e indignante. (MENICUCCI, 2015, on-line).

Em outras palavras, a estereotipagem do feminicídio não impede sua prática. O Brasil continua extremamente omissivo e precisa de políticas públicas efetivas, que coíbam a violência contra a mulher. Os tipos de crime devem ser usados de forma secundária, e a proteção das mulheres deve ser baseada em políticas públicas eficazes. (MELLO, 2017)

A população geralmente acredita que o direito penal resolverá todos os problemas criminais através da coerção. Depositando então toda a sua confiança nessa área do direito, criando somente algo simbólico.

#### **4.A PANDEMIA DO COVID-19 : O ISOLAMENTO SOCIAL E O AUMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHER**

Ainda que a quarentena tenha sido a medida mais segura, para combater a Covid-19, o isolamento, mesmo com benefícios também trouxe diversas consequências para vida de mulheres que já estavam em situação de violência doméstica e outras que se encontraram nesta situação devido a necessidade de se isolar. O lar que deveria ser visto como um local de aconchego e seguro, passa a ser um ambiente hostil, de constante alerta e medo na vida de algumas mulheres brasileiras.

De acordo com o Fórum de Segurança Pública (2021), durante o isolamento social em 2020, aconteceram cerca de 1.350 casos de feminicídio — o que contabiliza um caso a cada seis horas e meia – sendo considerado cerca de 0,7% maior que 2019, o que assusta o fato de terem diminuído as denúncias feitas nas delegacias.

Uma das consequências diretas dessa situação, além do aumento dos casos de violência, tem sido a diminuição das denúncias, uma vez que em função do isolamento muitas mulheres não têm conseguido sair de casa para fazê-la ou têm medo de realizá-la pela aproximação do parceiro. (FBSP, 2020, on-line)

Em 2021, esse número não ficou tão diferente: cerca de 1319 vítimas de feminicídio, uma queda módica em relação ao ano anterior, contabilizando cerca de uma mulher morta a cada 7 horas. (FBSP, 2021)

Os dados mensais de feminicídios no Brasil entre 2019 e 2021 indicam que houve um aumento dos casos entre os meses de fevereiro e maio de 2020, quando houve maior restrição nas medidas de isolamento social. Em 2021, a tendência de casos seguiu muito próxima àquela verificada no ano anterior à pandemia, com média mensal de 110 feminicídios. (FBSP, 2021, on-line)

Dessa forma, observa-se que existe alguns fatores que são decisivos para o aumento da violência doméstica e do feminicídio no tempo de pandemia: o próprio confinamento, o que gera uma instabilidade emocional devido a nova realidade da qual o indivíduo é exposto e questões econômicas, dentre outros fatores.

Sendo assim, podemos concluir que o aumento do quantitativo de casos de violência doméstica tem ocorrido por dois fatores principais: (i) o confinamento forçado, que compele os familiares a conviverem em período integral durante a pandemia, o que pode causar tensão e estresse, que são estados emocionais capazes de despertar irritação e, conseqüentemente, situações de agressão; e (ii) o fator econômico,



pois o aumento das dificuldades financeiras são capazes de gerar muito conflitos no ambiente familiar, o que pode desembocar em situações de violência doméstica. (FARIAS et. Al., 2021, on-line)

Observa-se que dentre tais instabilidades, pode-se observar um aumento significativo em alguns estados brasileiros, levando a questionar se o cenário pandêmico trouxe um novo meio de analisar a violência contra mulher principalmente dentre destas violências o feminicídio, observadas com maior índice em 2021, nos estados do Tocantins, Acre, Mato Grosso do Sul e Piauí.

Os estados que registraram as maiores taxas de feminicídio – muito superiores à média nacional – foram Tocantins (2,7), Acre (2,7), Mato Grosso do Sul (2,6), Mato Grosso (2,5) e Piauí (2,2).

Em relação à variação entre os anos de 2020 e 2021, chama atenção o crescimento dos feminicídios em Tocantins, que passou de 9 vítimas em 2020, para 22 no ano passado (144,4%), Rio Grande do Norte, que contabilizou 7 mortes a mais em 2021 (53,8%) e o Distrito Federal, com crescimento de 47,1% no número de feminicídios, passando de 17 vítimas em 2020 para 25 no ano seguinte. (FBSP, 2021, on-line)

O que fica demonstrado é que o feminicídio paira de forma significativamente reforçada por meio de indicadores numéricos preocupantes, ainda que Organizações que visem o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher, observa-se que devido a essa convivência forçada, membros de uma mesma família raramente convivem diariamente, e até mesmo os problemas econômicos familiares que muitos brasileiros sofrem e o medo do próprio coronavírus contribuíram para isso, o aumento dos casos de violência. Assim, pode-se ressaltar que o aumento do consumo de álcool no isolamento contribui diretamente para tal aumento, observando-se que tal tipo de violência está ligado diretamente a fatores culturais, sociais, econômicos e individuais conforme a Organização Mundial da Saúde – OMS (RAMOS, et. Al. 2021, Apud, NESCE; PAIVA, 2021)

Contudo, o enfrentamento à violência contra a mulher no contexto da pandemia não pode se restringir ao acolhimento das denúncias. Esforços devem ser direcionados para o aumento das equipes nas linhas diretas de prevenção e resposta à violência, bem como para a ampla divulgação dos serviços disponíveis, a capacitação dos trabalhadores da saúde para identificar situações de risco, de modo a não reafirmar orientação para o isolamento doméstico nessas

situações, e a expansão e o fortalecimento das redes de apoio, incluindo a garantia do funcionamento e ampliação do número de vagas nos abrigos para mulheres sobreviventes. As redes informais e virtuais de suporte social devem ser encorajadas, pois são meios que ajudam as mulheres a se sentirem conectadas e apoiadas e também servem como um alerta para os agressores de que as mulheres não estão completamente isoladas. Em países como França e Espanha, as mulheres vítimas de violência têm buscado ajuda nas farmácias, usando palavras de código para informar sobre a situação de violência. (VIEIRA et. Al., 2020, on-line)

Existe uma crença limitante no Brasil que diz que em briga de marido e mulher não se mete a colher, que tal atraso de pensamento prejudicam não só o avanço de coibição a práticas de violência contra a mulher quanto também a criação de políticas públicas visto que, se faz necessário que mesmo com a lei Lei Maria da Penha e a qualificadora do Femicídio, a criminalidade ainda é exorbitante, provavelmente porque além dessa sensação de superioridade e domínio que os homens ainda têm, a sociedade ainda tem uma sensação de impunidade por esse crime.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com o estudo realizado, observa-se que os crimes contra mulheres são cometidos por muito tempo e a cada dia tomando diferentes formas. Com isso, a Lei 13.104/15 foi criada para resguardar todas as situações consideradas crime hediondo. Nesse sentido, o presente artigo analisa detalhadamente o tema e a lei em específico, estabelecida no art.121 § 2º, VI, onde feminicídio é o crime cometido contra a mulher devido sua condição do sexo feminino.

