# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1098

(Ano XIV)

*(25/06/2022)*

ISSN - 1984-0454

BRASÍLIA

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

## 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
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

www.conteudojuridico.com.br

QR code do Volume 1098

**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1098, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 279 f.

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

Recurso online. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

www.conteudojuridico.com.br

SUMÁRIO

## COLUNISTA DA SEMANA

**O humanismo da Universidade de Salamanca**
*Benigno Núñez Novo. 08.*

## ARTIGOS

**Segurado facultativo de baixa renda: percepção de renda ínfima que não deve descaracterizar a condição de segurado**
*Camilla Menezes de Santana, 16.*

**Direito ao esquecimento como direito da personalidade: análise de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro**
*Vanessa Matos Cortes Oliveira, 37.*

**A conduta processual das partes como meio de prova**
*Lucas Ribeiro Vieira Rezende, 48.*

**A proteção e a regulamentação do trabalho infantil artístico no Brasil**
*Raimundo Sousa Neto. 68.*

**A (in)constitucionalidade da Diferença de alíquota do ICMS - DIFAL e a atuação dos Tribunais**
*Rafael Luiz da Silva Baltazar, 90.*

**Análise acerca da audiência de custódia e das alterações promovidas pela lei nº 13.964/2019**
*Ithaiara Carvalho Lima, 111.*

**Reflexos da Pandemia do Coronavirus na Violência Doméstica Contra a Mulher**
*Gerciana Alves de Freitas, 123.*

**Injúria racial praticada nas redes sociais**
*Lorena Aimee Monteiro Frota, 138.*

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

**A viabilidade jurídica de reconhecimento da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017 em sede de controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**
*Vanessa Matos Cortes Oliveira, 149.*

**Violência doméstica frente ao paradigma da inferioridade feminina**
*Samia Caroline Cabral Silvestre, 166.*

**Adoção à brasileira: ato ilícito ou humanitário? Uma análise jurisprudencial do tema**
*Lais Barbosa Oliveira, 188.*

**Homeschooling: pais representantes nas escolhas educacionais**
*Héllen Cristina Alves Vieira, 203.*

**Os impactos do pacote anticrime no crime de estelionato: análise da ação penal a luz da constituição e da modulação de efeitos**
*Daniele Nascimento Vasconcelos e Michelly Vieira Ramos, 219.*

**A mediação extrajudicial como meio de solução de conflitos**
*Everaldo Gonçalves Pereira, 236.*

**A propaganda eleitoral na internet: seus desafios e limites jurisprudenciais**
*Luciano Leite Pereira, 258.*

**Feminicídio e a violência de gênero**
*Jaciara Ferreira Rodrigues, 269.*

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

# O HUMANISMO DA UNIVERSIDADE DE SALAMANCA

**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.

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre o humanismo da Universidade de Salamanca. As obras centrais de Francisco de Vitória são de suma importância para fundamentação filosófica dos direitos humanos no mundo contemporâneo. Atualmente na Universidade de Salamanca, a espanhola e referência em direitos humanos, Dra. María Esther Martínez Quinteiro contribui ao longo dos anos na ampliação dos horizontes dos direitos humanos na sociedade internacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Humanismo; USAL.

**RESUMEN:** Este artículo tiene como objetivo hacer un estudio sucinto del humanismo en la Universidad de Salamanca. Las obras centrales de Francisco de Vitória son de suma importancia para la fundamentación filosófica de los derechos humanos en el mundo contemporáneo. Actualmente en la Universidad de Salamanca, la española y referente en derechos humanos, la Dra. María Esther Martínez Quinteiro ha contribuido a lo largo de los años a ampliar los horizontes de los derechos humanos en la sociedad internacional.

**PALABRAS CLAVE**: Humanismo; USAL.

**ABSTRACT:** This article aims to succinctly make a study of humanism at the University of Salamanca. Francisco de Vitória's central works are of paramount importance for the philosophical foundation of human rights in the contemporary world. Currently at the University of Salamanca, the Spanish and reference in human rights, Dr. María Esther Martínez Quinteiro has contributed over the years to broadening the horizons of human rights in international society.

**KEYWORDS:** Humanism; USAL.

## INTRODUÇÃO

Direitos humanos são os direitos e liberdades básicas de todos os seres humanos, independentemente da sua raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. Os direitos humanos incluem o direito à vida e à liberdade, liberdade de opinião e expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre outros. Todos têm direito a estes direitos, sem discriminação.

Esta pesquisa é histórica, bibliográfica e qualitativa, justifica-se pela extrema relevância do humanismo da Universidade de Salamanca.

## DESENVOLVIMENTO

O frade dominicano Francisco de Vitória (1486-1546) é considerado o fundador do direito internacional moderno, da Escola de Salamanca e sua maior referência. Foi, além de filósofo, teólogo, economista e jurista. Dedicou-se à defesa dos direitos dos índios do Novo Mundo e à limitação das causas que justificam a guerra.

Francisco de Vitória parece ter nascido em Vitória, província basca de Álava, por volta de 1486. Ingressou no convento de São Pablo, no ano de 1505, aos 14 anos de idade, onde realizou seus estudos de Humanidades e começou os de Artes ou filosofia. Permaneceu estudando no convento de São Pablo até o ano de 1508, quando vai continuar seus estudos em Paris. No período que passou em São Pablo, entretanto, precisa-se destacar seu contato com as línguas grega e latina, nos estudos de Gramática, visto ser este convento, de maneira profunda, comprometido com a excelência da educação e com a renovação das condições de ensino. É importante tomar nota que no ano de 1504, houve grandes mudanças nas orientações de ensino, para garantir maior excelência, ao que Vitória, desde a mocidade, já se encontrava exposto a um ambiente de renovação e transformações, com consideráveis elementos para sua formação e futura atuação teológica. Basta citar, por exemplo, que Vitória, era conhecedor da língua grega, com registros, já em Salamanca, de opiniões e observações suas sobre tradições, bem como consultas aos originais em grego para preparação de suas aulas e palestras. Ordenou-se dominicano e estudou teologia na Universidade de Paris, onde lecionou.

As obras centrais de Francisco de Vitória e demais pensadores de Salamanca são de suma importância para fundamentação filosófica dos direitos humanos no mundo

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

contemporâneo. O principal centro intelectual e por onde passaram os nomes mais expressivos deste momento histórico no século XVI.

Licenciado em teologia, em março de 1522, Vitória retorna à Espanha e desenvolve atividade docente no período de três anos no Colégio São Gregório de Valladolid, que era um verdadeiro celeiro de ilustres e renomados docentes. Em 1526, ele obtém a prestigiosa cadeira prima (Cátedra Prima) da Universidade de Salamanca, de onde exerce então seu magistério e marca profundamente muitas gerações de tomistas, como Domingo de Soto (1494-1560) e Domingo Bañez (1528-1604).

No verão de 1526 com o início do processo de sucessão da principal cátedra de teologia da Universidade de Salamanca, maior posto teológico de toda a Espanha, em função da morte do seu até então ocupante, Pedro de León. Essa cadeira era ocupada por dominicanos há mais de um século e a Ordem, interessada em manter a mesma, deveria indicar seu melhor nome para a sucessão. O primeiro e principal nome era o de Diego de Astudillo, mas a Ordem indicou Francisco de Vitória, que entrou numa disputa difícil contra o principal candidato, Pedro Margallo, catedrático de filosofia moral em Salamanca. Difícil, pois, a eleição se fazia por meio de votação entre os membros da Universidade, na qual Vitória não era ainda tão conhecido como o professor residente. Entretanto, que foi a impressão que causou durante os exercícios de sucessão, com sua habilidade e conhecimentos, que venceu com vantagem confortável a eleição e se tornou catedrático de Prima, da Faculdade de Teologia de Salamanca, realizando o juramento dos estatutos em 21 de setembro de 1526.

As ideias basilares de Vitória são, em sua essência, três: a) a configuração da ordem mundial como sociedade natural de Estados soberanos; b) a teorização de uma série de direitos naturais dos povos e dos Estados; c) a reformulação da doutrina cristã da "guerra justa", redefinida como sanção jurídica às iniuriae (ofensas) sofridas.

A atividade de Vitória em Salamanca proporcionou uma série de mudanças que trataram de colocar ambos no mapa do pensamento europeu. Dentre elas, temos a introdução, já corrente em Paris e em boa parte das Universidades europeias, da Summa, como livro base para os estudos teológicos, em adição às Sentenças, em um processo de substituição do texto base, iniciado por Vitória, mas que só seria institucionalizado definitivamente em 1561, por conta de formalidades decorrentes das constituições da Universidade. Sua atividade, assim, se estende por vinte anos, explicando seguidamente a Summa, de Tomás de Aquino, na formação de um vultoso grupo de discípulos que viriam

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

a assumir, nos anos seguintes, as cadeiras da Universidade e ocupar cargos importantes na estrutura eclesiástica.

As famosas Relecciones, proferidas anualmente por Vitória, segundo determinação das constituições da Universidade para todos os catedráticos. Vitória, ao longo de seu magistério, proferiu quinze Relecciones, conferindo grandeza até então inédita ao evento universitário. Suas demais contribuições para a Universidade estão na renovação da biblioteca, da qual Vitória foi encarregado da seleção e compra de obras para a Faculdade; participação no comitê encarregado de montar uma imprensa para a Universidade; dentre outros trabalhos.

Na discussão dos temas mais candentes da época, Vitória questionou a legitimidade da conquista espanhola da América, que não se justificava pelo paganismo dos nativos. Mesmo que a conquista protegesse inocentes de práticas como o canibalismo ou sacrifícios humanos, o rei da Espanha, ou qualquer outro soberano, deveria garantir tratamento justo e igualitário a indígenas e colonos, pois todos eram seus súditos, com direitos iguais. O papa não tinha o direito de dar a monarcas europeus domínio sobre povos primitivos; o máximo que podia fazer era designar esferas para o trabalho missionário. Os pagãos tinham o direito à propriedade e a ter dirigentes próprios, já que não eram irracionais.

Nos estudos sobre o direito de guerra, concluiu que ela só é admissível em legítima defesa e para corrigir um erro muito grave. Em qualquer caso, deve sempre ser precedida por esforços de conciliação e arbitragem. Sua obra constituiu uma reelaboração do jus gentium, ou "direito das nações", pela afirmação de princípios éticos universais e de igualdade entre os povos. Francisco de Vitória morreu em Salamanca em 12 de agosto de 1546.

A origem do direito das gentes está no direito romano, que ainda atravessa a idade média. A origem dos Direitos Humanos está na releitura do Direito das Gentes. É por isso que o De legibus de Francisco Suárez não só está na base como é o texto mais citado por Grócio no seu Do Direito da Guerra e a Paz. Serve, ainda, de referencial teórico para a justificação de decisões de Cortes Internacionais de Justiça e Direitos Humanos contemporâneos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Internacional de Justiça da Haia. O conceito de jus gentium, que foi também chamado de direitos de gentes, mesmo tendo a sua origem no direito romano e tenha atravessado, sob

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

diferentes versões, a idade média, é recebido pela geração da Escola de Salamanca, e muito especialmente por Suárez, com alguns ajustes e atualizações. Passa a ser entendido como um direito que considera as culturas dos povos como autoridade legítima que deve ser respeitada, uma consideração ao que foi construído ao longo do tempo pelos povos e que não temos direito de atropelar sob nenhuma alegação. São os casos da instituição da propriedade privada, do matrimonio, dos regimes de trabalho, dos tratados internacionais, entre outros.

O conceito de Direito de Gentes, relativo ao que hoje conhecemos como Direitos Humanos são importantes porque, mesmo sendo um direito que se expressa numa positividade, numa norma escrita, tem na sua base uma racionalidade que considera as culturas, a diversidade de modos de manifestação cultural. E isso ao mesmo tempo em que busca a sua universalidade.

Os Direitos Humanos surgiram na idade média, do casamento entre a Filosofia Cristã Católica com o Direito Natural (Jus Naturale). Tal afirmação pode ser comprovada de forma simples uma vez que ao surgir o Cristianismo todos os homens (nobres e plebeus) passaram a ser fruta do mesmo saco sendo colocados ao mesmo nível como criaturas e filhos de Deus. Até mesmo os Reis, que eram em muitos lugares da antiguidade, considerados como naturais representantes de Deus na terra passaram a necessitar da benção da igreja, pois do contrário nada mais seriam do que déspotas excomungados.

A conquista da América no século XVI pelos espanhóis resultou em um debate sobre direitos humanos na Espanha. Isto marcou a primeira vez que se discutiu o assunto na Europa. Muitos filósofos e historiadores do direito consideram que não se pode falar de direitos humanos até a modernidade no Ocidente.

Francisco de Vitória, um dos mestres da Escola de Salamanca, forneceu grandes contribuições para o advento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Francisco Suárez também apresentou contribuições neste sentido, pois, para ele, a formação do conceito de comunidade universal "era um postulado objetivo, traduzia uma ordem natural pensada fora do quadro da concepção individualista dos estados, [...] indivíduos tomados isoladamente, desligados de uma ordem mais vasta sem consideração da função que nela deveriam desempenhar" (CALAFATE, 2017, p. 51).

As Escolas de Coimbra, Lisboa, Évora, Salamanca, dentre outras, tiveram uma profunda relevância para o que hoje, em conjunto, denomina-se de "Escola Ibérica da Paz". É possível afirmar que as contribuições feitas pelos pensadores egressos dessas escolas

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

possuem em comum a retomada dos estudos de Tomás de Aquino (VICENTE, 1952, p. 12) e Aristóteles.

O Direito Natural funciona como a razão sob a qual o Direito das Gentes é construído, ou seja, o "sistema de lei natural universal do jus gentium cujas regras podem ser determinadas pelo uso da razão" (ANGHIE, 1996, p. 325). Desse modo, são auto evidentes e comuns a todas as sociedades humanas.

Assim, aduz que "o Direito das Gentes como forma do Direito Positivo tem seu fundamento na vontade humana" (VICENTE, 1952, p. 617), no consenso universal entre os sujeitos. Além disso, tem como fim específico o bem de todos que estão conectados através o gênero humano. Suárez nasce dois anos depois da morte de Vitoria. Por ter vivido um contexto de formação da Europa e nascimento do Estado Moderno, suas teorias são amplamente criticadas por alguns filósofos de matriz tomista. Para eles, o que de fato existe são duas linhas extremas que colocam Vitoria e Suárez em pontos distintos da linha internacionalista espanhola.

Nesse esforço intelectual, os estudos de Tomás de Aquino tiveram profunda relevância na sustentação de uma razão do Estado e da Razão da Humanidade, de forma que estas não se confundissem entre si. Em outras palavras, tal como aduz Suárez, é possível afirmar que não se trataria de uma "lei" das gentes, mas de um "direito" das gentes, não necessariamente positivado.

Para o mestre da Escola de Salamanca, as regras morais são superiores à soberania dos Estados. Em outras palavras: "Se a lei positiva contradiz o direito natural, perdeu sua razão de justiça. É um princípio universal na filosofia política de Francisco de Vitória" (VICENTE, 1952, p. 626). Por isso, afirmava o bem comum universal e a igualdade natural das soberanias, estando elas sob a égide do Direito Natural e do Direito das Gentes. Contudo, cabe ressaltar o fato de que "dizer que a soberania dos estados é relativa e não absoluta significa que o soberano só tem poder para o que é justo e que para o que é injusto nenhum poder tem" (CALAFATE, 2017, p. 52).

Os Direitos Humanos, hoje, são garantidos por documento oficial, emitido pela Assembleia Geral da ONU e chamado de Declaração Universal dos Direitos Humanos. Porém, a história desses direitos remonta à Revolução Americana e à Revolução Francesa. Os Direitos Humanos dizem respeito ao seu caráter universal, tais direitos passaram a ser

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

garantidas a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade. Com isso, o princípio da dignidade humana (direito de possuir condições mínimas para ter uma vida plena e digna) se torna inerente a todo indivíduo, trazendo consigo os fundamentos da igualdade de direitos inalienáveis, como o direito à vida, à liberdade e à justiça sem distinção de raça, sexo, língua, religião, origem social ou nacional (ONU, Brasil, Declaração Universal dos Direitos Humanos).

Para Vitória, a comunidade política constitui uma instituição de direito natural e é autônoma no sentido dos fins temporais do homem. Todo grupo humano exige uma autoridade que assegura o bem comum. O poder reside derivado originalmente de Deus, imediatamente na comunidade como tal. O governante que participa da comunidade sub-mete-se não só ao direito divino e natural, mas também ao positivo. Quanto ao direito eclesiástico, sustenta que o papa não tem a plenitude do poder e somente tem sobre o temporal um poder indireto em ma-térias que afetem o bem espiritual. Diferente do Estado, a Igreja é de direito divino. Nega ao papa, em consequência, a soberania universal. Sua jurisdição estende-se somente aos cristãos. Dentro da Igreja, o papa está acima do Concílio.

A contribuição mais importante de Vitória para a filosofia política pertence ao campo do direito civil. Sua ideia central é a do orbe totus orbis como comunidade universal dos povos fundada no direito natural. Todo povo é convidado a formar e a constituir-se em Estado. Os povos organizados politicamente encontram-se unidos entre si pelo vínculo da natureza humana comum, que dá lugar à pessoa moral do orbe.

## CONCLUSÃO

Na discussão dos temas mais candentes da época, Vitória questionou a legitimidade da conquista espanhola da América, que não se justificava pelo paganismo dos nativos. Mesmo que a conquista protegesse inocentes de práticas como o canibalismo ou sacrifícios humanos, o rei da Espanha, ou qualquer outro soberano, deveria garantir tratamento justo e igualitário a indígenas e colonos, pois todos eram seus súditos, com direitos iguais. O papa não tinha o direito de dar a monarcas europeus domínios sobre povos primitivos; o máximo que podia fazer era designar esferas para o trabalho missionário. Os pagãos tinham o direito à propriedade e a ter dirigentes próprios, já que não eram irracionais.

Atualmente na Universidade de Salamanca, a espanhola e referência em direitos humanos, Dra. María Esther Martínez Quinteiro contribui ao longo dos anos na ampliação

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

dos horizontes dos direitos humanos na sociedade internacional e difundi seu conhecimento e suas pesquisas em diversas universidades, dentre elas, a Universidade de Salamanca, Universidade Portucalense, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, dentre outras, segundo a pesquisadora internacional "Os direitos humanos são a sustentação da democracia". Entre suas obras publicadas, estão os livros "La mujer en la historia, el arte y el cine", "Discurso de género, variantes de contenido y soportes", "De la palabra al audio-visual", "Comiendo del fruto prohibido" e "Mujeres, ciencia y creación a través de la historia".

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHIE, Antony. **Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law**. Social & Legal Studies, [s.l.], vol. 5, no. 3, p. 321-336, Sept. 1996.

CALAFATE, Pedro. **A idea de comunidade universal em Francisco Suárez**. IHS – Antiguos Jesuitas en Iberoamérica, v. 5, n. 2, p. 48-65, 2017.

NOVO, Benigno Núñez. **O legado de Francisco de Vitória**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 20 set 2021, 04:37. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57209/o-legado-de-francisco-de-vitria. Acesso em: 23 maio 2022.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por. Acesso em: 23 maio de 2022.