A necessidade de tal normativa é ressaltada pelas práticas e hábitos culturais enraizados conforme gerações onde a mulher sempre esteve em situação de submissão em relação ao homem.

Diversas formas de violência doméstica contra a mulher são consequência dos exacerbados direitos destinados aos homens e da incompreensão da atual condição feminina, que modificou-se ao longo do tempo em um plano formal.

Todavia, com os direitos advindos da Constituição Federal/88, nas Legislações Complementares e expressas também nos Tratados Internacionais e Convenções, existe claramente uma busca pela erradicação de desigualdade entre os gêneros e de todas as formas de violência contra a mulher.

A tipificação do feminicídio por si só não resolve o problema social, é preciso que haja uma conscientização do agressor para que ele entenda os motivos de suas ações. A legislação será eficaz no combate ao feminicídio investindo em políticas públicas que protejam as mulheres e mudem uma cultura de agressão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **Femicídio**. 2020. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/femicidio/>. Acesso em: 3 de março de 2022.

BRASIL. **Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. 2016. Disponível em: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/diretrizes\\_para\\_investigar\\_processar\\_e\\_julgar\\_com\\_perspectiva\\_de\\_genero\\_as\\_mortes\\_violentas\\_de\\_mulheres.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/diretrizes_para_investigar_processar_e_julgar_com_perspectiva_de_genero_as_mortes_violentas_de_mulheres.pdf). Acesso em: 3 de março de 2022.

BRASIL. Decreto Lei No 2.848, de 7 de dez. de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm) . Acesso em: 03 de março de 2022

BRASIL. Lei no 13.104, de 9 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm) . Acesso em: 03 março de. 2022

ESTRELA, Pedro. **Posicionamentos doutrinários quanto à natureza da qualificadora do feminicídio**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/64615/posicionamentos-doutrinarios-quanto-a-natureza-da-qualificadora-do-femicidio>. Acesso em: 22 de março de 2022.

FARIAS, Athena de Albuquerque, et. Al. **Violência doméstica contra a mulher em tempos de Isolamento Social ante a Pandemia de Covid-19**. 2021. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/viewFile/3316/5271>. Acesso em: 3 de março de 2022

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência contra mulheres em 2021**. 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>. Acesso em: 3 de março de 2022

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19**. Publicado em: 16 de abril de 2020. Disponível em:

<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 2 de fevereiro de 2022

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado** / Rogério Greco. – 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HEIN DE CAMPOS, C. **Lei Maria da Penha: necessidade um novo giro paradigmático**. Revista Brasileira de Segurança Pública, [S. l.], v. 11, n. 1, 2017. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/778>. Acesso em: 10 abr. 2022.

LOUREIRO, Ythalo Frota. **Conceito e Natureza Jurídica do Femicídio**. 2017. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/08/8-Conceito-e-Natureza-Jur%C3%ADica-do-Femic%C3%ADdio.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2022.

MELLO, Adriana Ramos. **Femicídio: Uma análise sócio-jurídica do fenômeno no Brasil**. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v.19, n. 72, jan./mar. 2016. 24

MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula **Femicídios: conceitos, tipos e cenários**. Ciência & Saúde Coletiva [online]. 2017, v. 22, n. 9 [Acessado 21 Abril 2022], pp. 3077-3086. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232017229.11412017>>. ISSN 1678-4561. <https://doi.org/10.1590/1413-81232017229.11412017>.

MENICUCCI, Eleonora. **Íntegra do discurso da ministra Eleonora Menicucci na cerimônia de sanção da lei do feminicídio**. 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/noticias-spm/noticias/integra-do-discurso-da-ministra-eleonora-menicucci-na-cerimonia-de-sancao-da-lei-do-femicidio/> Acesso: 7 de março de 2022

NESCE, Pamela Natascha; FERREIRA, Giovana Raquel Paiva. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: Aumento de casos em decorrência da pandemia do Covid-19 (CORONAVÍRUS)**. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/91362/violencia-domestica-aumento-de-casos-em-decorrenca-da-pandemia-do-covid-19-coronavirus>. Acesso: 30 de março de 2022

OLIVEIRA, Claudia Maria dos Reis. **FEMINICÍDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: SIMBOLISMO PENAL OU MAIOR EFETIVIDADE NA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO?** 2020. Disponível em:  
<http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/repositorioctcc/article/download/2457/1678>. Acesso em: 30 de março de 2022

PÓRFIRO, Francisco. **A lei do feminicídio diz respeito ao homicídio de mulheres em razão de sua condição feminina.** 2020. Disponível em:  
<https://m.historiadomundo.com.br/amp/curiosidades/femicidio.htm>. Acesso: 15 de abril de 2022

SANTOS, Jucielly Alexandrino dos. **Feminicídio: interpretando seus índices e causas..** João Pessoa, 2019. 21f. Artigo Científico (Curso de Direito) –Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Disponível em: <https://bdtcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/09/TCC-COMPLETO.pdf> Acesso: 15 de abril de 2022

VIEIRA, Pâmela Rocha, GARCIA, Leila Posenato e Maciel, Ethel Leonor **Noia Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?.** Revista Brasileira de Epidemiologia [online]. 2020, v. 23, e200033. Disponível em:  
<<https://doi.org/10.1590/1980-549720200033>>. Acessado 27 Abril 2022

## **ATIVISMO JUDICIAL: LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NA ATUAÇÃO ATIVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**VITOR BRAGA MAIA:** bacharelado em Direito da Universidade de Gurupi.