VICENTE, Luciano Pereña. **El concepto del Derecho de Gentes en Francisco de Vitoria**. Revista Española de Derecho Internacional, vol. 5, no. 2, p. 603-628, 1952.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

# SEGURADO FACULTATIVO DE BAIXA RENDA: PERCEPÇÃO DE RENDA ÍNFIMA QUE NÃO DEVE DESCARACTERIZAR A CONDIÇÃO DE SEGURADO

**CAMILLA MENEZES DE SANTANA**: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, pós-graduada em Seguridade Social e em Direito Tributário pela Faculdade Focus. Assessora Jurídica na Procuradoria Geral do Estado de Sergipe

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

**RESUMO:** O Sistema Especial de Inclusão Previdenciária (SEIP), instituído pela Emenda Constitucional nº 41/2003 e alterado pela Emenda Constitucional nº 47/2005, ampliou acesso à previdência social determinando um tratamento diferenciado àqueles que até então encontravam-se excluídos da proteção previdenciária. Tal sistema foi regulamentado pela Lei nº 12.470 de 31 de agosto de 2011, que alterou dispositivos da Lei de Custeio (Lei nº 8.212/91) para estabelecer alíquotas reduzidas para o segurado facultativo, instituindo o chamado segurado facultativo de baixa renda – SFBR. Nos termos da lei, é SFBR aquele que "sem renda própria se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência". Dessa forma, houve uma ampliação da cobertura previdenciária incluindo-se a dona de casa de baixa como segurada. O presente artigo tem por objetivo analisar as implicações decorrentes da promulgação dessa lei, que instituiu o segurado facultativo de baixa renda (dona de casa), estabelecendo uma alíquota reduzida de 5% do salário mínimo. Pretende-se analisar os requisitos indispensáveis para que as contribuições vertidas nessa condição sejam validadas. Além disso, demonstrar os entraves na efetivação dos direitos das donas de casa, especialmente quando a percepção de renda ínfima descaracteriza a condição de segurado facultativo de baixa renda, conforme tese fixada em 2021 pela Turma Nacional de Uniformização TNU no tema 241.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema especial de inclusão previdenciária. Segurado facultativo de baixa renda. Dona de casa. Qualidade de segurado. Renda ínfima.

**ABSTRACT:** The Special System for Social Security Inclusion (SSSSI), instituted by Constitutional Amendment No. 41/2003 and amended by Constitutional Amendment No. 47/2005, increased access to social security by determining a differential treatment for those who had previously been excluded from social security protection. This system was regulated by Law No. 12,470 of August 31, 2011, which amended the provisions of the Costing Law (Law 8212/91) to establish reduced rates for the optional insured, instituting the so-called low-income optional insured (LOI). Under the law, it is LOI that "without own income exclusively dedicates himself to domestic work within the scope of his residence". As a result, there was an increase in social security coverage, including the low-income housewife as an insured. The purpose of this article is to analyze the implications of the

enactment of this law, which instituted the low-income optional insured (housewife), establishing a reduced rate of 5% of the minimum wage. It is intended to analyze the indispensable requirements for the contributions in this condition to be validated. In addition, to demonstrate the obstacles in the realization of the rights of housewives, especially when the perception of low income mischaracterizes the condition of low-income optional insured, according to the thesis fixed in 2021 by the TNU National Uniformization Class in theme 241.

KEYWORDS: Special system of social security inclusion. Optional low-income insured. Housewife. Insured quality. Subtle income.

## 1 INTRODUÇÃO

O Sistema Especial de Inclusão Previdenciária (SEIP), instituído com as Emendas Constitucionais nº 41/2003 e 47/2005, ampliou o acesso ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), consolidando uma política de inclusão previdenciária, em especial daqueles que até então se encontravam fora do âmbito da cobertura previdenciária. A Lei nº 12.470 de 31 de agosto de 2011 regulamentou esse Sistema Especial de Inclusão Previdenciária instituindo o chamado "segurado facultativo de baixa renda".

Essa lei instaura um novo tipo de contribuição previdenciária, cuja alíquota é de apenas 5% do salário mínimo. Poderá contribuir com essa alíquota reduzida apenas o "segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda", conforme dispõe o artigo 21, inciso II, alínea b, da Lei 8.212/90 incluído pela Lei 12.470/11.

O presente artigo tem como objetivo analisar os impactos trazidos pela Lei nº 12.470/2011 ao incluir a (o) dona (o) de casa de baixa renda como segurada (o) facultativa (o), instituindo uma alíquota diferenciada de 5% do salário mínimo, bem como analisar todos os requisitos estabelecidos pela Lei para que seja possível se enquadrar nessa categoria. Ainda, analisar a efetividade (ou não) dessa inclusão previdenciária, bem como os obstáculos oferecidos pela própria normatização ao exigir que o contribuinte não possua qualquer tipo de renda.

Inicialmente traz-se notas introdutórias sobre a Seguridade Social e suas três grandes áreas: a saúde, a assistência e a previdência. Em seguida, estuda-se o Sistema Especial de Inclusão Previdenciária – SEIP – fazendo-se, inicialmente, uma abordagem dos princípios norteadores desse sistema. Após faz-se uma abordagem da lei que regulamentou o SEIP (Lei nº 12.470) demonstrado que a publicação dessa foi um marco

para a ampliação do acesso à previdência. E ainda, aborda-se os requisitos específicos relacionados ao segurado facultativo de baixa renda – SFBR.

Em seguida, aborda-se especificamente as implicações da Lei que instituiu o SFBR. Nesse aspecto é importante esclarecer que todas as implicações abordadas nesse capítulo se basearam em pesquisa bibliográfica de estudos realizados por assistentes sociais.

Por fim, percebe-se que a pesquisa aqui realizada demonstrou que há diversos entraves na efetivação dos direitos das donas de casa, sendo a principal delas a dificuldade em demonstrar que atende a um dos requisitos exigidos pela lei: ser de "baixa renda". A pesquisa demonstrou que a percepção de renda, ainda que ínfima, tem sido o principal motivo de indeferimento dos benefícios na esfera administrativa, e, consequentemente, de judicialização.

Nesse aspecto, o que se busca defender nesse artigo é que a existência de renda ínfima não é suficiente para descaracterizar a condição de segurado facultativo de baixa renda, como já tem decidido o judiciário brasileiro.

## 2. A SEGURIDADE SOCIAL

Segundo Zambitte (2015), a Seguridade Social, expressão adotada pela primeira vez na Constituição de 1988, compõe o mecanismo mais complexo de proteção social e pode ser conceituada como uma rede de proteção formada, prioritariamente, pelo Estado e por particulares, que através de contribuições possibilitam a manutenção de um padrão mínimo de vida digna. Para Lazzari (2014), o Estado Contemporâneo tem como função, dentre outras, a proteção social dos indivíduos em relação a eventos que lhes possam causa a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de subsistência por conta própria, e tal proteção encontra-se consolidada dentre as políticas de Seguridade Social.

Dispõe o artigo 194 da Constituição Federal que: "a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social".

Dessa forma, observa-se que a Constituição enumera como áreas da Seguridade Social a saúde, a assistência e a previdência. Inicialmente é indispensável fazer uma síntese distinguindo essas três grandes áreas da Seguridade Social.

A saúde, como um dos pilares da Seguridade Social, é devida a todos aqueles que dela necessitarem, inclusive estrangeiros não residentes no país ou pessoas que possuam planos de saúde, sendo desnecessária qualquer tipo de contribuição para ter acesso ao sistema de saúde brasileiro.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A assistência social, por sua vez, é devida "a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social", nos termos do artigo 203, caput, da Constituição Federal.

Por fim, a terceira área de atuação da Seguridade Social, a Previdência Social, é destinada apenas àqueles que contribuem para a previdência. Encontra previsão normativa no artigo 201 da Constituição Federal, segundo o qual "a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial [...]".

Segundo Lazzari (2014, p. 166) "no âmbito da Previdência Social no Brasil não existe somente um regime previdenciário, mas vários deles". Ainda segundo o autor, regime previdenciário é aquele que abarca uma coletividade de indivíduos que têm vinculação entre si em virtude da relação de trabalho ou categoria profissional, de modo que a essa coletividade seja garantida benefícios essenciais que protejam os segurados de incapacidades para o trabalho.

Lazzari leciona que o RGPS é o principal regime previdenciário na ordem interna e que abrange obrigatoriamente todos os trabalhadores da iniciativa privada, ou seja, todos aqueles que possuem relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, pela Lei 5.889/73 (empregados rurais) e pela Lei 5.859/72 (empregados domésticos), além dos trabalhadores autônomos, avulsos, dentre outras categorias de trabalhadores.

Segundo Zambitte (2015), o Regime Geral de Previdência Social – RGPS tem previsão normativa no artigo 9º da Lei nº 8.213/91 e no art. 6º do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99. Compõe, junto com os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e militares, e o sistema complementar, a previdência social brasileira.

No mesmo sentido Lazzari explica que o RGPS é regido pela Lei nº 8.213/91, intitulada de Plano de Benefícios da Previdência Social, sendo de filiação compulsória e automática para os segurados obrigatórios, permitindo, ainda, que pessoas que não estejam enquadradas como obrigatórios – nem regime próprio – se inscrevam como facultativos, passando também a serem filiadas ao RGPS. O autor explica que esse é o único regime previdenciário compulsório brasileiro que permite a adesão de segurados facultativos, em obediência ao princípio da universalidade do atendimento.

Para ter acesso aos benefícios do RGPS é necessário que a pessoa esteja entre o rol de beneficiários do RGPS, que são os segurados e seus dependentes (cônjuge/companheiro, filhos, pais, irmãos). "Os segurados são as pessoas físicas que

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

contribuem para o regime previdenciário e, por isso, têm direito a prestações – benefícios ou serviços – de natureza previdenciária" (SANTOS, 2016, p. 178).

Segundo Ivan Kertzman (2015, p. 95), "os segurados do Regime Geral de Previdência social dividem-se em dois grupos: segurados obrigatórios e segurados facultativos".

Os segurados obrigatórios são aqueles que ao exercerem qualquer atividade remunerada lícita devem, obrigatoriamente, contribuir para o sistema previdenciário. Já os segurados facultativos são aqueles que não estando vinculados obrigatoriamente à previdência social – e, não tendo regime previdenciário próprio -, optam pela sua inclusão no sistema e passam a contribuir voluntariamente (Ibidem, p. 96).

O segurado facultativo, objeto do presente artigo, é aquele que mesmo não estando vinculado obrigatoriamente à previdência social, opta por contribuir para então fazer *jus* aos benefícios previdenciários, e "foi criado para atender ao princípio constitucional da universalidade da cobertura e do atendimento, pois, desta forma, até mesmo os que não trabalham podem optar pela sua inclusão no sistema previdenciário" (Kertzman, 2015, p. 95).

Essa categoria de segurado está prevista no artigo 13 da Lei de Benefícios (Lei nº 8.213/91), segundo o qual "É segurado facultativo o maior de 14 (quatorze) anos que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, desde que não incluído nas disposições do art. 11". Conjuntamente, há previsão no artigo 11 do Decreto 3048/99, o qual dispõe que:

> É segurado facultativo o maior de dezesseis anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, na forma do art. 199, desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadre como segurado obrigatório da previdência social.

Nesse ponto é importante esclarecer a divergência entre os dois dispositivos quanto a idade mínima para filiar-se como segurado facultativo. Em que pese a divergência acerca da idade mínima para filiar-se como facultativo, o entendimento dominante na doutrina é o de que a idade mínima é 16 anos. Inclusive, é o que dispõe o parágrafo único do artigo 2º da Instrução Normativa do INSS: "É segurado facultativo o maior de dezesseis anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, observado o disposto no art. 55".

Explica Kertzman (2015, p. 128) que "a idade mínima para inscrição é de 16 anos, salvo para o aprendiz, que pode exercer atividade laborativa desde os 14 anos, podendo efetuar a inscrição como empregado". Do mesmo modo esclarece Pedro Santos (2016, p. 196) que

> O enquadramento como segurado facultativo só é possível a partir dos 16 anos, e desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadre como segurado obrigatório do RGPS ou de Regime Próprio de Previdência Social.

Percebe-se que o segurado facultativo é a pessoa que, não estando em nenhuma situação que a lei considera como segurado obrigatório, deseja filiar-se ao RGPS para fazer *jus* aos benefícios previdenciários (LAZZARI, 2017).

Em suma, o RGPS prevê cinco categorias de segurado obrigatório: empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial; e prevê ainda "a possibilidade de filiação daquele que não exerce atividade remunerada ou exerce atividade remunerada não sujeita a filiação obrigatória como contribuinte facultativo" (MAIOR, 2017, p. 376).

## 3. O SISTEMA ESPECIAL DE INCLUSÃO PREVIDENCIÁRIA (SEIP)

Segundo Mattos et al. (2015), vários esforços foram empreendidos nos anos 2000 para ampliação do acesso dos trabalhadores ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), dentre eles, a criação do Sistema Especial de Inclusão Previdenciária, que trouxe novos contornos ao Regime Geral de Previdência Social.

No mesmo sentido, defende Costa (2007) que num país como o Brasil, de fraca distribuição renda, é necessário que haja consolidação de uma política de inclusão previdenciária do trabalhador informal, bem como daquele que se encontra fora do âmbito da cobertura previdenciária, como as donas de casa.

Em 2003 o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional Proposta de Emenda Constitucional (PEC 40/2003, transformada na Emenda Constitucional nº 41/2003) que a mídia chamou de PEC da Reforma da Previdência (LAZZARI, 2017).

Essa Emenda Constitucional 41/2003 inseriu o parágrafo 12 no artigo 201 da CF/88, com a seguinte redação: "Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para trabalhadores de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo, exceto aposentadoria por tempo de contribuição". Dessa forma, a EC 41/2003 sugere a criação de uma forma especial de contribuição para os trabalhadores de baixa renda (KERTZMAN, 2015).

Posteriormente, com a Emenda Constitucional 47/2005, a redação desse parágrafo 12 foi alterada e passou a contar com a seguinte redação:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> § 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário mínimo. (Ibidem, p. 87)

Além de alterar a redação do parágrafo 12 do artigo 201 da CF/88, a EC 47/2005 inseriu o parágrafo 13, com a seguinte redação:

> § 13. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Assim, através da Emenda Constitucional 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional 47/2005 foi instituído o Sistema Especial de Inclusão Previdenciária (SEIP) no ordenamento jurídico brasileiro, o qual previa a redução das alíquotas e carências[1].

Segundo Santos (2016), a Lei Complementar nº 123 de 2006 efetivou em parte o comando constitucional estabelecendo alíquota reduzida (11%) para o microempreendedor individual, o contribuinte individual e o facultativo. Posteriormente foi editada a Medida Provisória nº 529, de 7 de abril de 2011, com a finalidade de alterar as alíquotas dos trabalhadores de baixa renda. Inicialmente a MP previa a redução da alíquota de 11% para 5% apenas em relação ao Microempreendedor Individual.

Contudo, durante a tramitação da MP, a Senadora Gleisi Hoffmann propôs emenda à MP 529/2011 no sentido de estender a alíquota de 5% (inicialmente proposta apenas para os microempreendedores) para os segurados facultativos. Na justificativa da emenda, informa a Senadora que

> Trata-se de medida de grande alcance social e de relevância inequívoca, uma vez que, com o mesmo objetivo da MP original, proporcionará incentivo à ampliação da formalização e da proteção previdenciária aos segurados facultativos, quais sejam: os que não exercem atividade de vinculação obrigatória a regime previdenciário e que sejam maiores de dezesseis anos de idade. Além disso, trata-

1 "O legislador foi omisso e não realizou a previsão constitucional de redução de carências" (MAIOR, 2017, p. 387)

> se também de homenagear o trabalho realizado ao de vidas, que até muito pouco tempo não gozava de qualquer reconhecimento formal da sociedade, através da inserção previdenciária de inúmeras mulheres, donas de casa, espalhadas por todas as regiões do país.

A emenda proposta pela Senadora foi acolhida com ajustes, uma vez que o texto proposto estendia a alíquota reduzida a todos os facultativos, conforme se observa do voto proferido pela Relator Deputado André Figueiredo:

> A emenda nº 2 defende que a contribuição reduzida de 5% seja estendida também para a categoria de segurados facultativos, facilitando, principalmente, o acesso das donas de casa ao sistema previdenciário. A medida é justa, pois entendemos que, se os microempreendedores individuais têm restrições financeiras que lhes impedem o acesso ao sistema previdenciário por uma contribuição de 11%, essa restrição é ainda mais evidente para as donas de casa que sequer possuem rendimento próprio. No entanto, a redação proposta inclui todos os segurados facultativos, o que estenderia o benefício para estudantes e também donas de casa com renda familiar elevada. [...] O projeto de lei de conversão incorpora, portanto, a emenda nº 2 por meio da inserção da alínea "b" ao inciso II do §2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 1991, instituindo a alíquota de 5% para o segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda.

Depreende-se do voto do relator que a proposta de emenda da Senadora foi acolhida, contudo a redução da alíquota para 5% ficou restrita ao facultativo de baixa renda que se dedicasse exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, ou seja, a dona de casa.

Por fim, a MP 529/2011 foi convertida na Lei 12.470/11, alterando o artigo 21 da Lei 8.212/91, e propiciando a inclusão na categoria de segurado facultativo, da pessoa que sem renda própria se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda (SANTOS, 2016, p. 197). Foi então, criada a categoria "segurado facultativo de baixa renda".

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Percebe-se, portanto, como bem assevera Jorge Souto Maior (2017), que o SEIP veio para facilitar o acesso do trabalhador de baixa renda ao regime previdenciário com inserção de regras mais benéficas. O autor afirma que

> [...] possivelmente por conta da preocupação em efetivamente universalizar a cobertura e atendimento previdenciários (art. 194, parágrafo único, I, CF), tanto a Emenda Constitucional n. 41/2003, como a Emenda Constitucional n. 47/2005, constitucionalizaram um chamado sistema especial de inclusão previdenciária do trabalhador de baixa renda (MAIOR, 2017, p. 377)

Além disso, o autor explica que a regulamentação do SEIP foi dada pela Lei Complementar nº 123/2006 e pela Lei nº 12.470/2011, com alterações pela Lei nº 12.507/2011 e que essas leis não tinham por objetivo estruturar o SEIP, mas apenas promover alterações pontuais no RGPS. Esclarece ainda que o legislador delimitou o âmbito do SEIP, o qual não abrange todos os segurados da previdência, apenas alguns trabalhadores de baixa renda (idem, ibdem).

## 4 IMPLICAÇÕES DA LEI QUE INSTITUIU O SEGURADO FACULTATIVO DE BAIXA RENDA

Diversas implicações, tanto positivas quanto negativas podem ser verificadas após a promulgação da Lei 12.470/11. Dentre as implicações positivas está o fato de que a lei foi recebida com euforia pelos movimentos sociais, especialmente em razão do reconhecimento do trabalho doméstico. Essa lei ficou conhecida como a lei da "aposentadoria para a dona de casa" [embora não haja distinção de gêneros, como já foi explicado anteriormente], pois toda a divulgação midiática foi no sentido de que as donas de casa passariam a ter direito a aposentadoria com uma contribuição de 5%,

Dessa forma, um grande contingente de pessoas passou a procurar as agências do INSS para obter informações acerca dessa modalidade de segurado (JESUS, 2014). Nesse aspecto é importante frisar que embora a lei tenha proporcionado um reconhecimento do trabalho doméstico, dando maior visibilidade as donas de caso, o fato é que não há distinção de gênero, não havendo, portanto, restrição legal para que os homens possam contribuir para previdência nesta modalidade (idem, ibdem). Segundo o autor:

> [...] diante da igualdade de gênero prevista no texto constitucional, em seu artigo 5º, reforçada pela isonomia dispensada no artigo 201, parágrafo 12, essa restrição obviamente seria violadora de direitos e garantias fundamentais e jamais prevaleceria. Assim, não obstante a prática mostrar que esses benefícios irão beneficiar mais as mulheres que, até hoje, exercem em maior proporção a condição de donas de

> casa, não há impedimento algum para os homens dedicados exclusivamente ao lar, sendo possível a eles usufruir da benesse fiscal e previdenciária (2014, p.3, apud CANCELLA, 2014 s/p).

A redução da alíquota significou a possibilidade de cobertura previdenciária de uma significativa parcela da sociedade, por outro lado, evidenciou diversas problemáticas nos critérios de acesso (MATTOS et al, 2015).

Como bem argumenta Passos,

> [...] a ferramenta concebida pelo estado para possibilitar a inclusão previdenciária (e, por consequência, social) especialmente dedicada à expressiva parcela da população que se encontra em condição de precariedade econômica, cultural e informacional é blindada por um emaranhado de critérios burocráticos de tamanha complexidade que, [...] tem evidenciado inúmeras dificuldade para a sua compreensão e aplicação (2015)

Dentre as implicações negativas encontram-se os inúmeros entraves na aplicação dessa nova modalidade de segurado facultativo, conforme se verifica de diversos estudos realizados por Assistentes Sociais que serão abordados a seguir. No mesmo sentido dos estudos apontados, consigna Dr. Fábio Cordeiro de Lima, em voto proferido nos autos do processo nº 0503903-59.2016.4.05.85002 que

> "os principais problemas consistem no fato de que o suposto segurado começa a fazer recolhimentos sem qualquer verificação acerca da sua qualidade, a análise da condição de segurado facultativo de baixa renda somente é feita quando o provável segurado vai requerer o benefício ao INSS e a não validação das contribuições podem implicar em enriquecimento sem causa para a autarquia"

## 4.1 ACESSO INDISCRIMINADO À MODALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO SEM QUE SEJA NECESSÁRIO DEMONSTRAR PREVIAMENTE O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS

A primeira implicação negativa que se verifica é que não há impedimento para que qualquer pessoa contribua com alíquota de 5%, ou seja, qualquer pessoa pode se cadastrar

2 Processo do Juizado Especial Federal da sessão judiciária de Sergipe

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

como facultativo de baixa renda sem que seja necessário demonstrar previamente que preenche os requisitos para tanto (JESUS, 2014).

Segundo informações do INSS para começar a contribuir como segurado facultativo a pessoa deve inicialmente procurar o CRAS (Central de Referência de Assistência Social) e se cadastrar no CadÚnico, em seguida realizar os recolhimentos com o código 1929, sendo que esse pagamento pode ser feito por meio de guias que o próprio segurado faz pelo site da previdência ou por carnês que o segurado compra em qualquer papelaria e preenche à mão com o código de contribuição.

Uma consequência inevitável dessa facilidade de acesso à contribuição – desnecessidade de comprovação dos requisitos previamente – é que diversas pessoas que antes contribuíam como segurado Contribuinte Individual, passaram a contribuir na condição de segurado facultativo de baixa renda por entender, equivocadamente, que atendia aos requisitos.

Nesse sentido, explica Cordeiro que

> A realização de recolhimentos previdenciários não lhes garante automaticamente sua qualificação como seguradas/os da previdência social diferentemente do que ocorre quando efetuam contribuições em outros planos de previdência social, em que as contribuições migram automaticamente para os sistemas de benefícios do INSS sem quaisquer comprovações acerca da condição socioeconômica da/o contribuinte (2014, p. 21)

Percebe-se que o segurado passou a contribuir por mera liberalidade, sem se sujeitar a uma análise prévia se preenche os requisitos.

## 4.2 DESCONHECIMENTO DOS REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS PARA SER ENQUADRADO NA CATEGORIA "SEGURADO FACULTATIVO DE BAIXA RENDA"

Justamente pelo fato de a pessoa ter acesso indiscriminado a esse tipo de contribuição é não tomar conhecimento previamente dos requisitos que devem ser preenchidos. Assim, a pessoa só tem ciência se fará *jus* ou não benefício depois que solicita, e muitas vezes não preenche os requisitos.

Nesse sentido, a própria nomenclatura da categoria ("segurado facultativo de baixa renda") subverte a finalidade da norma, posto que pessoas que recebem o mínimo para sobreviver se entendem – e são – pessoas de baixa renda, passam a contribuir com a alíquota reduzida de forma equivocada.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

### 4.3 ANÁLISE DOS REQUISITOS APENAS QUANDO DO REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO

Outra implicação negativa é que apenas quando o suposto segurado FBR requerer o benefício previdenciário é que haverá uma análise se de fato ele preenche os requisitos. Nesse momento o INSS avaliará se o contribuinte não tem renda própria, se se dedica exclusivamente as atividades no âmbito de sua residência, se a renda per capita familiar é de até dois salários mínimos e se está inscrito no CadÚnico. Ou seja, as contribuições só serão validadas posteriormente, quando o segurado requerer algum benefício.

Ou seja, o INSS não tem efetuado a análise do preenchimento dos requisitos, de forma inicial, permitindo que diversas pessoas contribuam por vários anos para o sistema previdenciário, supondo que se enquadram como segurados de baixa renda.

Como bem assevera Dr. Fábio Cordeiro de Lima em voto proferido nos autos do processo nº 050393-59-2016-5-05-8500, "não se criou um sistema próprio para o tratamento dessas contribuições e validação automática", explica que o ideal seria a criação de um sistema informatizado que emitisse uma GPS ou documento equivalente e que a avaliação da qualidade de segurado fosse automática e concomitante ao recolhimento, "ao invés de ser manual e posterior pelo INSS".

Citando Mattos et al (2015), o relator do processo, informa que inicialmente, quando da criação do segurado facultativo de baixa renda, a proposta previa que o enquadramento fosse feito de modo automático, assim que o segurado efetuasse o primeiro recolhimento. Contudo, o enquadramento não teria sido implantado por dificuldades sistêmicas, especialmente pela precariedade do banco de dados do CadÚnico.

Segundo o já citado MM. Juiz,

> Os recolhimentos das contribuições previdenciárias não aparecem automaticamente no CNIS, mas ficam em um sistema a parte a espera da validação. Para que sejam computadas o INSS realizar um procedimento manual de validação que consiste verificar o preenchimento das condições [analisa o CNIS a procura de vínculos e a renda no CadÚnico] para somente então aceitar as contribuições recolhidas.

Além disso, informa que "o não preenchimento de qualquer uma das condições é suficiente para o não enquadramento".

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Assim, as contribuições vertidas pelos segurados facultativos de baixa renda somente aparecem no CNIS para fins de comprovação da qualidade de segurado após o preenchimento manual de validação. A principal consequência disso é o indeferimento do benefício em razão da ausência de qualidade de segurado facultativo de baixa renda, posto que em sua maioria os segurados passam a contribuir sem saber se preenchem os requisitos necessários. Como bem assevera Dr. Fábio Cordeiro de Lima, "em nenhum momento o segurado é previamente advertido que não preenche os requisitos para a contribuição diferenciada".

## 4.4. NÃO VALIDAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES

Uma das principais consequências trazida pela forma como foi implementada a Lei é a não validação das contribuições em âmbito administrativo quando o segurado requer um benefício previdenciário. Moura (2016, p. 129) aponta que

> De acordo com a Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, outros motivos de indeferimento são: Não possuir Cadastro Único, tendo em vista que a família, para ser considerada Baixa Renda, obrigatoriamente, tem que ser cadastrada no Ministério da Previdência Social (MDS), ação que realiza no Centro de Referência da Assistência Social (CRAS) e sistema de consulta do INSS. A família, para ser considerada de baixa renda, no caso previdenciário, dever ter renda máxima de dois salários mínimos; Possuir renda própria, como já exemplificado, independente de qual e quanto seja o valor dessa renda; Cadastro desatualizado, no caso o cadastro único, pois o previdenciário CNIS é atualizado no momento do requerimento do benefício, na própria Agência da Previdência Social.

Dentre todos esses motivos de não validação das contribuições Moura (2016, p. 131) aponta que

> O maior motivo de não validação e consequente indeferimento do pedido do benefício previdenciário, é quando o requerente possui renda própria, seja de qualquer espécie, até mesmo doação de familiares, com exceção dos recursos financeiros advindos de programas de transferência de renda

Segundo Dr. Fábio Cordeiro de Lima "a existência de qualquer renda informada no CAD-Único tem servido como suporte para descaracterizar a condição de facultativo de baixa renda, não se perguntando se a mesma seria suficiente ou não para possibilitar recolhimentos maiores. " (Proc. nº 0503903-59-2016-4-05-8500).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

No mesmo sentido, Barreto (2016) citando Cordeiro (2014) informa que "a principal causa dos indeferimentos nas análises dos pedidos de validação das contribuições, é a existência de renda pessoal no CadÚnico".

Outro entrave que surge é que não basta o segurado estar inscrito no CadÚnico, mas tem que manter o seu cadastro atualizado a cada dois anos, como explica Jesus:

> A não atualização do CadÚnico também é um dos entraves encontrados pelos contribuintes FBR. A pessoa que se cadastra no CadÚnico deve realizar atualização cadastral pelo menos a cada dois anos, porém não são todos os inscritos que conhecem e cumprem esta norma e este tem sido um dos motivos recorrentes de invalidação das contribuições (2014, p. 6).

Em razão dessa não validação das contribuições, e, consequentemente, do indeferimento do benefício pleiteado, surge a necessidade de judicialização para garantir o direito ao benefício.

Para Moura (2016, p. 156)

> A alternativa no caso de não validação é o recurso administrativo ou judicial ou a complementação dos recolhimentos efetuados na alíquota de 11% 20% de acordo com cada caso ou com a vontade do contribuinte e de acordo com a lei caso tenha sido indeferido o benefício em função da não validação das contribuições o segurado deverá complementar os valores de contribuição de uma única vez

## 4.5. DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO DO REQUISITO "BAIXA RENDA"

Outra implicação de suma importância é a interpretação que é dada ao conceito de "sem renda própria" estabelecido na lei. O entendimento que tem sido adotado tem comprometido a esperada ampliação dos segurados facultativos de baixa renda à previdência social (CORDEIRO, 2014).

"O INSS entende que o contribuinte facultativo de baixa renda não pode ter nenhuma renda individual (deve estar zerado no CAD-Único), mesmo que a renda do grupo familiar não ultrapasse o limite de 2 (dois) salários", conforme explica Fábio Cordeiro de Lima em voto vencido proferido nos autos do processo nº 0503903-59-2016-4-05-8500.

Nesse seguimento, bem assevera Cordeiro que

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Para comprovação dessa condição de "baixa renda", o INSS tem sido responsável por conferir manualmente caso a caso, sem sistema operacional específico de reconhecimento automático do direito até o momento, se as/os contribuintes do designado "Plano Baixa Renda" inserem-se nos critérios legais. Para tanto, na ocasião da solicitação de benefícios previdenciários, é analisado por servidoras/os do INSS se os recolhimentos previdenciários efetuados serão considerados válidos ou se serão invalidados (2014, p. 21).

Em pesquisa realizada por Lívia Marinho de Moura (2015, p. 117), restou constatado que

> Vários benefícios não são concedidos por se entender que a (o) requerente possui renda própria, mesmo que em muitos momentos o próprio participante desconheça a existência dos valores assim considerados: benefícios eventuais ou indenizatórios, pensão por morte, pensão alimentícia, renda eventual (trabalho esporádico, aluguel), apoio financeiro de familiares, doações diversas (familiares, amigos, instituições, entre diferentes fontes)

Ocorre que "se o indivíduo só pode exercer suas atividades no local de sua residência e sem remuneração, evidentemente não terá condições financeiras para arcar com as contribuições previdenciárias" (idem, p. 133).

No mesmo sentido aponta Laudicena Maria Pereira Barreto (2016, p. 692) que

> a lei expõe um paradoxo, sobretudo, quando analisamos a condição da mulher de baixa renda no mercado de trabalho. Ora, diante da dedicação exclusiva de mulheres e homens ao trabalho doméstico, portanto sem possuir renda oriunda de trabalho remunerado, perguntamo-nos como e sob quais condições essas e esses segurados facultativos, na condição de donas e donos de casa de baixa renda, podem pagar as contribuições à Previdência Social?

Evidente que a questão do requisito renda própria gerou e continua suscitando controvérsias, culminando com o indeferimento do requerimento de diversos benefícios.

Ocorre que, em outubro de 2021, a TNU fixou uma tese corroborando o entendimento do INSS e dificultando ainda mais a efetivação dos direitos do segurado de baixa renda. No julgamento do processo PEDILEF 0179893-64.2016.4.02.5151/RJ, cuja questão submetida a apreciação era "saber, para os fins do art. 21, § 2º, II, da Lei 8.212/91, se renda própria decorrente de atividade informal e de baixa expressão econômica

impossibilita a validação dos recolhimentos efetuados na condição de segurado facultativo" a tese fixada foi3:

> O exercício de atividade remunerada, ainda que informal e de baixa expressão econômica, obsta o enquadramento como segurado facultativo de baixa renda, na forma do art. 21, §2º, II, alínea 'b', da Lei 8.212/91, impedindo a validação das contribuições recolhidas sob a alíquota de 5%.

## 5 CONCLUSÃO

As Emendas Constitucionais nº 41/2003 e 47/2005 ampliaram o acesso ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) através da inclusão no ordenamento jurídico do chamado Sistema Especial de Inclusão Previdenciária (SEIP). Esse sistema ampliou o acesso ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), consolidando uma política de inclusão previdenciária, em especial daqueles que até então se encontravam fora do âmbito da cobertura previdenciária.

A Lei nº 12.470 de 31 de agosto de 2011 regulamentou o SEIP instituindo o chamado "segurado facultativo de baixa renda", cuja alíquota de contribuição é de apenas 5% do salário mínimo. Poderá contribuir com essa alíquota reduzida apenas "o segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente à família de baixa renda", conforme dispõe a própria lei.

Assim, percebe-se que a dona de casa que trabalha apenas no âmbito de sua residência sem perceber renda própria foi incluída no rol de segurados da previdência social sendo classificada como "segurado facultativo de baixa renda", o que expressa um marco na ampliação do acesso à previdência social no Brasil.

Contudo, a pesquisa aqui realizada demonstrou que há diversos entraves na efetivação desses direitos da dona de casa, tendo como principal óbice a demonstração de que preenche o requisito "não ter renda própria", especialmente porque em sua grande maioria as donas de casa exercem esporadicamente algumas atividades remuneradas (popularmente chamadas de "bicos").

3 https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos

Não bastasse, recentemente (outubro de 2021), a TNU fixou a tese de que a percepção de qualquer renda, ainda que ínfima, descaracteriza a condição de segurado facultativo de baixa renda, conforme tese fixada no pedido de uniformização de interpretação de lei nº 0179893-64.2016.4.02.5151/RJ4.

Depreende-se de tudo que foi apontado que a exigência de renda zero para ser enquadrado como segurado facultativo de baixa renda chega a ser teratológica, uma vez que para ser segurado é necessário contribuir. Mas com qual renda?

Dessa forma, a percepção de renda ínfima não deve descaracterizar a condição de segurado facultativo de baixa renda sob pena de violar direitos fundamentais, como o acesso à previdência.

**REFERÊNCIAS**:

AMADO, Frederico. **Direito previdenciário**. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2017.

BARRETO, Laudicena Maria Pereira. A (ultra)precarização do trabalho como condição de acesso à Previdência Social. **SER Social**, Brasília, v. 18, n. 39, p. 689-704, jul.-dez. 2016. Disponível em:<www.periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/download/21775/17537>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Senado, 1988.> Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 maio 1999, P.50. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. Instrução Normativa nº 77 do INSS, de 21 de janeiro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jan. 2015. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>. Acesso em: 30 dez.2017.

BRASIL. Lei n.º 8.212, 24 de julho de 1991. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1991. P. 14.801. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 29 dez. 2017.

4 https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/01798936420164025151-TEMA241.pdf

BRASIL. Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1991. P. 14809. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.470, 31 de Agosto de 2011. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 01 set. 1991.P.1. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. Medida provisória n° 529, de 7 de abril de 2011**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 abr. 2011. P.1.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/mpv/529.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

CORDEIRO, Talita Teobaldo Cintra. **Conquistas e limites no acesso das mulheres à previdência social após a constituição federal de 1988**: análise da proteção social para donas de casa de baixa renda. Dissertação (Mestrado em Política Social) - Instituto de Ciências Humanas (IH), Universidade de Brasília, 2014; 434 f. Disponível em < http://repositorio.unb.br/handle/10482/18089?mode=full> Acesso em: 30 dez. 2017.

COSTA, Eliane Romeiro. Desenvolvimento social: política pública para a inclusão previdenciária do trabalhador de baixa renda. **Portal de Revistas Eletrônicas da PUC Goiás**. Estudos, Goiânia, v. 34, n. 5/6, p. 387-393, maio-jun., 2007. Disponível em: <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/estudos/article/viewFile/332/271>. Acesso em: 30 jan. 2018.

FIORIN, Denise Bandeira. **Benefício previdenciário de auxílio - doença no regime geral de previdência social**. 2010. 44f. Trabalho de Conclusão de Curso ( Monografia) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2010.Disponível em:< http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/587/DENISE%20BANDEIRA%20FIORIN%20MONOGRAFIA.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 dez. 2017.

GOES, Hugo. **Manual de direito previdenciário**.11. ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20. ed. Rio de janeiro Impetus, 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Politicas sociais:** acompanhamento e analise. Brasília, v.1, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4120>. Acesso em: 30 dez. 2017.

JESUS, Edivane de. **A contribuição previdenciária da dona de casa: ampliação do acesso ou marketing governamental?**. In: XIV Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social, 2014, Natal/RN. Anais XIV Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social, 2014.

LAZZARI, João Batista et al. **Prática Processual Previdenciária: administrativa e judiciária**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de direito previdenciário.**16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de direito previdenciário**.19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O regime especial de incluso previdenciária. vLex. **Trabalhos marginais**, São Paulo, p. 375-389, nov. 2013. Disponível em :<http://vlex.com/vid/regime-especial-inclusa-previdencia-ria-513786082>.Acesso em: 30 jan. 2018.

MATIJASCIC, Milko. **Previdência para as mulheres no brasil: reflexos da inserção no mercado de trabalho**. Brasília: IPEA , 2016. (Texto para Discussão, n. 2206). Disponível em:<www.brasildebate.com.br/wp-content/uploads/Previd%C3%AAncia-para-as-Mulheres-no-Brasil_texto-para-discuss%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

MATTOS, Fernanda Gomes. Programa bpc trabalho e a programática neodesenvolvimentista na assistência social. T**emporalis**, Brasília (DF), ano 15, n. 29, jan.-jun. 2015. Disponível em: < http://www.periodicos.ufes.br/temporalis/article/download/9279/7474>. Acesso em: 30 jan. 2018.

MOREIRA, Joana Idayanne Silveira; NOBRE, Maria Cristina de Queiroz. Transformismo do PT e contrarreforma da Previdência Social. **SER Social**, Brasília, v. 18, n. 39, p. 520-539, jul-dez., 2016. Disponível em: <www.periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/21342>. Acesso em: 30 jan. 2018.

MOURA, Lívia Marinho de. **A política previdenciária brasileira: Estudo sobre a inserção da mulher no sistema de seguridade à luz da Lei n.º 12.470/2011**. Tese (Doutorado em Serviço Social).--Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista

"Júlio Mesquita Filho", São Paulo, 2015. Disponível em: < https://repositorio.unesp.br/handle/11449/138555>. Acesso em: 30 dez. 2017.

PEREIRA, Juliana Nunes; MIRANDA, Hozana Patrícia Oliveira; MATTOS, Fernanda Gomes. **Acesso aos benefícios previdenciários para pessoas baixa renda dedicadas ao trabalho domestico não-remunerado**: intuições preliminares. 2015. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2015/pdfs/eixo14/acesso-aos-beneficios-previdenciarios-para-pessoas-baixa-renda-dedicadas-ao-trabalho-domestico-nao-remunerado-intuicoes-preliminares.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018

RIBAS, Vera Pedroso. **Contribuição facultativa de baixa renda**: um estudo dos entraves ao acesso em benefícios previdenciários nos municpios abrangidos pela agência da previdência social de Paranavai-PR. Disponível em: < www.fafipa.br/social/trab/CONTRIBUIÇÃO FACULTATIVA DE BAIXA RENDA.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

ROCHA, José Francisco Furlan. **O sistema especial de inclusão dos trabalhadores de baixa renda na Previdência Social**: Análise sob o enfoque dos princípios constitucionais relativos à Seguridade Social e à Previdência Social. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10826&revista_caderno=20>. Acesso em: 30 jan. 2018.