DIEGO AVELINO MILHOMEM NOGUEIRA

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho estuda o fenômeno do ativismo judicial, um tema controverso que no meio jurídico. O objetivo da pesquisa é trazer os diversos pontos que fundamentam os favoráveis e os contrários ao ativismo, com foco no estudo das decisões, contrapondo os argumentos com a questão principal que levanta o debate: se há legitimidade do Supremo Tribunal Federal em interferir nos outros poderes através de uma atuação proativa. As justificativas dos juristas em relação ao tema são examinadas através de artigos científicos e em obras jurídicas de autores renomados no ramo constitucional, além disso, são pesquisados o estado de anomia, estado de coisas inconstitucional, a judicialização dos direitos políticos e sociais, e a transferência de políticas públicas para a esfera jurídica. O método será dedutivo, através de obras e análises das motivações nos acórdãos do STF, analisando suas opiniões sobre o ativismo e a judicialização, e dos impactos sociais e políticos, buscando uma conclusão sobre a legitimidade e uma possível necessidade de uma maior atuação do judiciário. A Constituição será a base da pesquisa, e ao final da pesquisa, espera-se chegar a uma conclusão sobre a legitimidade democrática, e sobre uma possível necessidade de ativismo no ordenamento jurídico do Brasil.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Controle de Constitucionalidade. Legitimidade Democrática. Judicialização. Direitos Sociais e Políticos.

**ABSTRACT:** The objective of the research is to bring the various points that justify those in favor and those against activism, focusing on the study of decisions, contrasting the arguments with the main question that raises the debate: whether there is legitimacy of the Supreme Court to interfere in the other powers through a proactive role. The justifications of jurists in relation to the theme are examined through scientific articles and in legal works by renowned authors in the constitutional field. In addition, the state of anomie, the unconstitutional state of things, the judicialization of political and social rights, and the transfer of public policies to the legal sphere are researched. The method will be deductive, through works and analysis of the motivations in the rulings of the STF, analyzing its opinions on activism and judicialization, and the social and political impacts, seeking a conclusion on the legitimacy and a possible need for a greater role of the judiciary. The Constitution will be the basis of the research, and at the end of the research, it is expected

to reach a conclusion on democratic legitimacy, and on a possible need for activism in Brazil's legal system.

Keywords: Judicial Activism. Control of Constitutionality. Democratic Legitimacy. Judicial Activism. Social and Political Rights.

**SUMÁRIO:** 1.INTRODUÇÃO. 1.1 A judicialização no Brasil. 1.2 O ativismo judicial no Brasil. 2 O ativismo judicial pós-constituição de 1988. 2.1 Ativismo nas políticas públicas. 2.2 Ativismo como meio legal de cumprir a constituição. 2.3 Legitimidade democrática. 2.4 Limites da jurisdição. 2.5 Estado de anomia e estado de coisa inconstitucional. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## 1.INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o judiciário ganhou destaque na mídia por decisões consideradas polêmicas, desde a redemocratização, a atuação do judiciário nas áreas sociais e políticas vem se intensificando, causando atrito entre os poderes.

Quando a Suprema Corte aprecia determinado assunto que foi negligenciado pelos outros poderes ou que foi determinado de forma contrária a grupos sociais, para a população, em especial, os grupos que são afetados diretamente, não há o que se falar em ilegalidade das atuações, pelo contrário, estaria cumprindo a justiça.

Entretanto, no meio jurídico há uma divergência sobre o assunto, de um lado há aqueles que defendem a atuação ativista como legítima, fundamentada no papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, e por consequência a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Contrariando tal entendimento, parte da doutrina e juristas defendem que não há legitimidade democrática na atuação ativista, mesmo sendo em causas sociais.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o judiciário ganhou força e liberdade para atuar em questões de relevância nacional, surgindo no Brasil os fenômenos mundiais da judicialização e do ativismo judicial.

A Constituição Federal delimitou a atuação de cada um dos poderes, e com o sistema de freios e contrapesos, estabeleceria a harmonia. Entretanto, com o aumento da atuação do STF por meio das ações de controle de constitucionalidade, criou uma tensão entre os poderes e discórdia entre os juristas.

O presente trabalho não busca determinar se o mérito das decisões resultadas da atuação ativista está correto ou não. O objetivo é analisar a legitimidade do ativismo judicial, trazendo argumentos favoráveis e contrários. O controle de constitucionalidade

exercido pela Suprema Corte será o foco principal do trabalho, usando as decisões como fonte de debate, contrapondo as teses sobre a legitimidade democrática do ativismo judicial.

### **1.1. A judicialização no Brasil**

Judicialização é um fenômeno que ocorre quando o poder judiciário toma decisões de grande repercussão política e social, envolve resolver problemas sociais e políticos não apreciados pela legislação por inércia dos poderes legislativo e executivo. Ela se dá por meio do ajuizamento de ações que envolvem meio ambiente, saúde, política e trabalho.

Parte do poder de políticas públicas é transferido para os juízes por meio do acionamento da justiça em casos concretos, a liberdade para o judiciário atuar nesses casos vem do direito constitucional em que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Brasil, 1988), e conforme a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro o juiz, quando a lei for omissa, decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes e os princípios gerais do direito ( Brasil, 1942). Neste sentido, Luís Roberto Barroso conceitua o tema como:*

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 em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral (BARROSO, 2009).

No Brasil, a judicialização da saúde é um exemplo em que o cidadão usa do judiciário como último recurso para garantir o direito constitucional à saúde. Ela ocorre em casos em que a prestação pública ou privada nega tratamentos médicos. No período entre 2009 a 2017 o número de casos relacionados à saúde, em processos em primeira instância, aumentou 198%.

### **1.2 O ativismo judicial no Brasil**

Ativismo judicial é definido como uma forma proativa do judiciário em decidir sobre matérias, atuando além da legislação, é uma forma de interpretar a Constituição aplicando hermenêutica no texto constitucional num sentido amplo, de modo que o alcance da interpretação venha a criar uma nova interpretação e aplicação da lei.

Para Barroso (2009), o ativismo e a judicialização são primos, mas não devem ser confundidos.



A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (BARROSO, 2009).

A corrente que defende a ilegitimidade do STF alega que para a democracia, o ativismo é ruim, porque dá aos juízes e tribunais a prerrogativa de criar uma lei baseado em suas opiniões pessoais e políticas, o judiciário não foi eleito pelo povo, e sim o legislativo, que tem a legitimidade para criar novas leis, além do risco de interferência do judiciário nos outros poderes.

Muitas decisões do STF são vistas como práticas de ativismo judicial, o então ministro Celso de Mello, no discurso de posse do ministro Gilmar Mendes, admitiu as práticas ativistas como necessidade institucional (MELLO, 2008), o ministro Luís Roberto Barroso em uma entrevista diz que não há um surto de ativismo, e sim o atendimento de algumas demandas sociais ignoradas pelo legislativo (BARROSO, 2013).

O Supremo Tribunal Federal faz uso do ativismo judicial interferindo nos outros poderes, justificando que estaria assim garantindo os direitos constitucionais. No Estado Democrático de Direito os fins não justificam os meios, o debate no meio jurídico vem do questionamento de que se o STF ao praticar o ativismo judicial, mesmo sendo em prol da sociedade, estaria ferindo a democracia.