RODRIGUES, Bruna Angela. **A condição da mulher na Previdência Social no Brasil**. 2017. 168 f. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

SANTOS, Maria Roseniura De Oliveira. **Os parâmetros constitucionais do novo sistema especial de inclusão previdenciária: uma análise do pl nº 0253/2005**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f8e6ba1db0f3c405>. Acesso em: 30 jan. 2018.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. Coord: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOARES, João Marcelino. **Evolução e Desacertos na Universalidade de Atendimento**: A Problemática Operacional do Facultativo de Baixa Renda. Disponível em <http://dtojoaosoares.wixsite.com/previdenciario/fbr> Acesso em 31 dez 2017

SOARES, Laura Tavares; SOARES, Cristiane; MELO, Hildete Pereira . **Aposentadoria da dona-de-casa – nota técnica**. Niterói, v. 6, n. 2 - v. 7, n. 1, p. 241-252, 1. - 2. sem. 2006.

Disponível em:< www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/download/355/267>.

Acesso em: 15 jan. 2018.

TEIXEIRA, Marilane. **O desmonte trabalhista e previdenciário**: reinventando novas formas de desigualdades entre os sexos. 2017. Disponível em:< http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13555.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

UGINO, Camila Kimie; MARQUES, Rosa Maria. **As reformas previdenciárias brasileiras sob a pressão neoliberal**. Textos & Contextos (Porto Alegre), v. 11, n. 1, p. 24 -39, jan.-jul., 2012. Disponível em:<revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/download/11201/8060>. Acesso em: 15 jan. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE: ANÁLISE DE SUA COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

**VANESSA MATOS CORTES OLIVEIRA**: Advogada. Pós-graduada em Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Instituto Elpídio Donizetti. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

**RESUMO**: O presente artigo pretende analisar o enquadramento do direito ao esquecimento como espécie de direito da personalidade protegido pelo Código Civil de 2002, bem como averiguar a compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico pátrio, com enfoque na tutela da dignidade da pessoa humana prevista pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para tanto, como metodologia de pesquisa, analisaram-se obras bibliográficas e artigos científicos de doutrina especializada, bem como os votos proferidos no julgamento do RE nº 10010606/RJ pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferido em sede de Repercussão Geral. Ao final, tendo em vista que a eficácia *erga omnes* da referida decisão não vincula o Plenário do Supremo Tribunal Federal em suas decisões futuras, defendeu-se a possibilidade de mudança do entendimento fixado no RE nº 10010606/RJ, com consequente reconhecimento de compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito ao esquecimento. Direitos da personalidade. Dignidade da pessoa humana. Constitucionalização do direito civil.

**ABSTRACT**: This article aims to analyze the framing of the right to be forgotten as a kind of personality right protected by the Civil Code of 2002, as well as to investigate the compatibility of the right to be forgotten with the national legal system, focusing on the protection of the dignity of the human person provided for by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Therefore, as a research methodology, bibliographic works and scientific articles of specialized doctrine were analyzed, as well as the votes cast in the judgment of RE 10010606/RJ by the Plenary of the Federal Supreme Court, delivered in Headquarters of General Repercussion. In the end, considering that the erga omnes effectiveness of the aforementioned decision does not bind the Plenary of the STF in its future decisions, the possibility of changing the understanding established in RE 10010606/RJ was defended, with consequent recognition of compatibility of the right to be forgotten. with the Brazilian legal system.

**Keywords**: Right to be forgotten. Personality rights. Dignity of human person. Constitutionalization of civil law.

## 1. Introdução

O presente artigo busca analisar a possibilidade jurídica de enquadramento do direito ao esquecimento como espécie de direito da personalidade protegido pelo Código Civil de 2002, além de pretender verificar a compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico pátrio, haja vista o mandamento constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana prevista pelo art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil .

Inicialmente, demonstrar-se-á no presente artigo a possibilidade de enquadramento do direito ao esquecimento como espécie de direito da personalidade previsto no art. 11 do Código Civil, com fulcro em doutrina especializada. Após, serão especificados fundamentos favoráveis e contrários ao reconhecimento do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 10010606/RJ, proferido em sede de repercussão geral. Posteriormente, verificar-se-á a possibilidade de se reconhecer a compatibilização do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro como espécie do gênero direitos da personalidade.

Por oportuno, destaque-se que a metodologia de pesquisa utilizada no presente trabalho consiste em revisão bibliográfica de doutrina especializada, a exemplo de Flávio Tartuce, Cristiano Chaves, Paulo Lôbo e Anderson Schreiber, bem como estudos de caso jurisprudenciais, com análise de fundamentação dos votos apresentados no julgamento do RE nº 10010606/RJ pelo Supremo Tribunal Federal.

## 2. O direito ao esquecimento como espécie de direito da personalidade prevista pelo art. 11 do Código Civil de 2002

O direito ao esquecimento, conforme leciona Flávio Tartuce em sua obra Manual de Direito Civil, corresponde ao direito que o indivíduo possui de discutir a utilização, pela sociedade de informações, de fatos anteriores ocorridos em sua vida. A existência jurídica de tal direito, corolário do metaprincípio da dignidade da pessoa humana, é defendido por parcela da doutrina como uma das espécies de direito da personalidade, mormente por constituir mecanismo de proteção jurídica diretamente relacionado à fruição pelo indivíduo de uma vida digna (TARTUCE, 2020, p. 85).

No que atine aos direitos da personalidade, gênero que abrange doutrinariamente o direito a esquecimento, tem-se que tais direitos *"são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade*



Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

*da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação",* conforme explicita o Enunciado nº 274 do Conselho da Justiça Federal (BRASIL, 2006).

Observa-se, ainda, que há previsão expressa do instituto jurídico dos direitos da personalidade no Livro I, Título I, Capítulo II Código Civil de 2002. Veja-se:

> Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Em uma análise topográfica, observa-se que os direitos da personalidade estão localizados nos primeiros artigos do Código Civil, o que denota a importância conferida pelo legislador à matéria, colocando a pessoa humana como o centro da tutela de direitos, em observância ao novo paradigma trazido pela Constituição Federal de 1988.

Tal fenômeno é denominado pela doutrina especializada, a exemplo de Paulo Lôbo (LÔBO, 1999, p. 99-109), como constitucionalização do direito civil, de modo a abandonar a ótica patrimonialista exacerbada trazida pelo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) para um viés de tutela jurídica dos direitos da pessoa humana.

Nessa linha de intelecção, observa-se que o direito ao esquecimento se propõe a tutelar a dignidade do indivíduo, assegurando-lhe direitos fundamentais invioláveis previstos pelo art. 5º, inciso X da CRFB/88, como o direito à privacidade, à intimidade, à honra, à imagem e à vida privada, cuja violação é suscetível de reparação civil por danos materiais ou morais.

Acerca dessa temática, destacando a finalidade de tutela específica da privacidade pretendida pelo direito ao esquecimento, disserta Schreiber (2015, p. 141):

> (...) o direito ao esquecimento está intrinsecamente ligado à dimensão substancial da privacidade, que diz respeito à utilização das informações pessoais obtidas de cada indivíduo. Se todos possuem um direito à privacidade, entendido como um direito à autodeterminação informativa, devem poder controlar qualitativamente a projeção de seus dados pessoais perante os demais e exigir que essa representação seja fidedigna e não contribua, de qualquer forma, para condutas discriminatórias contra o indivíduo representado.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Evidencia-se, pois, a relação intrínseca existente entre o direito ao esquecimento e o direito à vida digna, consistindo este no direito de o indivíduo usufruir de sua vida de forma plena e com viés eudemonista (direito à busca pela felicidade).

Tal relação entre direitos remonta à origem histórica do direito ao esquecimento, cuja discussão acerca de sua existência iniciou em casuísticas envolvendo condenações criminais, a exemplo do Caso Lebach (CAVALCANTE, 2021), com o fito de assegurar a ressocialização adequada dos egressos do sistema penal (TARTUCE, 2020, p. 85).

Nesse sentir, disserta com maestria o Ministro Gilmar Mendes acerca da aplicação do direito ao esquecimento na seara criminal (MENDES. COELHO. BRANCO. 2007, p. 374):

> Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374).

Na seara cível, em uma análise jurisprudencial das Cortes Superiores, observa-se que nas últimas décadas houve decisões do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico pátrio, assegurando a aplicação de tal direito no âmbito do direito civil a depender das peculiaridades do caso concreto (CAVALCANTE, 2021), conforme será abordado no tópico 4 do presente artigo.

Todavia, em decisão recente proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral, especificamente no julgamento do RE nº 1010606/RJ, entendeu-se pela incompatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição Federal, uma vez que, a despeito de inexistência de caráter absoluto do direito à liberdade de expressão, não há previsão legal no ordenamento jurídico que autorize a sua restrição pelo mero decurso do tempo, consoante será explicitado no tópico 3 do presente artigo.

Apesar da decisão vinculativa proferida em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, entende-se pela compatibilidade do instituto do direito ao esquecimento com a Constituição Federal de 1988 e com o Código Civil de 2002, pelos motivos a seguir delineados, a fim de resguardar a dignidade do indivíduo e a proteção de seus direitos personalíssimos.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

## 3. A Decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE nº 1010606/RJ em sede de Repercussão Geral.

No julgamento do RE nº 10010606/RJ, proferido dia 11/02/2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu em sede de repercussão geral que a ideia de um direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal de 1988, resguardando a possibilidade de restrição judicial de eventuais excessos ao direito à liberdade de expressão e de informação, com vistas a tutelar a honra, imagem, privacidade e personalidade do indivíduo.

Por sua inequívoca pertinência, transcreve-se tese fixada no referido julgado:

> É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. STF. Plenário. RE 1010606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 786) (Info 1005).

De acordo com o Ministro Dias Toffoli, relator do caso, a inexistência de previsão legal do direito ao esquecimento e a excessiva restrição ao direito à liberdade de expressão são fundamentos que afastam sua incidência no ordenamento jurídico, em observância ao princípio hermenêutico de unidade da constituição (STF. RE 1010606/RJ, p. 34). Nesse sentido, segue trecho do voto do referido Relator:

> A previsão ou aplicação de um direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. A existência de um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, licitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar previsto em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão. Não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial. Parece-me que, admitir um direito ao

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> esquecimento, seria uma restrição excessiva e peremptória às liberdades de expressão e de manifestação de pensamento dos autores e ao direito que todo cidadão tem de se manter informado a respeito de fatos relevantes da história social. Ademais, tal possibilidade equivaleria a atribuir, de forma absoluta e em abstrato, maior peso aos direitos à imagem e à vida privada, em detrimento da liberdade de expressão, compreensão que não se compatibiliza com a ideia de unidade da Constituição. Plenário, 11.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Conforme fundamentado no voto do supracitado Ministro, entendeu-se que não há amparo legal para se transmutar uma publicação lícita para um ato ilícito unicamente em razão do mero decurso de tempo (*Ibidem*, p. 34).

De mesmo modo, reconheceu-se no referido voto que a passagem de tempo não induz o surgimento de um dever social de perdão, de modo que não se pode obrigar terceiros a renunciar a seu direito à informação e direito à memória em prol de indivíduo que supostamente faria jus a um direito de esquecimento, devendo prevalecer o interesse público da informação (*Ibidem*, p. 68).

Destacou-se, ainda, no referido voto, que caso se permita negar acesso a fatos ou dados meramente em razão do decurso de tempo, interferir-se-á na independência e progresso da ciência, ainda que indiretamente (*Ibidem*, p. 61).

Com efeito, no julgamento em questão, foram vencidos os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, que, ao realizar a ponderação entre o direito à liberdade de expressão e o direito à intimidade, privacidade, honra e vida privada, entenderam que estes poderiam prevalecer em detrimento daquele a depender do caso concreto, de modo a reconhecer a compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico, destacando a importância do referido direito da personalidade na tutela jurídica da dignidade da pessoa humana (*Ibidem*, p. 263-264).

Destacou-se, inclusive, no voto vencido do Ministro Gilmar Mendes, que na VI e VII Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal foram aprovados dois enunciados reconhecendo a aplicação do direito ao esquecimento, entendendo-se que *"a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*", nos termos do Enunciado nº 531 da CJF/STJ (BRASIL, 2013), e que *"o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória",* conforme teor do Enunciado nº 576 do CJF/STJ (BRASIL, 2015).

Fundamentou-se, ainda, no referido voto, que a possibilidade de se discutir o modo, a abrangência e a finalidade da lembrança de fatos pretéritos ocorridos na vida de um

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

indivíduo decorre diretamente do direito à intimidade, à vida privada e à imagem (STF. RE 1010606/RJ, p. 263-264), direitos personalíssimos que recebem proteção constitucional como cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, §4º, IV, CRFB/88. Nesse sentido:

> A despeito da veracidade da informação prestada pelo jornal impresso ou virtual, meio televisivo, radiofônico ou qualquer conteúdo contido em sítio eletrônico (específico ou ferramenta de busca), extrai-se do comando constitucional do resguardo da intimidade, da vida privada e da imagem, que existe a possibilidade de discutir a forma, a abrangência e a finalidade da lembrança dos fatos pretéritos da existência de qualquer ser humano.
>
> O direito ao esquecimento (the right to be let alone, tradução livre – direito de ser deixado sozinho – prefiro denominá-lo de "apagamento de dados") deve ser entendido como uma solução jurídica encontrada para não permitir que um fato ocorrido em determinado momento distante de sua vida (passado remoto ou longínquo), ainda que verídico, seja exposto indiscriminada e/ou vexatoriamente na atualidade, sob pena de indenização, direito de resposta ou outros mecanismos previstos no ordenamento jurídico. (STF. RE 1010606/RJ, p. 263-264).

Com efeito, ao final do julgamento do RE nº 1010606/RJ, prevaleceu o entendimento de que não há possibilidade de se reconhecer a compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro, seja pela ausência de previsão legal nesse sentido, seja porque o reconhecimento de tal direito poderia constituir uma restrição excessiva ao direito à liberdade de expressão e à livre manifestação de pensamento (*Ibidem*, p. 3-4)

A despeito de tal entendimento firmado pela Suprema Corte em sede de Repercussão Geral, que possui eficácia *erga omnes,* entende-se pela necessidade de ampliação do debate jurídico acerca do tema, com fulcro em doutrina especializada, mormente considerando que a força vinculante do referido *decisum* não vincula o Plenário do Supremo Tribunal Federal em suas futuras decisões, conforme art. 102, §2º, da CRFB/88, de modo que é plenamente possível uma futura mudança de entendimento acerca da compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico pátrio.

## 4. A compatibilidade do direito ao esquecimento (espécie de direito da personalidade) com o ordenamento jurídico brasileiro.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Conforme mencionado, apesar da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral no julgamento do RE nº 10010606/RJ, tem-se que parcela da doutrina especializada entende pela compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro, máxime por constituir espécie de direito da personalidade digna de tutela jurídica pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, a fim de garantir a proteção à dignidade do titular do direito ao esquecimento.

Nesse sentir, disserta com maestria Anderson Schreiber em sua obra (SCHREIBER, 2020, p. 3):

> (...) o direito ao esquecimento nasce e se desenvolve em meio às mais variadas polêmicas, a começar pela sua nomenclatura, entendida pelos críticos ao seu reconhecimento como um indício da sua inexequibilidade. Na realidade, ninguém tem mesmo o direito de ser esquecido, ou de esquecer-se de algo, o que não significa, contudo, que os interesses subjacentes ao direito ao esquecimento – e que vão além da sua imprecisão terminológica – não são dignos de proteção jurídica.
>
> A partir de uma interpretação civil-constitucional, orientada pela função do direito ao esquecimento, e não pela literalidade do termo, buscar-se-á demonstrar que se trata de um direito que merece ser reconhecido em algumas situações, não para que o fato seja extirpado da memória individual ou social, mas para que eventos pretéritos não limitem ou impossibilitem o livre desenvolvimento da pessoa humana.

Nessa linha de intelecção, consigna Flávio Tartuce que o grande desafio prático relacionado ao direito ao esquecimento é a delimitação da amplitude de sua incidência no caso concreto (TARTUCE, 2019, p. 86-87). Destarte, com o fito de resolver tal controvérsia, o referido doutrinador aponta a adoção da técnica de ponderação como importante mecanismo argumentativo para solucionar problemáticas da atualidade (*Ibidem*, p. 87).

Tem-se, pois, ao adotar a aludida técnica de ponderação, que o reconhecimento de um direito ao esquecimento pressupõe a ponderação entre direitos da personalidade em um caso concreto – especificamente entre os direitos à privacidade, intimidade, honra e imagem e os direitos à informação e à liberdade de expressão –, conforme amplamente debatido no julgamento do RE nº 10010606/RJ pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Nessa ótica, considerando as transformações normativas e axiológicas advindas do fenômeno da constitucionalização do direito civil, ocorrido após a promulgação da Constituição Federal de 1988, as quais ensejaram a prevalência da dignidade da pessoa

humana em detrimento de questões exclusivamente patrimoniais (LÔBO, 1999, p. 99-109), torna-se necessário que a ponderação a ser realizada no caso concreto busque uma solução que privilegie a dignidade da pessoa humana.

Desta feita, utilizando-se a técnica de ponderação de direitos personalíssimos em casos envolvendo a temática do direito ao esquecimento, é possível juridicamente que este prevaleça quando ficar demonstrado no caso concreto que os fatos pretéritos que se pretende rememorar publicamente causarão maiores danos à dignidade do indivíduo do que utilidade à sociedade em caso de eventual interesse público.

Nesse sentido, trazendo a necessária diferenciação entre interesse público e interesse do público, disserta Evilásio Filho (FILHO, 2014, p. 65):

> (...) o interesse público supostamente existente na divulgação do fato deve ser averiguado com muito cuidado, pois interesse público difere bastante do interesse do público, guiado muitas vezes por uma mídia voltada apenas à obtenção de lucros e interessada em inundar a esfera pública de fatos estritamente privados.

Com efeito, em observância ao papel normativo-axiológico que a dignidade da pessoa exerce no ordenamento jurídico pátrio, constituindo fundamento da República Federativa do Brasil, observa-se a possibilidade de se reconhecer a compatibilização do direito ao esquecimento como uma das espécies de direito da personalidade protegidas pelo Direito Civil brasileiro, a ser ponderada no caso concreto quando em conflito com outras espécies de direito da personalidade.

Sendo assim, tendo em vista que a eficácia *erga omnes* da decisão proferida no julgamento do RE nº 10010606/RJ não vincula o Plenário do Supremo Tribunal Federal em suas decisões futuras, conforme já abordado, observa-se a possibilidade de mudança jurisprudencial do referido entendimento no futuro, a fim de se reconhecer a compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro.

## 5. Considerações Finais

Ante as razões delineadas no presente artigo, observa-se que o reconhecimento do direito ao esquecimento é compatível com o ordenamento jurídico pátrio, conforme defende parcela da doutrina especializada citada supra, de modo que se verifica a possibilidade futura de mudança de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, máxime ante o caráter fundamental atribuído pela Constituição Federal de 1988 ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Desta feita, objetivando uma maior eficácia na tutela dos direitos da personalidade no caso concreto, inclusive por meio do controle judicial de atos ilícitos, infere-se a possibilidade de tutela do direito ao esquecimento como espécie de direito da personalidade, que deverá prevalecer quando eventual ponderação em face dos direitos à informação e liberdade de expressão puder ensejar violação à dignidade humana do indivíduo, cuja proteção constitui o centro do ordenamento jurídico pátrio.

Em sendo assim, diante de seu papel de centralidade no direito positivado, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana justifica a prevalência do direito ao esquecimento no caso concreto quando o reavivamento de fatos pretéritos pela sociedade de informações puder comprometer o seu direito à vida digna, que abrange a proteção de outros direitos da personalidade tutelados pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, como a vida privada, intimidade, honra, imagem, dentre outros.

## 6. Referências Bibliográficas

BRASIL**. Código Civil de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 29 de nov. 2021.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 29 de nov. 2021.

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 de nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 09 de nov. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Direito ao esquecimento**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/75fc093c0ee742f6ddaa13fff98f104>. Acesso em: 12/12/2021

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O ordenamento jurídico brasileiro não consagra o denominado direito ao esquecimento**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/10fb6cfa4c990d2bad5ddef4f70e8ba2>. Acesso em: 12/11/2021

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 274 da CJF/STJ**. IV Jornada de Direito Civil: 2006. Disponível em < https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em 05/11/2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 531 da CJF/STJ**. VI Jornada de Direito Civil:2013. Disponível em < https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em 15/11/2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 576 da CJF/STJ**. VII Jornada de Direito Civil:2015. Disponível em < https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>. Acesso em 02/11/2021.

FILHO, Evilásio Almeida Ramos. **Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de Expressão: a tutela de um direito constitucional da Personalidade em face da sociedade da informação. Disponível em:** https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Informa%c3%a7%c3%a3o.pdf. Acesso em 10/11/2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil.** Revista de Informação legislativa, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453. Acesso em 20/11/2021.

SCHREIBER, Anderson**. Direito ao esquecimento e seus mecanismos e tutela na internet: como alcançar uma proteção real no universo virtual?** Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 8ª Edição. Editora Atlas: São Paulo, 2015.

STF. Plenário. **RE 1010606/RJ**, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 786) (Info 1005).

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 10ª Edição. Editora MÉTODO, Rio de Janeiro/RJ. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

# A CONDUTA PROCESSUAL DAS PARTES COMO MEIO DE PROVA

**LUCAS RIBEIRO VIEIRA REZENDE:** Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2012/2016). Especialista em Direito e Economia pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP (2017/2019). Pós-graduando em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2019/2021). Mestrando em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2020/2022). Advogado.

**RESUMO:** Este artigo propõe discutir quanto à possibilidade do julgador considerar as condutas processuais dos sujeitos litigantes, inclusive de seus advogados, ao proferir a sua decisão final quanto ao mérito da demanda. Com esta análise, buscamos discutir se a conduta dos sujeitos litigantes durante o processo pode ser considerada como meio prova para formação do convencimento do juiz ou se constitui apenas como prova indiciária.

**Palavras-chaves:** Provas. Conduta Processual. Meio de Prova. Prova Indiciária.

**ABSTRACT:** This paper proposes to discuss the possibility of the judge, considering the civil procedure conduct of the parties, specially of Parties' attorneys, to render a final decision on the merits. From this analysis, we look forward to discuss if the civil procedure conduct of the parties during the lawsuit can be considered as evidence itself to influence directly the judge's conviction or if should be considered only as circumstantial evidence.

**Keywords**: Evidences. Civil Procedure Conduct. Means of evidence. Circumstantial Evidence.

**Sumário:** 1. Introdução e Relevância do Tema. 2. Noções Introdutórias Quanto à Finalidade da Prova e sua Definição. 3. Obrigatoriedade de Colaboração para Elucidação de Fato Controvertido. 4. Conduta Processual Como Meio de Prova. 5. Considerações Finais.

## 1.Introdução e Relevância do Tema.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Este artigo busca estudar a possibilidade de os juízes considerarem a conduta processual5 dos sujeitos que participam dos processos judiciais como meio de prova. Considerando ser o processo o meio de obtenção de justiça6, os atos praticados durante sua tramitação, pelos sujeitos litigantes e seus advogados, nos parece que podem ser considerados *per si* pelo juiz para formação de seu convencimento.

A discussão deste tema não é novidade na academia7, especialmente na literatura estrangeira, como se observará. Ainda nos anos 1970, a *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul* publicou texto do juiz NEY AHRENDS8, no qual defendeu-se a necessidade do juiz considerar, em seu convencimento, a conduta processual das partes e seus advogados, posto que "*não raro o comportamento assume relevo, depois do estudo e análise de alegações e peças produzidas nos autos, mesmo sem caráter de confissão, sempre que as circunstâncias apontem benefício ou vantagem em favor do adversário*".

Todavia, a despeito de expressivos nomes na seara do direito processual civil já terem enfrentado o tema, não nos parece exauridas as discussões e ainda muito se pode

5 A conduta ou comportamento processual é, segundo pensamos, fato jurídico processual, isto por ser o evento constatado a partir de determinada ação ou omissão, independentemente da vontade do sujeito ativo, mas que se mostra relevante para aquela situação em concreto. Este fato, como é de conhecimento, é verificado através dos atos processuais praticados pelos sujeitos processuais, que pode apresentar importância para a formação do convencimento do juiz acerca de certo fato controvertido.

6 Sobre esta contemporânea compreensão: ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 5ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. P. 44; FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*. São Paulo: Saraiva. 1996. P. 319/320; e SEIXAS, Antônio Eduardo Reichmann. *Sucessão de Bens Situados em Território Nacional e a Competência Exclusiva do Juiz Brasileiro: do CPC/1973 ao CPC/2015*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 274. 2017. P. 295.

7 Nos dias de hoje não é difícil localizar textos tratando de temas atinentes ao direito processual civil como se novidade fossem. Sob este prisma, com sua habitual precisão, o Prof. JOÃO BATISTA LOPES relembra que algumas modificações trazidas pelo vigente Código de Processo Civil – e sua consequente não se constituem como verdadeiras inovações e as denomina de "antigas novidades": LOPES, João Batista. *"Antigas Novidades" do Novo CPC*. In: Revista de Processo. Vol. 287/2019, jan./2019. P. 487/488.

8 AHRENDS, Ney Gama. *Comportamento Processual da Parte Como Prova*. In: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS. Ano III, mar/1976. P. 74/79. Há outros trabalhos, ainda mais antigos, em sentido semelhante, como: CAPPELLETI, Mauro. *La Oralidad Y Las Pruebas En El Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1972. P. 150/152; e GORLA, Gino. *Comportamento Processuale Delle Parti e Convincimento Del Giudice*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. XII, parte II. Padova: CEDAM. 1935.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

contribuir e questionar9, sobretudo considerando os raros casos que observamos a aplicação desta técnica (conduta processual como *meio de prova*).

Além disso, em corriqueiras oportunidades, as provas diretas, produzidas por meio de documentos e depoimentos, não permitem a extração da veracidade das afirmações realizadas pelas partes e, mesmo nestas situações, não se observa a utilização de tal técnica. Oportuno, assim, melhor analisarmos este assunto, afinal "*el hombre no juzga nunca sin constatar el juicio con las pruebas*"10.

Nas situações práticas em que juízes se deparam com a dificuldade de formar seu convencimento pelas vias ordinárias há de ser criativo, fechar os olhos ao conservadorismo e apontar a atenção aos demais elementos do processo, como a conduta processual dos sujeitos litigantes e seus advogados durante o *iter* processual. É este, portanto, o objetivo deste trabalho.

Com a finalidade de corroborarmos a possibilidade de considerar a conduta processual como *meio de prova*, inicialmente é preciso estabelecer algumas premissas quanto ao conceito de prova e sua finalidade no processo; em seguida, passamos a expor o dever de colaboração de todos aqueles que participam do processo para elucidação dos fatos *sub judice*. É necessário, a nosso ver, trilhar este caminho11 para se chegar ao cerne da questão e as constatações finais propostas: a absoluta admissibilidade da conduta processual das partes ser considerada como meio de prova.

## 2.Noções Introdutórias Quanto à Finalidade da Prova e sua Definição12.

A prova não serve para reconstruir um fato pretérito, tampouco para se descobrir a verdade absoluta13. Imperioso que se abandone tal utopia.

---

9 Nesse sentido asseverou CARLO FURNO: "*Sin embargo, creo posible y útil considerar en este momento alguna manifestación típica de la conducta de las partes que, a pesar de su notable interés teórico y decisiva relevancia práctica, o no ha sido objeto de disciplina orgánica ex lege, medianamente satisfactoria desde un punto de vista sistemático, o no ha llamado lo bastante la atención de los estudiosos.*" (FURNO, Carlo. *Teoria De La Prueba Legal*. Trad. Sergio Gonzales Collado. Madrid: *Revista de Derecho Privado*. 1954. P. 75/77).

10 CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: EJEA. 1971. P. 73.

11 Chamamos atenção ao leitor que, diante das limitações deste trabalho, alguns pontos, que certamente mereceriam análise com mais vagar e cautela, serão analisados de forma mais sintética.

12 Nos parece ser neste estudo mais lógico, em primeiro momento, compreender a finalidade da prova e, em seguida, apresentarmos a sua conceituação.

13 MARINONI e ARENHART, em obra referência sobre matéria probatória no direito processual civil, *Prova e Convicção*, dedicam um capítulo específico quanto às relações entre verdade e a prova: MARINONI, Luiz



Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Isto porque, para que se possa afirmar que a *verdade* de certo fato restou constatada, deve ser possível, de igual modo, asseverar que atingiu-se a *única possibilidade* da forma de que determinado fato ocorreu, não sendo cabível admitir qualquer outra alternativa, por mais remota que seja14. Isto não é possível no mundo real, na medida em que jamais poderá se afirmar que se desvendou à *única hipótese* da ocorrência dos fatos em análise. Necessário, assim, encarar a realidade, por mais severa que possa ser.

Não obstante, importante considerar que no exercício de reconstrução de um fato pretérito não há como se eliminar os elementos subjetivos dos sujeitos que participarão desta atividade. Com efeito, MARINONI e ARENHART15 pontuam que quando se busca a reconstrução de fatos é impossível a não alteração de seu conteúdo, pois é inconscientemente adicionado "*um toque pessoal que distorce a realidade*". Logo, ao *reconstruir* os fatos, o resultado final pode refletir a cenário distinto considerando a incidência de elementos subjetivos.

Assim, reafirmamos não ser possível pensar em um processo judicial que, diante de determinada situação fática controvertida, apresente uma decisão final como verdade absoluta quanto à reconstrução de fatos passados. Contrariamente, o que se pode imaginar é uma solução final que reflete, diante desta situação fática controvertida, o que *provavelmente* ocorreu. E, para estimativa desta *probabilidade*, serve o processo por meio da fase postulatória e, sobretudo, instrutória.

Nem mesmo com a produção das provas se atingirá a *certeza* do que se sucedeu. Ora, exemplo clássico seria o exame de DNA, afinal se trata de um exame técnico, porém

Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. P. 25/56.

14 Ao se analisar a lição de MICHAEL VILLEY, chega-se à conclusão de que não há espaço para uma *parte* de verdade ou, ainda, que esta poderia ser imperfeita. A verdade é ou não, trata-se, por conseguinte, de um conceito absoluto (VILLEY, Michael. *Réflexions Sur La Philosophie Et Le Droit: les carnets.* Paris: PUF. 1995. P.1).

15 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.* P. 35. Em sentido semelhante, discorrendo sobre este exercício de reconstrução, GADAMER afirma quanto à interpretação: "*compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita de compreensão*" (GADAMER, HansGeorg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Trad. Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes. 1998. P. 459).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

que garante tão somente 99,999% de certeza16, isto é, reflete uma elevadíssima *probabilidade*, mas não *certeza*.

Afirmamos, assim, que a prova é o meio empregado para se demonstrar concretamente a probabilidade de veracidade daquilo que é afirmado; e, o destinatário final17 – o juiz – a partir da produção desta prova e dos demais elementos dos autos formará seu convencimento, estimando e explicando motivadamente as razões que levaram a entender da *probabilidade* daquele fato ser *verdade*18.

Em outros termos, chega-se ao ponto máximo da verossimilhança, ao menos considerando os meios disponíveis ao julgador, a partir da qual pode se afirmar que há uma certeza subjetiva da ocorrência daquele fato19, cuja solução final é legitimada pelo procedimento que a antecedeu20.

---

16 Não se ignora que alguns estudiosos já defenderam se tratar de grau de certeza diante do resultado absoluto (SOUZA, Ionete de Magalhães. *A Certeza da Paternidade Através da Perícia Genética e a Efetividade do Acesso à Justiça: uma análise constitucional*. Florianópolis: Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador: Horácio Wanderlei Rodrigues. 2001. P. 80). Não concordamos, pois, a nosso ver, trata-se de uma probabilidade muito próxima à certeza, mas ainda não afasta uma chance, mesmo que mínima, de resultado diverso. Nesse sentido, em interessante trabalho intitulado "*Importância do rigor técnico-científico dos exames de DNA Relato de casos*", as biólogas Me. Cristiane Lommez de Oliveira e a Dra. Laélia Maria Pinto, afirmam que poderia "*parecer preciosismo exigir mais de 99,99% de precisão"* dos exames de DNA para fins de paternidade, porém, como destacam as autoras, "*o 0,01% que falta representa 1 erro a cada 10.000 testes*"; e, ainda, destacam, em referência aos laboratórios que garantem 99,9% de acerto, que isto corresponderia a um teste errado a cada 100 realizados (OLIVEIRA, Cristiane Lommez de; pinto, Laélia Maria. *Importância Do Rigor Técnico-Científico Dos Exames De DNA: relato de casos*. P. 3. Disponível em:

https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Import%c3%a2ncia%20do%20rigor%20t%c3%a9cnico-cient%c3%adfico%20dos%20exames%20de%20DNA.pdf. Acesso em 22.11.2020).

A argumentação traçadas pelas autoras, a despeito de trilhar caminho diverso do que busca se discutir, corrobora nosso entendimento de que o exame de DNA não se trata de uma certeza, mas sim de uma probabilidade, cuja chance de erro é *quase* mínima, mas não deixa de existir e, por isso, trata-se de mera probabilidade.

17 Quanto ao fato de o juiz ser o destinatário final da prova: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit*. P. 62.

18 Sob este prisma, por todos: CALAMANDREI, Piero. *Verità e Verosimiglianza Nel Processo Civile*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam. 1955. P. 164.

19 OVÍDIO BATISTA defendia ser o *princípio da verossimilhança* o guia norteador das ações judiciais, o qual seria responsável pela decisão que recebe a petição inicial e até mesmo, se o caso, de prolação de sentenças liminares (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Ed. RT. 1998. P. 70/71).

20 Nesse sentido, a doutrina explica: "*São a forma e as garantias que permeiam o procedimento que permitem que a decisão daí emanada seja legítima e represente, ipso facto, a manifestação de um*

Portanto, os jurisdicionados precisam se conformar que, considerando a distribuição dos ônus probatórios, ao fim da fase cognitiva, o pronunciamento final é a verdade refletida no processo e juridicamente capaz de fundamentá-lo21, muito embora não seja a verdade absoluta (ou a única) sobre a situação fática controvertida.

Bem assim, concluímos que finalidade da prova é servir como elemento de argumentação e retórica explorado pela parte para *convencer* o Estado-juiz da *probabilidade de veracidade* quanto às suas afirmações e impugnadas pela parte adversa.

Pois bem, uma vez constatada o objeto da prova, a conceituamos22 como o *meio* pelo qual se produz e demonstra ao Estado-Juiz a probabilidade de veracidade da afirmação fática controvertida23. Há inúmeras conceituações clássicas a respeito da prova, contudo, como observado por MARINONI e ARENHART, a grande maioria referem-se a reconstrução de um fato antecedente ou "*à verificação desse fato, gerando no juiz a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência*"24.

De tal modo, não nos parece eficaz e produtivo trazer neste estudo tais definições. Por sua vez, o que merece ser compreendido é o fato de a prova ser o *meio* previsto em *lei* ou *moralmente legítimo*25, com cunho *retórico*, empregado pela parte para *convencer* o julgador acerca da *probabilidade de veracidade* da ocorrência do fato afirmado em determinado processo e impugnado pela parte adversa.

---

*Estado de Direito*." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit*. P. 60). Em sentido semelhante: MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT. 2000. P. 156/157; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 1996. P. 140/145.

21 Nesse sentido, ao distinguir a verdade forma e substancial: ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Dogmática Jurídica e o Novo Código de Processo Civil*. In: Revista de Processo Vol. 1/1976, jan.-mar./1976. P. 99.

22 No caso, a conceituação de prova se limitará ao campo do direito e especificamente do processo, não abrangendo, assim, outros ramos da ciência.

23 LIEBMAN define prova como "*os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico*" (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile: principi*. Vol. 1. 5. ed. Milano: Giuffrè. 1992. P. 318).

24 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit*. P. 67.

25 CPC, art. 369.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Uma vez estabelecido o conceito e a finalidade da prova, possível prosseguir para a análise do dever (ou não) dos sujeitos litigantes colaborarem para a elucidação destes fatos controvertidos.

## 3.Obrigatoriedade de Colaboração para Elucidação de Fato Controvertido.

Não se ignora que alguns dispositivos do vigente CPC possuem redação que podem gerar interpretações antagônicas pelos operadores do direito, porém não é este o caso dos arts. 14, II; 77 e 379. Uma leitura de tais artigos, especialmente se realizada em conjunto com outras disposições do Código, permite afirmarmos que todos aqueles, sejam os sujeitos litigantes ou terceiros, que possam contribuir para o deslinde de determinada situação fática controvertida devem assim fazer. Em outros termos, o Legislador *impôs* o dever passivo de colaboração26.

Não se trata, ressalta-se, de uma recomendação ou sugestão de que a parte e o terceiro colaborem27, mas de uma *imposição*, isto é, um *dever*28 e 29. Tanto é assim que, em caso de violação, o ordenamento positiva sanções aplicáveis (*e.g.*: multa por ato de litigância de má-fé30).

Ora, se há sanções processuais pela conduta não colaborativa, se trata de *obrigação* imposta aos sujeitos processuais para terem uma *conduta colaborativa*. Afinal, qual o sentido de o Estado ter o monopólio da jurisdição e ser conivente com condutas que

26 Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Os Efeitos do Recurso*. In: Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 10.352/2001. Nelson Nery Jr. et. al. [coord.]. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. P. 26.

27 Sobre as principais diferenças entre ônus e dever, por todos, recomenda-se: SICA, Heitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2008. P. 103. Dentre as constatações defendidas pelo processualista paulista, destacamos, com relação ao *ônus*, que não há uma *obrigação*, mas a prática do ato evita uma situação de desvantagem, ao contrário do *dever* que, em caso de descumprimento, a desvantagem é observada independentemente do exercício e necessariamente é imposta uma sanção.

28 Não se ignora que, evidentemente, em algumas situações não faria sentido se exigir o cumprimento de tal obrigação. Assim, o próprio CPC prevê hipóteses em que esta obrigação é dispensada, conforme preceitua o art. 379.

29 LARISSA GASPAR TUNALA em sua dissertação de mestrado defendida na UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, aduz que o dever se caracteriza quando "*exercidos no interesse alheio (...) se destaca pela exigência de uma conduta ou uma omissão no interesse de outrem, sob pena de imposição de sanções*" (TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento Processual Contraditório*. São Paulo: Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. Orientador: Professor Titular Dr. José Roberto dos Santos Bedaque. 2014. P. 76).

30 Conforme dispõe o art. 80, II, do CPC, aquele que "*alterar a verdade dos fatos*" e, portanto, violar o *dever de colaboração* imposto pelo art. 77, I, do mesmo *Codex*, está sujeito ao pagamento de multa e a condenação ao pagamento de indenização pelos prejuízos ocasionados, além de dever arcar com os honorários sucumbenciais e despesas e custas processuais (art. 81 do CPC).

impeçam a efetiva prestação da tutela jurisdicional31? Não há como se admitir quaisquer embaraços criados, independente de quem o faz, para a entrega do direito tutelado.

Assim sendo, denota-se que o dever de colaborar com a elucidação dos fatos controvertidos e jamais alterar a verdade destes deve ser encarado com muita seriedade e cautela por aqueles que participam de processos judiciais, sobretudo as partes32.

Prova disto é o fato de que, muito embora o réu tenha o dever de impugnar especificamente as afirmações realizadas na petição inicial (art. 341), o inciso II, do art. 77 do CPC, expressamente proíbe a apresentação de "*defesa quando cientes de que são* destituídas *de fundamento*". Evidentemente, o Legislador não poderia impor ao réu a obrigação de afirmar que o pedido do autor merece acolhimento, sob o argumento da obrigação de colaboração para elucidação dos fatos controvertidos, mas, de igual modo, não poderia admitir o réu faltar com a verdade. A solução encontrada é a possibilidade de não impugnação pelo réu de tais fatos, os quais serão presumidos como verídicos.