A principal justificativa dos contrários ao ativismo vem do parágrafo único do primeiro artigo da Constituição Federal, Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, logo o entendimento é de que não há base constitucional para a prerrogativa de legislar ou a imposição de condutas ao poder executivo.

Mas ao mesmo tempo, questões urgentes de valor social e moral são negligenciadas pelos poderes, e esse descaso justificaria a legalidade da atuação do STF nas decisões proativas nas ações de controle de constitucionalidade.

## **2.O ativismo judicial pós-constituição de 1988.**

O ativismo pode ocorrer ao fiscalizar atos legislativos ou administrativos, em atos administrativos, jurisdicionais de outro poder e atos de exercício de função de chefe de

Estado. Após a redemocratização, a suprema corte ganhou mais segurança e autonomia, o ativismo foi visto como uma forma de garantir a aplicação da Constituição, e como consequência, deixou a velha forma de interpretação constitucional.

A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao interprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós ativista do Direito, são ideias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação (BARROSO, 2019, p 386).

O ativismo judicial ganhou destaque na última década, e é um fenômeno comum nas democracias contemporâneas, com a promulgação da Constituição de 1988 o judiciário ganhou força, e parou de adotar uma postura passiva frente aos outros poderes. A estabilidade da democracia veio por diversos fatores como a separação dos poderes e o pluralismo políticos, ambos princípios fundamentais da Constituição, que evitam que o poder fique concentrado em uma única esfera.

No Brasil, os acontecimentos pré-1988 revelaram ambiente político hostil que constrangeu o Supremo e implicou o passivismo judicial. Contudo, aos poucos, o ambiente político pós-88, tanto no Congresso Nacional como no âmbito do Poder Executivo federal, tornou-se marcado por discursos e posturas de respeito e de tolerância com as decisões do Supremo, o que tem favorecido, sem dúvida, a liberdade e assertividade decisórias. A principal explicação, para tanto, é a inexistência de forças políticas hegemônicas contemporâneas. Há, na política brasileira de hoje, relativa fragmentação do poder político legislativo-partidário (presidencialismo de coalizão), o que repercute positivamente para a estabilidade democrática e para a segurança institucional e, dentro da lógica de implicações entre difusão de poder político e independência judicial, cria um ambiente político que permite a atuação mais ativista do Supremo Tribunal Federal.( CAMPOS, 2014, p 354).

A recuperação dos direitos e garantias trouxe mais estabilidade e autonomia para o judiciário, que ganhou poder político para impor a correta aplicação das leis. A autonomia judiciária, o fortalecimento do Ministério Público e a ampliação do acesso à justiça aumentaram o destaque das atuações dos órgãos judiciais. A reforma trazida pela emenda

constitucional nº45 reafirmou o poder do STF como guardião da Constituição com foco no controle de constitucionalidade.

Entretanto, não há de se falar em hegemonia do poder do judicial, o princípio da inércia processual proíbe, salvo exceções previstas na lei, a iniciativa do Estado como juiz em iniciar uma lide, ao prever que as partes interessadas devem provocar o judiciário, busca assim a imparcialidade do juiz. Nas causas apreciadas pelo STF, a corte por obrigação constitucional, ao ser provocada e atendidos todos os requisitos, deve se pronunciar sobre a demanda. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal é o órgão que tem a legitimidade para defender e cumprir a Constituição.

## **2.1 Ativismo nas políticas públicas**

O Supremo Tribunal Federal, ficou com a responsabilidade de ser o guardião da Constituição, originalmente devendo atuar dentro dos limites da repartição dos poderes. É recorrente a participação do judiciário nas políticas públicas, sendo os tribunais acionados para decidir sobre direitos adquiridos e direitos constitucionais. Oswaldo Canela Jr. (apud GRINOVER, 2008), traz o conceito de políticas públicas:

Conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário), que visam à realização dos fins primordiais do Estado. Como toda atividade política exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar em qualquer situação, desde que comprovado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento dos fins do Estado. (GRINOVER, 2008, p. 11-12).

A autonomia e independência dos ministros para tomar as decisões, e por ser a suprema corte, torna o plenário do STF, ao ser provocado em matérias constitucionais, um relevante agente para decidir políticas públicas, contrariando atos do poder executivo e aplicando controle de constitucionalidade em leis aprovadas pelo congresso, modificando, anulando ou modulando.

O artigo 103 da Constituição traz o rol de legitimados para propor ação direta ou declaratória de constitucionalidade, de modo que torna possível qualquer assunto chegar ao Supremo. Barroso (2013) chega a dizer que “uma questão deve ser muito irrelevante para que nenhum partido político ou entidade de classe queira levar ao Supremo”.

Já foi falado da judicialização da saúde, uma aparente solução para a negligência da administração pública, entretanto as decisões que tutelam o direito à saúde não levam em

conta o orçamento para a saúde. O direito à saúde previsto de forma expressa no artigo 196 da CF deve ser garantido, e não é errado buscar a justiça para garantir este direito.

Ocorre que não é competência do judiciário garantir as políticas públicas de saúde, não há um estudo técnico para as sentenças, no período de 2009 a 2017, 70% das decisões envolviam medicamentos, mas apenas 0,29% delas tiveram o apoio do Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário. Somando a isso teve em 2016 R\$ 1,3 bilhões de gastos destinados a cumprir as decisões, evidenciando os efeitos econômicos.

Em relação à educação, nas ADIs 2501/MG 18 e 3098/SP, os ministros decidiram que compete exclusivamente à União a criação, autorização e funcionamento de instituições de ensino superior. No recurso extraordinário 888.815, o STF, em razão da ausência de lei que regulamenta a educação domiciliar, negou a educação domiciliar. Tal matéria chegou à corte pela falta de norma, proveniente da negligência do congresso nacional.

Na fundamentação do voto do ministro Luiz Fux (2018) sobre a educação domiciliar, ele citou que é importante a postura do judiciário diante de um vácuo legislativo, sendo o ativismo judicial uma postura proativa com o fim discutir o tema, por fim ele negou a possibilidade de educação familiar frente a ausência de lei regulamentadora.

## **2.2 Ativismo como meio legal de cumprir a constituição**

O principal argumento que defende o ativismo é que assim estaria cumprindo o texto constitucional, o STF como guardião da constituição teria também como responsabilidade efetivar os direitos e deveres da CF. Para Barroso (2008) “Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso”.

Barroso (2008) acredita que o judiciário não deve fechar os olhos para as consequências políticas de suas decisões, e deve agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico. O STF acredita que a Constituição abre essa possibilidade para garantir o texto constitucional. O controle de constitucionalidade é uma importante ferramenta para cumprir a constituição. O acesso ao STF por meio das ações diretas torna possível trazer questões de relevância moral, política ou social.

A negligência do legislativo é levantada pelos próprios ministros, no julgamento sobre a educação domiciliar, Fux (2018) menciona que este tema estava sendo discutido no congresso desde 2015, mas essa não estava sendo a vontade deles. Então ocorre uma reação em cadeia em que um direito constitucional é debatido, o problema é empurrado para o judiciário, que deve decidir seguindo o entendimento de que deve cumprir a CF, evidenciando o ativismo nas políticas públicas. Por fim, em seu voto no caso Fux (2018) diz

“Um projeto de lei está lá desde 2015 e eles não votam porque eles não vão aprovar. E não é o Supremo que tem de aprovar isso.”

A inépcia do Estado em cumprir suas várias obrigações instituídas pela Constituição abre espaço para o judiciário, cabendo a ele concretizar os direitos constitucionais. O direito à greve previsto na Constituição não tinha aplicação em relação aos servidores públicos. O STF estaria assegurando o direito dos servidores ao aplicar a Lei 7.783/89 – Lei de Greve dos trabalhadores nos casos de greve de servidores públicos, por omissão do Estado em regulamentar norma sobre greve de funcionários públicos.

### **2.3 Legitimidade democrática**

De início, quando se fala de legitimidade democrática do judiciário em ativismo judicial, logo tem a corrente que defende a ilegitimidade lógica. Os membros do poder judiciário não são eleitos, a Constituição garante que o poder venha do povo, exercido através de seus representantes eleitos ou diretamente. Uma decisão contrária a uma lei do congresso ou ato do executivo seria o mesmo que negar o poder dado aos representantes pelo voto da população.

Barroso (2008) traz duas justificativas que argumentam a legitimidade do supremo para invalidar atos dos representantes eleitos. A primeira de natureza normativa, em que a Constituição expressamente legítima a corte, aplicar a CF seria o mesmo que garantir a vontade do constituinte representante do povo.

A segunda justificativa é filosófica, em que cabe ao Supremo Tribunal Federal o dever de ser o intérprete em conflitos de direitos constitucionais. Esses conflitos vêm das características de uma constituição democrática, a atuação do supremo busca então garantir tanto a democracia quanto os direitos fundamentais.

Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes (BARROSO, 2008, p 11).

Barroso conclui que o ativismo bem exercido é mais benéfico para a democracia do que um risco, devendo ser ponderado os valores e a teoria da argumentação. A orientação de uma democracia vem da maioria, mas isso não significa uma vontade absoluta, deve ponderar entres os valores da maioria sem excluir grupos minoritários.

A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao interprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são ideias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação (BARROSO, 2012, p 386).

O controle de constitucionalidade seria então uma forma de garantir a democracia e os direitos constitucionais, sendo um dos fundamentos para o ativismo nas políticas sociais, seria então o ativismo uma necessidade para que a Constituição cumpra a vontade do constituinte. A omissão e a demora dos outros poderes em cumprir suas obrigações seria uma afronta à Constituição. O poder dado ao executivo e legislativo vem com obrigações.

A atuação do STF, causada pela inércia dos outros poderes, é vista com bons olhos pela sociedade. Para Campos (2014), os partidos políticos se aproveitam da liberdade do Supremo para alcançar seus objetivos, e fazer campanha de suas bandeiras políticas. A atuação vem em favor da oposição e das minorias, e também em favor do governo em assuntos controversos. Para Barroso (2019) as ações diretas criam um fenômeno de constitucionalizar os problemas sociais.

No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializados e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas. Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2019, p 431).

A legitimidade fundamentada na tutela dos direitos fundamentais, seria exercida através do controle de constitucionalidade, a concretização da constituição não cobre apenas a maioria, nem mesmo maior representação no congresso significaria que apenas a vontade majoritária deve ser seguida. Caberia então ao Supremo Tribunal Federal, atuando como guardião da constituição, ponderar sobre a vontade popular e os direitos e garantias das minorias.

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas. (BARROSO, 2019, p 24).

## 2.4 Limites da jurisdição

Os ministros do Supremo Tribunal Federal admitem e defendem a prática de ativismo judicial, os limites da jurisdição estariam amparados na constituição, entretanto, não é um assunto unânime no meio jurídico. Doutrinadores e membros do poder judiciário questionam os limites da jurisdição.

Há juristas que defendem que ativismo não é bom para a democracia, eles defendem que as interferências nos outros poderes, fere o artigo 2º da Constituição Federal ao não respeitar a separação dos poderes e colocar em risco a harmonia e ultrapassa o sistema de freios e contra pesos.

Para Streck (2017), há um excesso de ativismo, e que o ativismo é uma vulgata da judicialização, não há de se falar em ativismo bom ou ruim, mas a generalização acaba sendo ruim para a democracia. Nesse sentido, as pautas sociais acabam sendo politizadas na esfera jurídica.

Ativismo é quando o Judiciário se substitui aos poderes que são do legislador e, por exemplo, acaba interferindo nas esferas dos demais Poderes e fazendo com que se fragmente o sistema. A judicialização acontece em qualquer país do mundo e o ativismo acaba sendo ruim para a democracia. Acabamos criando um judiciário muito forte, como uma espécie de grande pai da nação. O ativismo é uma vulgata da judicialização. (STRECK, 2017).

Não é ruim que debates e políticas públicas cheguem ao judiciário, a judicialização é comum e acontece em todo mundo, é um meio importante de garantir os direitos básicos através do acesso à justiça. No caso da ADPF 186, a corte julgou sobre o caso de ingresso em instituições de ensino superior através de cotas raciais. Os ministros julgaram um caso sobre uma matéria de debate público.

Como mencionado anteriormente, há partidos políticos que se aproveitam da possibilidade de uma causa ser julgada procedente através do ativismo para conseguir reunir votos, na ADPF 186 a ação foi ajuizada por um partido político, o mérito da decisão não foi fruto de uma interferência do judiciário e sim da provocação do autor.

O Supremo Tribunal Federal julgou que é constitucional as cotas raciais, uma decisão em que houve judicialização de um debate público, e não um ativismo, de modo que é necessário se precaver e observar o limite entre a judicialização e o ativismo, sendo a judicialização algo comum e inevitável e o ativismo algo a se evitar.