Esta constatação é de muita relevância. O CPC inequivocamente apresenta disposições que revelam a preocupação do legislador com a obrigatoriedade de todos os sujeitos processuais *colaborarem* para a elucidação dos fatos controvertidos e, se esta colaboração significar a confissão ou de alguma forma corroborar o pleito autoral, possibilita-se, até mesmo, o silêncio, mas jamais a mentira ou alteração da verdade33 e 34. De outra forma não poderia ser.

---

31 Sob este viés, ao tratar dos deveres e ônus das partes, DINAMARCO argumenta: "*Descumprir imperativos de conduta instituídos em benefício alheio é lesar o titular desse interesse; no caso das partes, descumpri-los é comprometer o correto exercício da jurisdição, que é do interesse geral do Estado.*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume II. 8ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros. 2018. P. 240/241).

32 Importante destacarmos que os sujeitos processuais não podem ser punidos por afirmarem fatos que acreditavam serem verídicos, mas, com a instrução do processo, constatou-se que a *probabilidade* de não serem era maior. A essência é a absoluta impossibilidade de afirmarem fatos que, desde o início, tinham a convicção que eram falsos. Nesse sentido: MITIDIEIRO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. P. 108; TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos.* São Paulo: Marcial Pons. 2012. P. 106; TUNALA, Larissa Gaspar. *Op. Cit*. P. 106.

33 Oportuno ressaltarmos que isto limita-se aos fatos controvertidos e não constitutivos.

34 O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu se tratar de ato de litigância de má-fé quando se verifica a alteração da verdade dos fatos: AgRg na RCL nº. 1.941, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A Legislação Processual impõe sanções quando ocorre a violação da *obrigação de colaboração*, sendo que estas podem ser desde uma punição pecuniária, como a presunção da veracidade do fato afirmado35. Logo, nota-se a importância dessa *obrigatoriedade de colaboração* em matéria probatória, que pode influenciar diretamente na decisão final.

Entretanto, o que nos intriga não são as clássicas hipóteses de que a conduta processual pode conduzir ao reconhecimento da pretensão, mas sim a possibilidade de se considerar o comportamento processual como meio de prova, o que analisaremos a seguir.

**4.A Conduta Processual das Partes Como Meio de Prova.**

Restou evidenciado que a conduta daqueles que participam dos processos judiciais, especialmente das partes, é de absoluta importância, na medida em que, a depender da forma de agir, a solução final poderá ser contrária aos interesses daquele que viola a imposição de colaboração36. Não é admissível a cumplicidade do Estado em não coibir veemente sujeitos que participam do processos e faltam com a verdade ou agem com deslealdade37.

Tanto é assim que, o Código38, por sua vez, cuida de algumas situações que esta conduta gera uma presunção de veracidade, afinal não há, repisa-se, como aceitar um

35 Há diversos exemplos desta situação no CPC, como é o caso da parte intimada a depor que não comparece ou se recusa (art. 385, §1º); a recusa de apresentação de documentos (art. 400); e no CC, como, em caso de recusa a se submeter a exame injustificadamente (arts. 231 e 232).

36 Nesse sentido, em trabalho versando sobre a conduta processual dos sujeitos processuais, EDUARDO SCARPARO afirma: "*Não se deve ter dúvidas de que a parte que age com lealdade no curso do processo gera para si uma predisposição benéfica a favor da aceitabilidade de seus argumentos. Por outro lado, quando a chicana é a regra da atuação, contaminam-se com malgrados as proposições que são apresentadas*" (SCARPARO, Eduardo. *Ethos e Comportamento Processual Como Prova no Processo Civil*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 273/2017, Nov./2017. P. 43/67).

37 A respeito, DARCI RIBEIRO relembra que o processo, antes de tudo, é um "*instrumento de realização da justiça, que está colocado à disposição das partes pelo Estado, para que elas busquem a prestação da tutela jurisdicional, e nenhum instrumento de justiça pode existir fundado em mentira.*" (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. P. 119). No mesmo sentido: COUTURE, Eduardo J. *El Deber de las Partes de Decir La Verdad.* In: *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Tomo III. Buenos Aires: Depalma. 1979. P. 236; e GAIO, Institutas. *Apêndice da obra de Tucci e Azevedo, Lições de História do Processo Civil Romano*. P. 197 e seguintes.

38 É mais uma das "antigas novidades" do vigente CPC, visto que o Prof. BUZAID, na exposição de motivos do código revogado, já afirmava: "*Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece cm a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça.*" (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973 nº. 17. Disponível em

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

instrumento estatal, cuja função é a tutela dos direitos dos jurisdicionados, admitir condutas que não reflitam a boa-fé e a lealdade processual.

Assim, podemos afirmar, sem receio, que o Legislador se preocupou em vigiar e punir comportamentos processuais que violam a boa-fé, a lealdade e cooperação. Não se olvida, no entanto, a legitimidade do pleno exercício do contraditório e ampla defesa, mas isto não se sobrepõe o dever de lealdade processual39 e 40.

Contudo, o que chama nossa atenção, como dito, é a *possibilidade de o juiz considerar a conduta processual das partes como meio de convencimento*. Antes, porém, vejamos o devido valor probatório do comportamento processual das partes.

### *4.1 A Valoração Probatória da Conduta Processual das Partes.*

O CPC, ao contrário do direito estrangeiro41, não dispõe expressamente acerca da valoração da conduta processual das partes, mas também não o proíbe. Pelo contrário,

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4. Acesso em 22.09.2020).

39 DINAMARCO entende a realidade do processo como um verdadeiro campo de "combate", mas isto não legitima, por óbvio, condutas condenadas pelo ordenamento jurídico: "*A realidade do processo é a de um combate para o qual a lei os municia de certas armas legítimas e de uso legítimo, mas com a advertência de que será reprimido o uso abusivo dessas armas ou o emprego de outras menos legítimas.*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* P. 303).

40 A respeito da obrigação dos sujeitos que participam dos processos agirem com boa-fé, lealdade e de forma colaborativa, para COUTURE, o que define se, de fato, se trata de uma *obrigação*, *dever* ou *ônus* é a forma que o sistema traz como consequência em caso de desrespeito a tais disposições. Para o doutrinador, se constituirá como *obrigação* quando o ordenamento jurídico dispor uma "*reparación al adversário por el daño que se le había hecho faltando a la verdad*" (COUTURE, Eduardo J. *Op. Cit.* P. 254), esta é a situação do sistema brasileiro, como esclarecido no tópico anterior (conf. CPC, art. 77, I).

41 Sobre a positivação no direito estrangeiro, podemos citar o artigo 2.279 do Código Civil Italiano, o qual dispõe, em tradução livre, que "*As presunções não previstas pela lei são deixadas ao cauteloso exame do juiz*", que poderá extrair um fato desconhecido de um que já tem ciência. Ao analisar este dispositivo, GAMBI reconhece a cautela adotada pelo sistema italiano, mas assevera que "*não se trata de uma liberdade de formação do convencimento judicial sem limites, exigindo-se cautelas antes de possibilitar o uso de regras de experiência para deduzir de fatos conhecidos outros desconhecidos. As expressões 'graves' e 'precisas' significam que as regras de experiência devem ser sérias; por 'concordantes', entende-se que deve haver um concurso de mais indícios, o que não exclui a possibilidade de uma única presunção poder bastar para o convencimento judicial.*" (CAMBI, Eduardo. *Conduta Processual das Partes (e de seus Procuradores) Como Meio de Prova e a Teoria Narrativista Do Direito*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html. Acesso em: 14 jan. 2014). Este

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

nota-se o tratamento, indiretamente, ao possibilitar que o juiz forme seu convencimento pela conduta (ação ou omissão) dos sujeitos processuais.

Vejamos, para exemplificar, a hipótese de recusa do réu em se submeter ao exame de DNA em ação de investigação de paternidade. O sistema brasileiro permite o julgador concluir [presumir como verdadeiro], através desta conduta processual do réu, que a pretensão do autor merece acolhimento42.

Ou seja, a legislação processual permite que o julgador entenda não ter o réu argumentos e/ou provas razoáveis para impugnar os fatos apresentados pela parte autora43. Afinal, se o réu atua de forma a proporcionar o grau máximo de probabilidade da veracidade (ou não) da afirmação de fato do autor, mostra-se absolutamente escorreita a imposição do sistema, no exemplo proposto, que o juiz assuma serem verdadeiros os fatos alegados pelo autor44.

Bem assim, se a conduta processual da parte pode influenciar diretamente no convencimento do juiz acerca da veracidade do fato afirmado, não parece ser possível defender a existência de uma limitação de valoração probatória com relação a esta conduta. Isto se dá, segundo pensamos, por três principais razões.

---

fato também foi observado por CAPPELLETTI: "*el lector sabe que el Código de procedimiento civil, acogiendo una concepción ya precedentemente impuesta en nuestra jurisprudencia y en varios ordenamientos extranjeros, ha previsto expresamente la posibilidad de que el comportamiento de las partes (y de sus procuradores) en el proceso pueda asumir un valor probatorio, y precisamente, como por general se especifica, un valor indiciario.*" (CAPPELLETI, Mauro. *Op. Cit.* P. 152).

42 O art. 2º-A da Lei nº. 12.004/09, que alterou a Lei nº. 8.560/92, assim dispõe:

"*Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.*

*Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.*"

43 MARINONI e ARENHART propõem exemplo semelhante e discorrem a hipótese de o réu não apresentar defesa, o que ocasionaria a incidência dos efeitos da revelia e asseveram: "*(...) aquele que não se defende, provavelmente, não tem argumentos para contrapor as afirmações de fato feitas pelo autor, razão pela qual estes devem ser tidos por verdadeiros*" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.* P. 414).

44 Por oportuno, importante relembrar a necessidade de que o pronunciamento, assim como quaisquer outros, seja devidamente fundamentado, especialmente o convencimento do magistrado, à luz do art. 489, §1º, do CPC.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Primeiramente, o CPC admitiu o sistema probatório de livre convencimento motivado, ou seja, o juiz pode avaliar ilimitadamente as provas produzidas45, sendo necessário, no entanto, que motive as razões que levaram a seu convencimento final. Ademais, neste sistema, não há hierarquia entre as espécies típicas de provas, tampouco em sua valoração46. Bem assim, não há óbice para a conduta processual das partes ser considerada livremente no convencimento final do juiz desde que esclareça as razões que levaram a decidir daquela maneira.

A segunda razão é extraída da leitura do art. 369 do CPC, posto que se nota o encaixe perfeito da conduta processual das partes na disposição legal47. Afinal, trata-se de *meio moralmente legítimo,* a despeito de *não especificado no Código*, pode servir para *provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz*.

Finalmente, outro motivo que sustenta nossa posição é, como visto, o fato do CPC priorizar o *dever de lealdade e cooperação processual* de todos os sujeitos processuais, inclusive das partes, não admitindo afirmações mentirosas ou atos de má-fé.

A conduta processual das partes pode influenciar diretamente e de forma ilimitada, salvo exceções, no convencimento do magistrado, que motivará as suas razões de decidir, inclusive esclarecendo sua conclusão final fundamentado no agir (ou omissão) das partes – e seus advogados – durante a marcha processual.

Na medida em que compreendida e corroborada a admissibilidade de o juiz extrair argumentos de prova a partir da conduta das partes, cabe verificar, como provocado por GORLA48, se este comportamento se caracteriza como meio de prova ou, de fato, mero elemento valorativo.

---

45 Oportuno registrar que trata-se de regra geral, que comporta exceções, como é a situação prevista no art. 406 do CPC, que exige "*instrumento público como da substância do ato*".

46 Nesse sentido: LOPES, João Batista. *A Prova No Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. P. 49/51.

47 Esta também é a conclusão de IVAN RIGHI: "*O Código de Processo Civil recepciona o princípio da valoração racional da prova (art. 131) - e, além disso, dispõe que todos os meios legais ou moralmente legítimos são hábeis à demonstração 'da verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa' (art. 332). Indiscutivelmente, portanto, no direito brasileiro, a conduta processual das partes é fator produtivo de conseqüências probatórias.*" (RIGHI, Ivan Ordini. *Eficácia Probatória do Comportamento das Partes*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Vol. 20. 1981. P. 4).

48 GORLA, Gino. *Op. Cit*. P. 25.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

### *4.2 A Conduta Processual das Partes Como Meio de Prova.*

A grande maioria dos processualistas, clássicos e contemporâneos, defende ser a conduta processual das partes como elemento de valoração da prova, mas não como fonte de prova49. Isto porque, o julgador deve considerar o comportamento processual apenas indiretamente, como mero indício, não podendo considerá-lo como meio exclusivo para formar sua convicção.

Em outros termos, segundo esta corrente, a conduta adotada pelos sujeitos processuais se constitui como *indício*, mas, conforme WILLIAM SANTOS FERREIRA esclarece, a formação do convencimento do juiz "*dependerá de um raciocínio, com outros elementos sendo considerados, para se chegar ao fato desconhecido, o que, em última análise, é uma presunção hominis, com incidência das máximas de experiência*"50. Discordamos parcialmente deste entendimento.

DARCI RIBEIRO, de forma inédita, ao que parece, defende a possibilidade da conduta processual das partes assumir a figura de *meio de prova*, desde que se verifique um ato desleal ou violação ao dever de dizer a verdade51. Segundo o processualista52, isto ocorre no caso de *responsabilidade* do sujeito processual que falta com a verdade, pois "*a conduta da parte é fonte primordial da prova*" deixando de ser, portanto, "*mero elemento indiciário de prova*", posto que nenhuma outra prova, típica ou atípica, poderia convencer quanto à probabilidade de veracidade da afirmação de que tal litigante agiu com má-fé. E, o processualista continua, "*o fato gerador da obrigação é o comportamento da parte e o convencimento do juiz*". É aqui que reside a divergência com a doutrina predominante.

A interpretação proposta pelo processualista é precisa. A conduta processual não deve, em *toda situação*, ser encarada como mero elemento de valoração de prova, isto é, não há óbice de ser considerada como *fundamento* principal e exclusivo para convencimento do juiz, como defendem a maior parte dos estudiosos.

---

49 Nesta linha de pensamento: Carlo Furno, em *Teoria De La Prueba Legal*; Gino Gorla, em *Comportamento Processuale Delle Parti e Convincimento Del Giudice*; Isolde Favaretto, em *Comportamento Processual das Partes Como Meio de Prova*; Ney Ahrends, em *Comportamento Processual da Parte Como Prova*; William Santos Ferreira, em *Princípios Fundamentais da Prova Civil.*

50 FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. P. 79.

51 RIBEIRO, Darci Guimarães. *Op. Cit.* P. 128/129.

52 Ibid., p. 129.

Pensemos, a título hipotético, nas situações em que o juiz tem contato direto com as partes e seus advogados53. Os magistrados, especialmente aqueles com mais experiência, podem extrair, nestas oportunidades, condutas inconscientes que podem fundamentar *diretamente* seu convencimento, como a forma de falar (sempre considerando o costumeiro nervosismo das pessoas que participam de audiências), desvio de olhar aos advogados ou insegurança de encarar "olho-a-olho"54. Note-se que estes elementos podem formar diretamente o convencimento do juiz, sem a necessidade, ressalta-se, de um exercício racional, tomando em conta outros elementos, para se chegar a conclusão de fato ainda desconhecido.

Não verificamos, salvo melhor juízo, respaldo razoável para se sustentar a resistência em aceitar, portanto, a conduta como *meio de prova* e não apenas e sempre como elementos indiciários.

Defendemos, assim, a depender do fato controvertido concreto e de forma muito bem fundamentada, a absoluta admissibilidade do juiz tratar a conduta processual das partes como meio de prova. Não vemos qualquer vedação legal para tanto. Pelo contrário. Imprescindível que a conduta das partes seja vista pelos juízes como meio de prova para formar seu convencimento quanto ao(s) fato(s) controvertido(s), que motivará sua decisão, à luz do preceituado pelo art. 371 do CPC.

Como dito, em determinadas situações não se pode atingir o mesmo convencimento, por qualquer outro meio de prova, exceto pela conduta processual das partes. Limitar o comportamento das partes como prova indiciária é criar embaraço

53 Nesse sentido, o processualista mineiro HUMBERTO THEODORO JR. defende: "*registra a jurisprudência que, para apreciar a credibilidade das testemunhas, os julgadores devem levar em conta numerosos dados, como o seu comportamento, seu modo de responder ao interrogatório, seu caráter, sua moralidade, suas antecedentes judiciários, seu grau de desenvolvimento intelectual, a fidelidade de sua memória, o seu senso de observação e a verossimilhança do seu relato*" (THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2005. P. 539/540).

54 PAULO ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA, a despeito de defender ser a conduta processual como prova indiciária, corrente a qual parcialmente criticamos, assevera que o juiz deve "*observar e avaliar não só o que a parte declara, em depoimento pessoal ou em interrogatório, senão também, de um modo geral, como se comporta ela em juízo, relativamente aos fatos da causa*". Cabe destacar que, segundo o respeitoso processualista mineiro, "*todo comportamento relacionado à lide ou que envolva os fatos controvertidos da causa, como comportamento processual deve ser considerado, na medida em que se traduza em atos do processo*", porém esta consideração deve se dar "*pelos meios de prova comuns*" (MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *A Prova das Intenções no Processo Civil*. In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 4, Out/2001. P. 643/656).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

desnecessário e repugnado pelo vigente Código. Imprescindível, como defendemos, sua admissão como meio de prova55.

Uma questão final que guarda importância é analisar se a conduta processual como meio de prova exige que tenha sido esta praticada pessoalmente pela parte ou poderia ser considerado o modo de agir de seu(s) advogado(s). A partir da premissa de que os advogados das partes atuam em juízo de acordo com os interesses de seus clientes, não pensamos se caracterizar como exceção à regra defendida.

Com efeito, a conduta processual do advogado evidentemente é reflexo do que o representado no processo perquire, podendo, portanto, ser absolutamente considerada como meio de formação fundamental do convencimento do juiz a depender da situação concreta56. Sob este aspecto, cabe relembra que GORLA57 escorreitamente já defendia, com fundamento no "*princípio da responsabilidade pela escolha do defensor*", a necessidade de o representado suportar as consequências em decorrência da atuação de seu advogado.

De tal modo, a partir destas provocações, seja a conduta processual da parte58, seja de seu advogado, este modo de agir ou omitir pode servir como *meio de prova*.

## 5.Considerações Finais.

Diante do quanto exposto, esperamos que tenhamos despertado atenção quanto à importância e relevância do tema, que há décadas é debatido entre processualistas de indubitável envergadura, mas ainda pouco explorado pelos operadores do direito, seja por desconfiança ou insegurança. Com efeito, o que observamos na prática, limita-se, de fato, as hipóteses em que o Legislador tomou para si a responsabilidade e positivou as situações

55 Chamamos atenção da imprescindibilidade do juiz fundamentar de forma concatenada e robusta o seu convencimento, isto porque é necessário que os jurisdicionados compreendam os motivos que levaram o julgador a considerar a sua conduta processual como meio de prova a formar seu convencimento final.

56 Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.* P. 418; e RIGHI, Ivan Ordini. *Op. Cit.* P. 6/7.

57 GORLA, Gino. *Op. Cit.* P. 30. No mesmo sentido, CALAMANDREI sabiamente afirmava: "*O cliente não sabe que, muitas vezes, depois da vitória, deveria abraçar comovido não o seu advogado, mas, sim, o defensor da parte contrária*" (CALAMANDREI, Piero. *Elogio Dei Giudici Scritto da un Avvocato*. 4. ed. Firenze: Le Monnier-Firenze. 1959).

58 Esta conduta não pode ser considerada como qualquer atitude da parte ou de seu advogado, como, a título exemplificativo, a ausência de cumprimentos socialmente recomendáveis, como relembra RIGHI: "*Não, porém, a elegância no trato ou a falta de educação, a simpatia ou a antipatia, etc. - neste sentido, nem o pior comportamento possível justifica a sentença desfavorável*" (RIGHI, Ivan Ordini. *Op. Cit.* P. 4).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

em que a conduta processual pode ser considerada *per si* como meio de prova para convencimento do juiz que bastará fundamentar nesse sentido através da presunção de veracidade. Defendemos a admissibilidade de ir além.

Propusemos, como premissa fundamental, a necessidade de se abandonar a utópica noção de que as provas servem para reconstrução de fatos ocorridos no passado ou, ainda mais ingenuamente, para se descobrir a verdade do que ocorreu. Isto é impossível.

A nosso ver, como dito, a prova serve como elemento de argumentação e retórica empregado pela parte litigante para *convencer* o Juiz da *probabilidade de veracidade* quanto às afirmações fáticas realizadas e controvertidas. Apenas para isto.

Na medida em que a finalidade da prova é esta demonstração de probabilidade, buscamos suscitar e demonstrar que o CPC impôs aos sujeitos processuais (partes, advogados e terceiros) um dever de colaboração e lealdade processual para elucidação dos fatos controvertidos trazidos ao Poder Judiciário. Ressalta-se, trata-se de um *dever* e, assim sendo, não há outra escolha senão o *cumprimento de tal ordem*, sob pena de arcar com a *responsabilidade* desta conduta.

A partir de tal constatação, objetivamos destacar algumas situações em que a conduta processual das partes influi diretamente no convencimento do julgador – a partir de uma presunção de veracidade. Mas não paramos por aí. Necessário, a nosso ver, o entendimento de que a conduta processual das partes ou de seus advogados possa ser considerada como *meio de convencimento* dos juízes e não como elemento indiciário.

Antes de ingressarmos em tal seara, mostramos a impossibilidade de limitação à valoração probatória da conduta processual das partes, seja *(i)* pela adoção no Brasil do sistema de livre convencimento motivado; *(ii)* pelo fato de a conduta processual enquadrar-se, sem dúvidas, nos pressupostos trazidos pelo art. 369 do CPC; ou ainda *(iii)* pela *obrigatoriedade* dos sujeitos processuais agirem de acordo com a boa-fé; e lealdade e cooperação processual, sob pena de serem responsabilizados em caso de violação.

A partir da elucidação destes pontos, finalmente, chegou-se ao cerne da questão, qual seja, a admissibilidade de considerar a conduta processual das partes como *meio de prova* e deixar de lado, destarte, a noção de que apenas pode servir como *prova indiciária*. Afinal, não é difícil pensarmos em hipóteses, nas quais a conduta processual é a melhor das provas para fundamentar o convencimento do juiz; e, uma vez inexistindo vedação legal, não vislumbramos razão para a proibição ou crítica de que pode servir como *meio de prova*. Afinal, se o Legislador positivou algumas hipóteses (não taxativas) e não vedou, por qual razão não avançar?

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Além do mais, destacamos que na produção da prova oral, por meio da conduta processual da parte, o magistrado pode extrair elementos de suma importância para seu convencimento, como, por exemplo – mas não limitado, a imprecisões de certa forma ordinárias e irrelevantes59, nervosismo exacerbado, desvio de olhares ou procura desesperada por auxílio de advogados.

De tal modo, a conclusão de que a conduta processual da parte *per si* pode ser considerada como *meio de prova* não encontra obstáculo legal, tampouco jurisprudencial, nos deparamos, porém, com nítida divergência doutrinária, como destacado no decorrer deste trabalho.

Portanto, por meio das provocações trazidas, esperamos ter contribuído para o entendimento minoritário de que *a conduta processual das partes* possa ser considerada como *meio de prova*; e contrapor alguns pontos do posicionamento contrário e predominante. O único fato incontroverso é a necessidade de nos aprofundarmos na matéria. Afinal, em seara processual "*não há outra matéria que reflita melhor o movimento político, social e cultural do mundo contemporâneo*"60 quanto as discussões e provocações atinentes à matéria probatória. Aguardemos, portanto, maiores discussões a respeito deste nada novo tema.

**BIBLIOGRAFIA**

AHRENDS, Ney Gama. *Comportamento Processual da Parte Como Prova*. In: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS. Ano III, mar/1976. P. 74/79.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Dogmática Jurídica e o Novo Código de Processo Civil*. In: Revista de Processo. Vol. 1/1976, jan.-mar./1976.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 5ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019.

CALAMANDREI, Piero. *Verità e Verosimiglianza Nel Processo Civile*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam. 1955.

59 Muito comum, em depoimento pessoal, a parte depoente narrar detalhadamente as questões atinentes ao(s) fato(s) controvertido(s), que levaria a crer que aquele período de tempo foi marcante em sua vida ou que teria boa memória, mas não conseguir responder perguntas básicas e rotineiras da mesma época ou de período de tempo mais recente.

60 DENTI, Vittorio. *Estudios de Derecho Probatorio*. Trad. Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: EJEA. 1974. P. 155.

_____. *Elogio Dei Giudici Scritto da un Avvocato*. 4. ed. Firenze: Le Monnier-Firenze. 1959.

CAMBI, Eduardo. *Conduta Processual das Partes (e de seus Procuradores) Como Meio de Prova e a Teoria Narrativista Do Direito*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html. Acesso em: 14 jan. 2014.

CAPPELLETI, Mauro. *La Oralidad Y Las Pruebas En El Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1972.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: EJEA. 1971.

COUTURE, Eduardo J. *El Deber de las Partes de Decir La Verdad.* In: *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Tomo III. Buenos Aires: Depalma. 1979.

DENTI, Vittorio. *Estudios de Derecho Probatorio*. Trad. Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: EJEA. 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

_____. *Os Efeitos do Recurso*. In: Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 10.352/2001. Nelson Nery Jr. et. al. [coord.]. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros. 2018.

Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4. Acesso em 22.09.2020

FAVARETTO, Isolde. *Comportamento Processual das Partes Como Meio de Prova*. Porto Alegre: Livraria Acadêmica. 1993.

FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

FURNO, Carlo. *Teoria De La Prueba Legal*. Trad. Sergio Gonzales Collado. Madrid: *Revista de Derecho Privado*. 1954.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*. São Paulo: Saraiva. 1996.

GADAMER, HansGeorg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Trad. Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes. 1998.

GAIO, Institutas. *Apêndice da obra de Tucci e Azevedo, Lições de História do Processo Civil Romano*.

GORLA, Gino. *Comportamento Processuale Delle Parti e Convincimento Del Giudice.* In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. XII, parte II. Padova: CEDAM. 1935.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile: principi.* Vol. 1. 5. ed. Milano: Giuffrè. 1992.

LOPES, João Batista. *A Prova No Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

_____. *"Antigas Novidades" do Novo CPC*. In: Revista de Processo. Vol. 287/2019, jan/2019. P. 487/505.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT. 2000.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5ª Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *A Prova das Intenções no Processo Civil*. In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 4, Out/2001.

MITIDIEIRO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

OLIVEIRA, Cristiane Lommez de; pinto, Laélia Maria. *Importância Do Rigor Técnico-Científico Dos Exames De DNA: relato de casos*. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Import%c3%a2ncia%20do%20rigor%20t%c3%a9cnico-cient%c3%adfico%20dos%20exames%20de%20DNA.pdf. Acesso em 22.11.2020.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998.

RIGHI, Ivan Ordini. *Eficácia Probatória do Comportamento das Partes*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Vol. 20. 1981.

SCARPARO, Eduardo. *Ethos e Comportamento Processual Como Prova no Processo Civil*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 273/2017, Nov./2017.

SICA, Heitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil.* 2. ed. São Paulo: Atlas. 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Ed. RT. 1998.

SEIXAS, Antônio Eduardo Reichmann. *Sucessão de Bens Situados em Território Nacional e a Competência Exclusiva do Juiz Brasileiro: do CPC/1973 ao CPC/2015*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 274. 2017.

SOUZA, Ionete de Magalhães. *A Certeza da Paternidade Através da Perícia Genética e a Efetividade do Acesso à Justiça: uma análise constitucional*. Florianópolis: Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador: Horácio Wanderlei Rodrigues. 2001.

VILLEY, Michael. *Réflexions Sur La Philosophie Et Le Droit: les carnets.* Paris: PUF. 1995.

TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos.* São Paulo: Marcial Pons. 2012.

THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento Processual Contraditório*. São Paulo: Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. Orientador: Professor Titular Dr. José Roberto dos Santos Bedaque. 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# A PROTEÇÃO E A REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO NO BRASIL

**RAIMUNDO SOUSA NETO:**
graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins.

**ANA PATRÍCIA RODRIGUES PIMENTEL**[61]

(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo analisa a regulamentação do trabalho infantil artístico no ordenamento jurídico brasileiro com o fim de verificar se é possível a sua autorização ante à proibição constitucional e como são resguardados os direitos protetivos à infância e juventude nesse caso. À luz de jurisprudências, discute se a competência para autorização do trabalho infantil pertence à justiça comum ou à justiça do trabalho. Este estudo teve como objetivo analisar a legislação e a jurisprudência direcionadas à temática. A pesquisa foi realizada por meio do método dedutivo, precipuamente pela análise bibliográfica e documental. Conclui que, em exceção à proibição ao trabalho infantil, é possível a autorização para o trabalho infantil artístico, que será dada individualmente pelo Juiz do Trabalho, responsável por determinar as condições em que esse labor ocorrerá, considerando a proteção da criança e seus direitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Proteção da criança e do adolescente. Relação de trabalho. Trabalho infantil artístico.

**ABSTRACT:** This article analyzes the regulation of artistic child labor in the brazilian legal system in order to verify whether its authorization is possible under the constitutional prohibition and how the protective rights to children and youth are safeguarded in this case. In the light of jurisprudence, it discusses whether the competence to authorize child labor belongs to the common justice or to the labor justice. This study aimed to analyze the legislation and jurisprudence directed to the theme. The research was carried out through the deductive method, mainly through the bibliographic and documentary analysis. It concludes that, with the exception of the prohibition on child labor, authorization for artistic child labor is possible, which will be given individually by the Labor

[61] Graduada em Direito pela Universidade Regional de Gurupi (2003). Especialista em Direito Tributário; Em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Em Direito Civil e Processo Civil, ambos pela Fundação Universidade do Tocantins – UNITINS. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Professora Adjunta, vinculada mediante concurso público a Universidade Federal do Tocantins – UFT. E-mail: ana.pr@uft.edu.br. ORCID ID https://orcide.org/000-0002-79225725. Endereço de correspondência: Quadra 208 Sul (ARSE 23), Alameda 01, Lote 07, Residencial das Artes, Apartamento 303 – B, CEP 77.020-558, Palmas – TO.

Judge, responsible for determining the conditions under which this work will take place, considering the protection of the child and its rights.

**KEYWORDS:** Artistic child labor; child and teenager protection; work relationship.

## 1.INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a delicada e complexa temática do trabalho infantil artístico e seu tratamento legal no direito brasileiro, uma vez que o trabalho infantil é expressamente proibido em diversos dispositivos da legislação pátria como medida de proteção à infância e à juventude, com vedação inclusive no texto constitucional.

O assunto tem sua relevância extraída do destaque dado à proteção da infância pela Constituição Federal e pela interpretação constitucional da Consolidação das Leis do Trabalho e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se opõem ao trabalho infantil ao entenderem a criança e o adolescente como sujeitos de direito dignos de maior atenção em virtude de sua condição peculiar como pessoas em desenvolvimento.

Ainda que seja a regra, a proibição não aparenta ser absoluta, dado que não é incomum ver crianças participando de campanhas publicitárias ou mesmo de telenovelas e demais trabalhos artísticos, o que leva ao questionamento: como é regulado o trabalho infantil artístico no ordenamento jurídico pátrio e resguardados os direitos protetivos à infância e à adolescência?

Para responder à questão faz-se necessário analisar as legislações e as jurisprudências aplicáveis ao trabalho infantil no meio artístico no Brasil, a fim de que se verifique como ocorre o processo de autorização para essa modalidade de trabalho e como é garantida a proteção à criança e ao adolescente inseridos nessa relação.

Em relação à metodologia adotada, o presente estudo baseou-se nas pesquisas bibliográfica e documental, voltado à leitura e análise de livros, revistas, artigos científicos, legislação, regulamentos e jurisprudências que abordassem o trabalho infantil e suas particularidades.

A respeito da espécie de pesquisa, no que tange aos objetivos, seu caráter é exploratório, visto que se direciona à obtenção e produção de conhecimentos acerca do tema. Quanto à abordagem, caracteriza-se como qualitativa, pois investiga os dados de modo subjetivo, sem se valer de dados quantificados ou estatísticas. Tem natureza básica, pois é orientada para aumentar o conhecimento científico acerca do trabalho infantil no âmbito das artes.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

No primeiro capítulo é trabalhado breve histórico sobre o trabalho infantil e o avanço de sua regulamentação no Brasil no decorrer dos anos, culminando na Constituição de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Discorre também a respeito da possibilidade de autorização do trabalho infantil artístico e de seu procedimento.

O segundo capítulo aborda a problemática concernente ao juízo competente para processar e julgar as autorizações do trabalho infantil, matéria que não é uniformizada entre os órgãos jurisdicionais brasileiros. São expostas as duas posições principais: defensores da competência da justiça comum e defensores da competência da justiça do trabalho.

No terceiro capítulo são desenvolvidos os mecanismos de proteção para as crianças e adolescentes na relação de trabalho, como a adequação do ambiente para a jornada de trabalho, a garantia dos direitos trabalhistas dos artistas mirins e o acompanhamento do contrato de trabalho pelas autoridades judiciárias.

## 2.O TRATAMENTO JURÍDICO DO TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO NO BRASIL

O trabalho infantil fez-se presente nas culturas e sociedades desde o início da história humana. Primeiro, no âmago familiar, sem qualquer diferenciação ou apreciação das características e peculiaridades da criança em relação aos membros adultos da família no desempenho das tarefas, como o cultivo de terras e a criação de animais. Após, com a modificação das relações mercantis e a migração dos trabalhadores do campo para a indústria, houve um crescimento massivo da utilização do trabalho infantil, que chegou a representar mais de um terço dos trabalhadores nas indústrias têxteis da Inglaterra no século XIX (TURTLE, 1999).

A indistinção entre o trabalho desempenhado por crianças e aquele operado por adultos perdurou em escala global até o advento da modernidade, quando, por motivos econômicos, sociais, filosóficos e religiosos foram editadas as primeiras medidas legais de proteção ao trabalho de menores, como o *Act for the preservation of Health and Moral of Apprendices employed in cotton and other mills*, datado de 1802, na Inglaterra. (SANTOS, 2006)

No Brasil, conforme explica Kassouf, o início do trabalho infantil deu-se por meio da escravidão, em razão dos filhos dos escravos os acompanharem nas atividades desempenhadas por eles, ainda que, por vezes, essas atividades extrapolassem a capacidade física. Mesmo com o fim da escravidão, o trabalho infantil perdurou através de seu emprego na indústria brasileira, especialmente em função da condição econômica precária que afetava muitas famílias.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Tão-somente no ano de 1927 é sancionada a primeira lei com o intuito de proteger a infância e a juventude nas terras brasileiras, com o Código de Menores. Sua edição decorreu de um movimento protecionista aos menores, com o progresso da legislação trabalhista ao redor do mundo rumo à proteção dos direitos humanos da criança e a consequente busca da erradicação do trabalho infantil (BRASIL, 1927).

O Código de 1927 foi o primeiro no ordenamento jurídico pátrio a definir uma idade mínima para desempenho do trabalho, estabelecendo a idade de 12 anos para qualquer espécie de trabalho, a idade de 16 anos para o labor em minas de subsolo e o mínimo de 18 anos para aqueles perigosos, insalubres ou noturnos. Estabeleceu também garantias de intervalos para descanso, frequência escolar e avaliações médicas (ANTONIASSI, 2008).

Adveio, então, a Constituição de 1934, que proibiu que adolescentes menores de 14 anos trabalhassem, bem como o trabalho noturno aos menores de 16 anos e permitiu o trabalho insalubre apenas para aqueles com mais de 18 anos (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1946, em acréscimo às suas antecessoras, vedou o trabalho noturno e insalubre às crianças e adolescentes com menos de 18 anos. No entanto, permitiu a flexibilização judicial dessa proibição, conforme as necessidades concretas do trabalhador envolvido (BRASIL, 1946).

Por meio da Constituição de 1967, outorgada no curso da Ditadura Militar de 1964, a idade mínima para laborar voltou a ser de 12 anos. Em 1979 foi aprovado o novo Código de Menores, que não trouxe grandes novidades para a proteção da criança e do adolescente (BRASIL, 1967).

Já em 1988, com a promulgação da chamada "Constituição Cidadã", foi adotada a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente como direito social, o que garantiu com absoluta prioridade seus direitos fundamentais. Essa proteção culminou na Emenda Constitucional nº 20/98, que proibiu o trabalho para aqueles com idade inferior a 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos (BRASIL, 1988).

A Lei nº 8.069/90 instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dotado da nova roupagem constitucional e do princípio da proteção integral em seus institutos.

Verifica-se, então, com base no ordenamento jurídico brasileiro, que a proibição do trabalho infantil é a regra adotada. Mesmo com as proibições legais, é notável a participação de crianças no mercado de trabalho nas mais variadas formas: espetáculos de circo; apresentações musicais; campanhas publicitárias; atuando em teatros; gravações de filmes, novelas; dentre outras relações de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A atividade artística profissional, por mais que não seja realizada necessariamente com fins lucrativos, ainda assim é configurada como um trabalho. Apesar disso, não é elencada qualquer ressalva ou exceção à proibição ao trabalho infantil pela Constituição Federal que permita o exercício do trabalho artístico. Assim como na CRFB/88, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Consolidação das Leis do Trabalho não abordam exceções à proibição do trabalho aos menores de 14 anos.

Ainda que o trabalho exercido por crianças seja proibido, o labor infantil ainda ocorre nessas atividades consideradas artísticas, sem qualquer oposição do Estado. Isto ocorre em função da Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho que, em seu art. 8º, permite em caráter excepcional, mediante autorização individual, a exceção para a proibição do trabalho infantil no meio artístico (OIT, 1973).

Essa autorização é dada pelo Poder Judiciário, que concede alvará judicial considerando o caso concreto, com especificações e limitações acerca da atuação da criança no ambiente de trabalho. Conforme se nota no voto da Desembargadora Federal do Trabalho Anelia Li Chum, relatora do processo nº 00980.2009.382.02.00-1, que tramitou perante TRT da 2ª Região, o alvará pode ser revogado no caso da violação de alguma de suas cláusulas (BRASIL, 2010).

Quando da concessão do alvará, ressalta-se a necessária observância dos critérios estabelecidos no §1º do art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como a existência de instalações adequadas, a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes e a observância dos princípios de proteção aos infantes (BRASIL, 1990).

Pelo que se depreende do julgamento do Recurso Ordinário nº 0021701-09.2014.5.04.0028, do TRT da 4ª Região, o alvará judicial concedido ao trabalhador mirim tem caráter específico, com objeto delimitado para cada contrato de trabalho a ser celebrado (BRASIL, 2015).

O caráter específico de cada alvará é confirmado em análise à Apelação de nº 0194826-82.2016.8.09.0052, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que questiona sentença que delimitou os horários de atuação, os critérios para que seja permitido o trabalho, a proibição do exercício em atividades insalubres, de má fama ou perigosos, bem como a exigência de acompanhamento por um responsável legal (BRASIL, 2018).

O trabalho infantil artístico, portanto, só poderá ser exercido em caráter excepcional e de modo individualizado e específico, sendo indispensável a apreciação judicial da situação, mesmo que as atividades que serão desenvolvidas possuam caráter esporádico ou temporário, limitando-se a eventos pontuais. Isso ocorre em razão da proteção

direcionada ao trabalho infantil, conforme exarado na argumentação da Reclamação nº 19164 MC/STF (BRASIL, 2016).