Para Streck (2017), não há legitimidade do judiciário, os problemas sociais e a omissão do poder público não fundamentam a atuação ativista do STF. Além disso, ele afirma que o judiciário não soube diferenciar o ativismo da judicialização. A Constituição garante diversos direitos, e cabe ao legislativo e ao executivo concretizar os direitos através das leis e políticas públicas, sendo essa a primeira atitude a ser feita. Streck (2017) cita que “A Constituição diz que o Brasil é uma República e visa erradicar a pobreza. O que tem que se fazer então? Tem que fazer políticas públicas para isso.”

Streck (2017) aponta que a omissão dos outros poderes fez com que a população recorresse ao judiciário para garantir seus direitos, o judiciário teria que decidir segundo os princípios do direito, mas o judiciário não soube estabelecer a diferença entre judicialização e ativismo.

As decisões dos magistrados são garantidas pela independência do poder judiciário, valendo do princípio do livre convencimento do juiz, mas essa autonomia tem limites, a decisão de um juiz muda um vida de uma pessoa ou transforma uma parte da sociedade, A atuação do juiz não seria meramente uma questão de gosto, vontade ou subjetividade, Streck (2017) cita que o ato do juiz em decidir é dotado de responsabilidade política. Quanto aos limites da autonomia jurisdicional, Streck exemplifica que ela termina na esquizofrenia do juiz, e que no cotidiano não se troca os nomes das coisas por pura vontade.

E assim como você tem sua autonomia no cotidiano e não quer ser chamado esquizofrênico por trocar o nome das coisas, também no plano das práticas jurídicas, nós temos uma dogmática, nós temos conceitos. Eu não posso transformar homicídio em estelionato. O texto jurídico é muito importante. Uma interpretação tem que ter algo, você não pode inventar as coisas. Com isso o sujeito já tem no mínimo a garantia que existe uma lei”. (STRECK, 2017).

## 2.5 Estado de anomia e estado de coisa inconstitucional

A anomia é uma situação social, ela é conceituada como a ausência da ordem, normas e valores sociais. No direito ela se caracteriza pela ausência de norma regulamentadora de um fato ou mesmo tendo a norma, ela se mostra ineficaz. Ela é vista na ausência de políticas públicas, e na morosidade do legislativo em acompanhar as mudanças na sociedade.



O estado de coisa inconstitucional é um instituto criado na corte constitucional colombiana em situações que ocorre grave e massiva violação de direitos fundamentais e que afeta um número amplo de pessoas. Tal estado já foi levantado pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, em que foi alegado que os direitos dos presos do sistema carcerário brasileiro estavam sendo violados pela omissão dos poderes executivo e legislativo.

Os ministros do STF reconheceram na ADPF 347/DF o estado da coisa inconstitucional, declarando a falência do sistema causados por atos omissivos e comissivos dos poderes, na decisão foi parcialmente, de forma cautelar, deferido os pedidos, sendo deferido a realização de audiências de custódia e liberação de verbas dos Funpen.

O relator Marco Aurélio em seu voto, reconheceu que na situação configurava um estado de anomia em que havia a ausência de regulamentação de diversos fatos e também diz que há inércia quando “se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes.

O ministro Luiz Fux em seu voto da ADPF 347/DF defende que nessas situações em que por causa da inércia e passividade, os direitos fundamentais estão sendo descumpridos cabe ao judiciário interferir. Ainda afirma que nessas situações o ativismo judicial mostra a solução para concretizar os direitos previstos na Constituição Federal.

Streck (2015) cita o estado da coisa inconstitucional como uma nova forma de ativismo, seria então um ativismo camuflado. Para ele, a possibilidade de suscitar essa tese abriria espaço para que todo assunto seja julgado de forma ativista, desde presídios a salário mínimo. A crítica do estado de coisa inconstitucional feita por Streck é que o objeto de controle de constitucionalidade é uma norma jurídica e não uma realidade empírica.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho expôs a prática do ativismo judicial, e sua relação com outros temas como a judicialização, a anomia e o estado da coisa inconstitucional. Como evidenciado, não há um consenso sobre o tema que vem sendo debatido no meio jurídico, já que se tornou uma realidade presente no Brasil.

Saber a diferença entre judicialização e o ativismo e de extrema importância para a correta aplicação da lei, a judicialização é algo inesperado e eventual através de uma busca por uma tutela judicial de um direito adquirido, já o ativismo é uma postura adotada de

maneira permanente, com o intuito interferir nos outros poderes ao se colocar os juízes no papel do executivo e dos legisladores.

O Supremo Tribunal Federal já tem um consenso de que o ativismo judicial é uma forma legítima de se guardar os princípios constitucionais, admitindo nos próprios acórdãos que é de sua competência interferir no executivo e no legislativo quando identificarem violação de direitos fundamentais causados pelos atos dos outros poderes. E ainda afirma que colocaria em risco a democracia se permanecer inertes num passivismo judicial.

Entretanto, mesmo tendo entre os ministros um consenso sobre a legitimidade do ativismo, o benefício total é contestado, o ministro Luís Roberto Barroso (2008) defende que o ativismo é uma solução, mas também um veneno como um antibiótico que se mal administrado pode levar à morte.

A abertura política e a promulgação da Constituição de 1988 foi um marco na defesa dos direitos humanos, é o judiciário foi e está sendo fundamental na aplicação da Constituição, entretanto isso não justifica a interferência e a quebra da harmonia entre os poderes.

A rota correta para garantir os direitos constitucionais é através de políticas públicas e das leis aprovadas pelo legislativo, não se é questionado o mérito das decisões, e sim os meios em que eles foram assegurados. A exemplo, a ADPF 132/RJ que reconheceu a união homoafetiva, que mesmo sendo uma realidade no mundo não havia regulamentação no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 132/RJ, regulariza a união homoafetiva tomando o lugar do legislador, entretanto tal situação deveria ter sido feita pelas vias legislativas e não pelo judiciário. Streck (2017) cita que não deve ser levado em conta o “justo ou injusto sobre essa questão”, ela devia ter sido feita através do congresso nacional.

Fenômenos como o estado inconstitucional das coisas causados pela inércia dos poderes executivo e legislativo instigam o judiciário a tomar a frente das decisões que, em regra, não são de sua competência. Esta posição nada mais fez que intensificar o ativismo no Brasil, sendo muito defendida quando é possível agradar a população com ideias políticos, ou que uma “ideia política cuja reivindicação seja agradável, dúctil e que todos possam facilmente se colocar a seu favor para que se torne uma tese jurídica a ser defendida implacavelmente como objeto de ação constitucional.” (STRECK, 2019, p. 482).

Como cita de Streck (2015), defender a constituição é o mesmo que defender a democracia, e foi com a Constituição de 1988 que o Brasil se consagrou como um Estado

Democrático de Direito, e cabe ao judiciário a função de garantir os direitos constitucionais, em especial o Supremo Tribunal Federal que atua como guardião da Constituição, entretanto essa atuação vem sendo feita fora dos limites.

Como já mencionado no trabalho, a atuação ativista começa com a provocação do judiciário pelas partes. Se a suprema corte já se posicionou favorável em relação ao ativismo, a solução para este problema é a mesma que resolveria os problemas da nação. Não teria ações sobre direitos violados vindos de falta de políticas públicas ou de uma legislação adequada se o executivo e o legislativo cumprissem seu papel. Entretanto tal solução está longe de ser concretizada, basta ver que ainda não foi cumprido e não está sendo o objetivo dos governos realizar os objetivos fundamentais elencados no artigo 3º da Constituição.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal STF - REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RG RE 888815 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: MIN. ROBERTO BARROSO, Distrito Federal, 12/09/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal STF- ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL, Relator: MIN. MARCO AURÉLIO, Distrito Federal, 09/09/2015.

BARROSO, Luís. R. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª Edição, São Paulo – SP: Editora Saraiva, 2019. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617562/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

BARROSO, Luís. R. Interpretação e Aplicação da Constituição, 7ª edição: São Paulo – SP Editora Saraiva, 2008. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502075313/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

BARROSO, Luís. R. O controle de constitucionalidade sem direito brasileiro. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 2019. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BARROSO, Luís. R. 'Tribunal não cumpre seu papel com 80 mil processos'. Consultor Jurídico. 7 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-07/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 30 nov 2021.

CAMPOS, CARLOS.ALEXANDRE.DE. A. Dimensões do Ativismo Judicial do STF. Rio de Janeiro – RJ: Grupo GEN, 2014. 978-85-309-5776-6. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5776-6/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de Processo, ano 33, n. 164. São Paulo, RT, out. 2008. p. 9-28.

Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União, Insper, 24 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>. Acesso em 13 de abril de 2022.

MATSUURA, Lilian. STF já apontou situações para o ativismo judicial. Consultor Jurídico, 2009. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2009-ago-12/stf-apontou-tres-limites-ativismo-judicial-politicas-publicas>. Acesso em 30 nov 2021.

MELLO, José Celso de. Discurso Proferido Pelo Ministro Celso de Mello, em Nome do Supremo Tribunal Federal, na Solenidade de Posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência do Supremo Tribunal Federal, em 23/04/2008. Revista De Direito Administrativo. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41536>. Acesso em: 30 nov 2021.

REIS, Mariana Costa. O papel de operadores do Direito na judicialização da saúde no Brasil. 6 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/judicializacao-da-saude/>. Acesso em: 13 de abril de 2022

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional. 6ª Edição, Rio de Janeiro – RJ: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. 30 Anos da CF em 30 Julgamentos - Uma Radiografia do STF. Rio de Janeiro – RJ: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981815/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia, Consultor Jurídico, 08/09/2017, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo>. Acesso em: 13 nov. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?. Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>, acesso em: 13 nov. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/02/Estado-de-Coisas-Inconstitucional.pdf>, acesso em: 13 abr. 2022.

Vinícius ALEXANDRE DE Pádua. Teoria da Anomia Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 maio 2015, Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44167/teoria-da-anomia>. Acesso em: 13 abril de 2022.

## **A POSSE EXCLUSIVA COMO REQUISITO PARA A USUCAPIÃO ENTRE HERDEIROS DE IMÓVEL OBJETO DE HERANÇA**

**PEDRO HENRIQUE DE OLIVEIRA MARTINS:**

Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário UNA de Contagem/MG. Pós-graduado em Advocacia Cível pelo Centro Universitário UNA de Belo Horizonte/MG.<sup>181</sup>

**Resumo:** O presente artigo pretende abordar de forma sucinta e imparcial a exclusividade da posse como requisito para a usucapião entre herdeiros de imóvel objeto de herança. O tema é recente e demonstra relevância por abranger importantes áreas do Direito Civil, tais como o Direito Sucessório, Direito das coisas, Direito condominial, dentre outros. Assim, por meio de breves considerações, o trabalho tratará da possibilidade de usucapião nas circunstâncias mencionadas, mas sem pretender esgotar o tema, tendo em vista a sua complexidade.

**Palavras-chave:** Usucapião - Posse exclusiva - Herança

**Abstract:** This article aims to briefly and impartially address the exclusivity of possession as a requirement for adverse possession between heirs of property object of inheritance. The theme is recent and shows relevance for covering important areas of Civil Law, such as Succession Law, Law of Things, Condominium Law, among others. Thus, through brief considerations, the work will address the possibility of adverse possession in the aforementioned circumstances, but without intending to exhaust the subject, in view of its complexity.

**Key-words:** Adverse possession - Exclusive possession – Inheritance

### **1 INTRODUÇÃO**

A usucapião é uma das formas de aquisição de propriedade de bens móveis e imóveis pelo seu uso prolongado no tempo, evidentemente, mediante a presença de alguns requisitos e circunstâncias previamente delimitados pela Lei.

Nada mais é do que um instituto criado a fim de regularizar uma situação de fato já existente, punindo aquele que não faz uso da propriedade conforme os fundamentos do nosso Direito, e, em contrapartida, privilegiando aquele que o faz.

A princípio pode parecer injusto que alguém deixe de ser dono de algo apenas pelo uso do outro, mas é importante lembrar que a Constituição Federal consagra como

<sup>181</sup> Email: [pedrooliveira.adv90@gmail.com](mailto:pedrooliveira.adv90@gmail.com)

princípio a Função Social da Propriedade, que significa que os bens devem ser utilizados com fins que favoreçam à toda coletividade, e não apenas os seus respectivos proprietários.

Dessa forma, percebe-se que o instituto da usucapião tem importância inegável no que se refere a efetivação de direitos fundamentais, como o direito à propriedade, a moradia e ao mínimo existencial, na medida que estimula a função social da propriedade.

Entretanto, a controvérsia reside na possibilidade da aplicação do instituto quando as partes envolvidas são herdeiros e o bem que se pretende usucapir for imóvel objeto de herança.

Como exemplo, imagine a situação em que dois irmãos herdem do pai uma casa, tornando-se cada um deles proprietários de metade do bem, embora apenas um resida no imóvel. Nessa hipótese, seria possível a usucapião da parte do irmão que não exerce a posse do imóvel pelo irmão que a exerce? Consoante entendimento do STJ a resposta é sim, desde que haja conjuntamente aos demais requisitos legais, a exclusividade da posse do usucapiente.

Mas o que seria essa “posse exclusiva”? Para entender o requisito imposto pelo tribunal superior, primeiramente faz-se necessário entendermos alguns conceitos afetos ao tema das sucessões, do direito das coisas e do direito condominial.

## 2 DESENVOLVIMENTO

É sabido que a herança transmite-se automaticamente aos herdeiros pelo princípio da *saisine*, isto é, antes mesmo da formalização da transmissão da titularidade do patrimônio do falecido, havendo o óbito, os bens do falecido passam de forma instantânea para a propriedade dos herdeiros, nesse sentido, dispõe o Código Civil em seu artigo 1.784

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. (BRASIL, 2002, art. 1.784):

A finalidade do princípio é impedir que o patrimônio que pertencia ao falecido fique sem titular, considerando que a formalização da partilha com a realização do inventário pode demorar bastante tempo, o que justifica a transmissão automática no exato momento da morte. Nesse sentido explica Rosenvald:

Efetivamente, com a abertura da sucessão (= morte da pessoa humana), todas as suas relações patrimoniais (ativas e passivas) são transmitidas automática e imediatamente para os seus herdeiros. É como se o próprio autor da herança, em seu último suspiro de vida, no limiar de sua morte, estivesse, com as próprias mãos, transmitindo o seu patrimônio. (CHAVES, ROSENVALD, 2021, p.122).

Dessa forma, uma vez transmitida de forma automática a propriedade de um imóvel para dois ou mais herdeiros, temos a incidência de outro importante instituto para a devida compreensão do tema, que será explicado no parágrafo seguinte.

Em regra, a propriedade é titulada apenas por uma pessoa, no entanto, em situações específicas a propriedade pode pertencer à duas ou mais pessoas simultaneamente, caracterizando, dentre outros institutos, a figura do condomínio.

No caso de transmissão da propriedade por sucessão hereditária o condomínio formado é classificado como eventual ou incidental, pois se origina de motivos estranhos à vontade dos condôminos.

Importante aclarar que o condomínio que justifica a usucapião entre herdeiros é o *pro indiviso*, que é aquele em que as partes não se localizaram faticamente, isto é, quando o imóvel não fora dividido em partes, como por exemplo uma casa em que não se delimitou fração da área para um herdeiro e a outra fração para o outro.

Por fim, uma vez “preparado o terreno” com as explicações dos institutos acima, convém entender o que seria a posse exclusiva no contexto da usucapião entre herdeiros.

A posse é classificada de várias maneiras, podendo haver composses, posses paralelas, e além de outras a posse exclusiva, que pode ser conceituada como aquela exercida por um único possuidor, sem a oposição dos demais condôminos, isto é, todos os atos inerentes a posse são realizados unicamente por um possuidor.

Portanto, uma vez caracterizado o condomínio eventual em razão da transmissão automática da herança do bem, e havendo posse exclusiva de um dos herdeiros, em razão da conduta desidiosa dos outros herdeiros/condôminos, que nada fazem ou não se importam com a posse sendo exercida de forma exclusiva por um deles, tem-se a possibilidade de o bem ser usucapido, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Resp. nº 1.631.859, vejamos um trecho da decisão:

O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como **tenha sido exercida posse exclusiva** com efetivo animus domini pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários. 7. Sob essa ótica, tem-se, assim, que é possível **à recorrente pleitear a declaração da prescrição aquisitiva em desfavor de seu irmão - o outro herdeiro/condômino** -, desde que, obviamente, observados os requisitos para a configuração da usucapião extraordinária, previstos no art. 1.238 do CC/02, quais



sejam, lapso temporal de 15 (quinze) anos cumulado com a posse exclusiva, ininterrupta e sem oposição do bem.

Importante mencionar que a posse exclusiva deve ser inequívoca, manifestada claramente aos demais condôminos, nesse sentido o acórdão menciona:

Exige-se, em tal caso, que a posse seja inequívoca, manifestada claramente aos demais condôminos, durante todo o lapso temporal exigido em lei. Deve estar evidenciado aos demais comunheiros que o usucapiente não reconhece a soberania alheia ou a concorrência de direitos sobre a coisa comum.

Ainda, no mesmo sentido Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves nos explicam:

todavia, em caráter completamente excepcional, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir a ocorrência de usucapião sobre um bem integrante da herança por um dos coerdeiros quando houver o estabelecimento da **posse com exclusividade**, alijando todos os demais do exercício da posse, sem oposição dos demais interessados. Seria o exemplo da fazenda que é transmitida a cinco herdeiros, mas que somente um deles exerce a posse, colhe os frutos, custeia as despesas de manutenção, sem qualquer prestação de contas aos demais.(CHAVES, ROSENVALD, 2021, p.125)

Dessa forma, resta claro, antes os recentes precedentes e entendimentos doutrinários, que é possível o usucapião entre herdeiros de imóvel objeto de herança, desde que presente a posse exclusiva, sem oposição, com animus domini e pelo prazo de 15 (quinze) anos do usucapião extraordinário, além dos outros requisitos atinentes ao instituto.

### 3 CONCLUSÃO

Conflitos que envolvem o direito das sucessões e a posse são mais comuns do que podemos imaginar, muito pelo desconhecimento das pessoas acerca de seus direitos hereditários e possessórios.

A posse se trata de uma situação fática protegida pelo nosso ordenamento jurídico e a sua proteção não pode ser abrandada levemente, mesmo em situações que envolvam conflitos com outras áreas do direito, até mesmo com o direito das sucessões.

Assim, conforme exposto na introdução, o artigo pretendeu apenas tecer breves considerações sobre o tema, sem esgotá-lo, considerando que, conforme já dito, os

conflitos que envolvem a temática são imprevisíveis, exigindo dos nossos juristas um aprofundamento contínuo.

#### 4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1631859 SP 2016/0072937-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/05/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe

29/05/2018). Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+1631859+SP&b=ACOR&p=false&l=10&i=10&operador=e&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+1631859+SP&b=ACOR&p=false&l=10&i=10&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO)

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília: Congresso Nacional, 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: 28 fev. 2022).

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: direitos reais. 17. Ed. Ver., ampl. E atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Sucessões. 7. Ed. Ver., ampl. E atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2021 V. 7.