Em consideração à especificidade de cada alvará, é fundamental a fiscalização de seu cumprimento. Destaca-se a atuação do Ministério Público do Trabalho - MPT, por meio da COORDINFÂNCIA, coordenadoria responsável pelo combate ao trabalho infantil. Nos autos acima citados, é comum a participação do MPT por meio da propositura de Ações Civis Públicas e Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) em face das empresas que empregam as crianças, com o fim de coibir violações e lograr a revogação dos alvarás desrespeitados (MATOS, 2015).

Matos (2015) aponta que o MPT, em relação ao trabalho infantil, desenvolve suas atividades por linhas de atuação, com dimensões preventivas, repressivas e pedagógicas. Na linha pedagógica, o Parquet providencia a inserção ou o retorno da criança às atividades escolares.

A respeito das linhas preventiva e repressiva, Perez (2006) expõe que o MPT de forma preventiva investiga eventuais explorações de trabalhadores infantis, decorrentes de denúncias ou de investigação própria. Já em sua abordagem repressiva, há a instauração de inquéritos civis, ajuizamento de ações civis públicas e direcionamento aos Ministérios Públicos no âmbito estadual e federal, de modo a responsabilizar os ilícitos na seara penal.

Notável a presença de ambas as linhas de atuação no bojo do Recurso de Revista nº 882-56.2015.5.02.0033, de relatoria do Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. No caso, o MPT verificou o envolvimento de um artista mirim em shows noturnos sem o acompanhamento dos pais ou responsáveis, bem como o uso de músicas inadequadas à faixa etária durante a apresentação, o que levou ao requerimento de tutela preventiva inibitória, as respectivas astreintes e indenização por dano moral coletivo (BRASIL, 2019).

Ainda no citado Recurso de Revista, assevera-se o papel que o juiz detém de avaliar a possibilidade danosa que a relação de trabalho terá ao desenvolvimento do menor quando da concessão do alvará. O magistrado deverá sempre assegurar, diante da relação de trabalho, a integridade física e moral das crianças e adolescentes.

Segundo o artigo 227 da Constituição Federal, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, direito à vida, à saúde, à alimentação, lazer, dignidade, profissionalização, dentre outros.

Os princípios, como a prioridade absoluta e a proteção integral, devem ser ponderados também pelo juiz responsável por autorizar o trabalho infantil na modalidade

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

artística, de modo a estabelecer limites que respeitem a condição peculiar da criança e do adolescente e assegurem o cumprimento das condições gerais impostas por lei.

Observa-se, portanto, que a Convenção nº 138 da OIT trouxe uma notável exceção para a proibição do labor infantil consignada no texto constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que em caráter de excepcionalidade. De modo que o trabalho infantil adquiriu nova roupagem no contexto legal brasileiro, partindo da absoluta proibição àqueles que não atuavam como aprendizes para a permissão judicial após análise do caso concreto.

Conforme advogam Feliciano e Pessoa (2016), muitas dessas autorizações foram conduzidas sem o devido cuidado e exame do interesse da criança e do adolescente, o que conduz à indagação do juízo competente para autorizar essa relação de trabalho, pois este deve ponderar a situação específica de cada relação trabalhista para a concessão da autorização.

Surge, assim, a divergência sobre se a competência para autorizar e discutir as relações de trabalho envolvendo crianças, bem como os conflitos delas decorrentes, pertence ao Juízo da Infância e da Juventude ou ao Juízo do Trabalho.

## 3.A AUTORIZAÇÃO PARA O TRABALHO DO ARTISTA MIRIM E A SUA COMPETÊNCIA

A controvérsia acerca da competência judicial para autorizar, bem como para processar e julgar as relações de trabalho infantil artístico é debatida nos tribunais pátrios e nos espaços acadêmicos, em especial porque não há definição legislativa exata de que juízo deve apreciar tais questões, de modo que a interpretação é dada a partir dos dispositivos do ECA e da Carta Constitucional.

Em discussão sobre o órgão competente para autorizar o trabalho artístico, Arruda, Correa e Oliva (2015) defendem ser do Juiz do Trabalho a competência para tanto, em virtude do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, responsável por dar maior amplitude à atuação e competência da Justiça do Trabalho.

Antes da edição da Emenda nº 45/2004, a Justiça do Trabalho cuidava tão-somente de regular as relações trabalhistas em sentido estrito, a saber, as relações de emprego, com o preenchimento dos requisitos elencados pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A partir de então, ocorreu a expansão de sua competência para abranger as relações de trabalho em sentido amplo e os dissídios delas decorrentes, como é o caso do processamento e julgamento dos movimentos paredistas, que antes não eram contemplados pela jurisdição trabalhista.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Com a alteração promovida pela emenda, ficou previsto no artigo 114, I, da CRFB/88, ser da competência da justiça trabalhista processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, em sentido amplo. Para os defensores da posição que a autorização deve ser concedida pelo Juízo do Trabalho, a expansão advinda da EC nº 45/2004 teve grande impacto positivo, dado que franqueou à justiça especializada uma maior abrangência (BRASIL, 1988).

Nessa linha de raciocínio, Feliciano e Pessoa (2016) citam a tese aprovada no XIII Congresso Nacional de Magistrados do Trabalho (CONAT) que, com participação de 913 magistrados trabalhistas no Brasil, asseverou ser a autoridade competente para apreciar os pedidos de autorização para o trabalho artístico de crianças e adolescentes o Juiz do Trabalho.

Defendem, então, que a autorização dada pela jurisdição trabalhista foi construída e consolidada no curso do tempo por meio da interação entre diversas instituições, como os Ministérios Públicos e as Varas Trabalhistas.

Filiado ao entendimento de ser competente a jurisdição trabalhista, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região editou o Ato GP nº 19/2013 e o Provimento GP/CR nº 07/2014. Segundo essas regulamentações, ficaria instituída na Justiça do Trabalho da região uma vara específica para decidir os processos de alvarás e os procedimentos que deveria adotar, como a remessa dos pedidos ao Ministério Público do Trabalho (BRASIL, 2014).

Além do TRT2, outros tribunais regionais comungavam dessa visão, como é o caso do Ministério Público – MP e Ministério Público do Trabalho - MPT do Mato Grosso, TRT5 e do Ministério Público de São Paulo, signatários da Recomendação Conjunta nº 1/2014, que direciona a propositura das ações que objetivam a autorização para o trabalho infantil artístico na seara trabalhista. No entanto, após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5326, os regulamentos administrativos que regulavam o recebimento dos pedidos pela Justiça do Trabalho foram revogados (BRASIL, 2018).

É levantada também a posição de a competência pertencer ao Juízo da Infância e Juventude, visto que, para alguns autores, a autorização para o trabalho não estaria compreendida no conceito de relação de trabalho, mas cuidaria da fase imediatamente anterior, o que confirmaria a competência da justiça comum para a expedição de alvará.

Assim como a competência para autorização para participação em eventos é da justiça comum, Vilela (2015) informa que a concessão do alvará será realizada pelo Juiz da Infância e Juventude, o que faz baseada na interpretação conjunta dos artigos 146 e 149

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

do ECA e entendendo a concessão de alvarás como requerimento de jurisdição voluntária, portanto, objeto da justiça comum.

O art. 146 do ECA define o Juiz da Infância e da Juventude como a autoridade responsável para realizar as autorizações e concessões previstas na lei. Por sua vez, o art. 149 versa sobre a autorização dada para criança ou o adolescente participarem de eventos artísticos, esportivos, espetáculos públicos e certames de beleza (BRASIL, 1990).

O Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência nº 110378, entendeu ser da competência da justiça comum processar e julgar os pedidos de autorização para menores de idade trabalharem em festas, eventos e espetáculos, justamente por interpretar ser procedimento especial de jurisdição voluntária, sem vislumbre de caráter trabalhista no pedido (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, a ADI 5326, de relatoria do ministro Marco Aurélio, definiu que a competência para autorizar a participação da criança e do adolescente em eventos artísticos pertence à Justiça da Infância e Juventude, pois a controvérsia ainda não envolveria uma relação de trabalho, mas estaria no campo da jurisdição voluntária. Essa participação não se confunde com a concessão do alvará, que marca o início da relação trabalhista, sobretudo no que concerne aos objetivos de cada um dos institutos jurídicos (BRASIL, 2018).

Os defensores filiados a essa posição, também baseados nos artigos supracitados, sustentam que o alvará é a condição para a relação de trabalho ter início, de modo que, por ainda não estar configurada a relação, a competência trabalhista para o feito não é aplicada. Nessa linha, a Justiça do Trabalho só começaria a regular a relação a partir do início do trabalho do infante, após a emissão do alvará na justiça comum (VILELA, 2015).

Em contrapartida, os defensores da competência da jurisdição trabalhista sustentam que, por ser o juiz do trabalho o responsável por regular todos os dissídios da relação de trabalho, deve poder também expedir o alvará para permitir o ingresso da criança ou do adolescente nessas relações (VILELA, 2015).

No Recurso de Revista nº 882-56.2015.5.02.0033, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a competência trabalhista para apreciar as questões relativas ao trabalho infantil artístico posteriores à autorização, em consonância com o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2019).

Ainda no Recurso de Revista supracitado restou consignado que a autorização dada pela justiça comum diz respeito à entrada, permanência e participação de eventos de cunho artístico, diferentes da autorização para a prática de um trabalho. Essa questão

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

também foi levantada no voto da ministra Rosa Weber na ADI 5326, que foi vencido (BRASIL, 2018).

Na oportunidade, a ministra defendeu a distinção entre a participação em eventos artísticos e o efetivo trabalho da criança, decorrente de uma contratação ou da tomada de serviços:

> Em outras palavras: não se revestindo o trabalho infantil de essência lúdica, própria das atividades artísticas educacionais ou recreativas, em que a criança ou adolescente é protagonista, revestindo-se, sim, de caráter subordinado e econômico, em que a atuação artística é coordenada por um terceiro que explora economicamente tal atividade, inafastável concluir pela existência ao menos de uma relação de trabalho, na qual a força de trabalho da criança ou adolescente, desempenhada em favor de outrem, se insere na esfera produtiva desse.
>
> Essa relação de trabalho artístico infantojuvenil não guarda semelhança com as relações depreendidas do artigo 149 do ECA, referindo-se, sim, à relação entre trabalhador e tomador dos serviços ou entre empregado e empregador (BRASIL, 2018, p. 55)

Sustentou em seu voto que a autorização para o infante laborar deveria ser dada na seara trabalhista, fundamentada no art. 114 da Lei Fundamental, e que as participações em eventos cabiam à justiça comum, no entendimento do art. 149 do ECA.

Nota-se a imperiosa necessidade de distinção entre os requerimentos direcionados ao Judiciário. Pois, já que a autorização para que as crianças participem de eventos artísticos e a autorização para o labor possuem objetos jurídicos distintos, também devem ter sua definição de competência apreciada de modo distinto.

Em relação à participação do infante em eventos de caráter artístico, esportivo e certames de beleza, resta nítido que a competência é definida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seus instrumentos. Quanto à concessão de alvará individualizado que permita o ingresso na relação de trabalho, há a divergência exposta, com argumentos consistentes em ambas as posições.

Resta consignar que, apesar do entendimento firmado pelo STF na ADI 5326, a questão da competência para autorizar as crianças vinculadas a essa exceção ao trabalho

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

infantil não foi encerrada, vez que o julgado referiu-se precipuamente à participação nos eventos artísticos, conforme estabelecido pelo ECA (BRASIL, 2018).

Pelo histórico firmado nas decisões judiciais e políticas institucionais dos órgãos públicos responsáveis por fiscalizar as relações trabalhistas, a interpretação acerca da competência tem mais robustez para apontar o Juiz do Trabalho como a autoridade adequada para a concessão de alvarás, dado que poderá fiscalizar e acompanhar a delicada relação de trabalho desde seu início.

## 4.A PROTEÇÃO DA CRIANÇA FRENTE À RELAÇÃO DE TRABALHO

Uma vez autorizada a relação de trabalho infantil artístico, os princípios, como a prioridade absoluta e a proteção integral, devem ser ponderados de modo firme pelo juiz responsável pela autorização, para estabelecer limites que respeitem a condição peculiar da criança e do adolescente e assegurem o cumprimento das condições gerais impostas pela lei.

Marques (2009) advoga pela permissão do trabalho infantil artístico com claras limitações, em obediência ao princípio da proteção integral e da prioridade absoluta dos interesses da criança e do adolescente. Para o autor, o caráter sociocultural e artístico da atividade laboral deve ser acentuado na relação de trabalho, com o fim de contribuir com a formação pessoal do trabalhador mirim. Pondera também que a permissão deve ser encarada como uma exceção, não como regra.

Essa discussão é de grande importância, especialmente em virtude do respeito ao estágio de desenvolvimento em que os artistas mirins estão integrados e a proteção especial que o texto constitucional concedeu aos menores. Alkimin e Nascimento (2018) abordam o cuidado necessário em virtude da exposição das crianças nesse contexto em situações estressantes, que podem comprometer sua infância e juventude por ocuparem o lugar que deveria ser destinado aos estudos e ao lazer.

O trabalho infantil, caso não seja devidamente fiscalizado e adequado às necessidades especiais desses humanos em situação de desenvolvimento, pode ter graves consequências na formação psicológica, física, motora, emocional e social dos trabalhadores mirins. Para Antoniassi (2008, p. 127), "a rigidez da disciplina, o constante receio de ser repreendida pelo empregador e a privação do convívio com pessoas de igual idade geram um desequilíbrio psicológico na criança que dificilmente se resolverá na idade adulta".

Tratando-se de crianças e adolescentes, deve-se observar a construção da jornada de trabalho considerando o período de estudos, a estipulação de carga horária reduzida,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

flexibilização dos horários de trabalho e condições especiais para seu exercício, com o fim de que a ocupação não lhes seja prejudicial (ANTONIASSI, 2008).

Os alvarás concedidos, nesse sentido, devem usar de medidas de proteção como limitar o trabalho noturno a uma quantidade reduzida de horas, a depender da idade do trabalhador; não expor os menores a riscos de acidentes ou a manobras perigosas; determinar a obrigatoriedade de matrícula e frequência em uma instituição de ensino; restringir o conteúdo das apresentações à faixa etária adequada (BRASIL, 2018).

Júnior e Loiola (2018) discorrem sobre a defesa dada aos trabalhadores menores de dezoito anos pela CLT ao estipular as condições, turnos, contratos de aprendizagem e outros parâmetros com relação a seu trabalho.

Em sua pesquisa, os autores analisam a atuação do Ministério Público do Estado do Ceará em ação civil pública que objetivava a proibição do adolescente conhecido como Mc Pedrinho realizar apresentações musicais, diante do teor do trabalho desenvolvido nos shows, que feriam os princípios trazidos no ECA ao trazerem conotação sexual, erotismo e vulgaridades incompatíveis com a idade do menor (JUNIOR e LOILOLA, 2018).

Na decisão liminar prolatada no caso, foi considerado o teor prejudicial do trabalho desempenhado pelo Mc Pedrinho, listado como uma das piores formas de trabalho infantil, conforme o Decreto 6.481/2008. Diante disso, em defesa ao adolescente, acolheu a pretensão ministerial e proibiu aquelas apresentações (JUNIOR e LOILOLA, 2018).

Observa-se, pois, que o trabalho artístico deve ser compatível com as disposições direcionadas à preservação da dignidade da criança, suas necessidades pedagógicas, sua segurança e saúde e com as restrições impostas por lei. Caso isso seja desrespeitado, torna-se necessária a intervenção de órgãos como o Ministério Público e o Conselho Tutelar, analisando as ações possíveis em cada caso.

Cabe ao Ministério Público, como guardião da ordem jurídica, a fiscalização e acompanhamento das autorizações judiciais para assegurar seu cumprimento e evitar os danos ocorridos com eventuais violações.

Neto e Marques (2013) propõem a atuação dos Ministérios Públicos dos Estados e do Ministério Público do Trabalho de modo conjunto, para que seja alcançada a responsabilização civil e criminal dos responsáveis pela criança e a responsabilização trabalhista e civil dos beneficiários do trabalho artístico procedido em desconformidade com os alvarás.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Cuidando da defesa na jornada de trabalho, a Convenção 138 da OIT estabelece, no item 2 do artigo 8º, que as permissões concedidas para o trabalho infantil artístico limitarão o número de horas das funções autorizadas, bem como prescreverão as condições em que o labor poderá ser realizado (OIT, 1973).

Ressalta-se que as condições serão estabelecidas de acordo com cada situação concreta, com o intuito de adequar-se às necessidades e peculiaridades específicas. É o caso da Apelação Cível nº 0194826-82.2016.8.09.0052, que tramitou perante o Tribunal de Justiça do Estado do Goiás (BRASIL, 2018).

No recurso, em reforma à sentença de primeiro grau, o tribunal entendeu ser possível que o adolescente cuja jornada de trabalho estava sendo discutida realizasse apresentações musicais até o início da madrugada, mas manteve a obrigatoriedade de estar acompanhado de um dos genitores, que havia sido estabelecida na sentença. Ademais, confirmou a limitação de dois shows por semana, com o máximo de quatro horas de duração, e a vedação de apresentações em locais insalubres, perigosos ou de má-fama (BRASIL, 2018).

Consoante demonstrado no feito acima, o inicialmente determinado nos alvarás pode ser revisto à luz de novos fatos, vantagens ou se verificada uma menor prejudicialidade para os infantes incluídos. Tanto na concessão quanto na revisão dos alvarás, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral têm de orientar a decisão judicial, propriamente fundamentada.

Baldi, Carvalho e Chinelato (2020, p. 56), abordando o assunto, aduz que o trabalho infantil artístico "deve ser norteado por todos os instrumentos e fundamentos de proteção, dado que a finalidade primordial, ao contratar crianças e adolescentes em fase de desenvolvimento, deve ser a proteção integral.".

A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente é a adotada pelo direito brasileiro e manifesta na carta fundamental de 1988 e no ECA, que os considera dignos de proteção especial em virtude da necessidade de assegurar seu desenvolvimento físico, psíquico, mental e social.

Essa é uma doutrina basilar, nomeadamente devido ao estado da criança como pessoa em desenvolvimento, com uma vulnerabilidade maior e uma maturidade menor que os adultos, um ser em estágio de formação do seu caráter, personalidade e de seu perfil social, além dos limitadores físicos, dado que estão desenvolvendo seu corpo e crescendo em suas capacidades em diversas áreas.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Antoniassi (2008) define a doutrina da proteção integral como um sistema de concessões à criança, que é vista como sujeito de direitos e não como mero objeto de intervenção jurídica. As concessões, segundo ela, são necessárias para a fruição de seus direitos originários e fundamentais.

Sem essas concessões, os artistas mirins são expostos a sérios riscos na sua relação de trabalho. Tanto aos riscos de consequências à sua formação e desenvolvimento, quanto riscos à garantia de seus direitos trabalhistas, assim como aqueles que decorrem diretamente da situação laboral em que participam.

Os riscos podem advir, por exemplo, dos ambientes em que ocorre o trabalho e do período prolongado de tempo que se toma dos artistas infantis. Como discorre Cavalcante (2012), essas situações são capazes de afetar a saúde, o desenvolvimento biopsicossocial e o aproveitamento escolar das crianças e adolescentes.

Os ambientes em que ocorrerá o desempenho das funções precisam ser adequados para preservar a saúde e a segurança dos menores, fornecendo todos os subsídios necessários para que as atividades não sejam nocivas à sua formação.

O art. 149, §1º, alínea "e" do ECA, prevê que o ambiente será adequado à participação e frequência de crianças e adolescentes. Esta é uma disposição direcionada à participação em eventos, mas certamente é aplicável no caso de atividades profissionais, com um peso ainda maior (BRASIL, 1990).

Faz-se necessária a observância de garantias voltadas à proteção dos artistas mirins em seus contextos de trabalho, em respeito aos princípios consolidados no texto constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo o artigo 227 da Constituição Federal, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, direito à vida, à saúde, à alimentação, lazer, dignidade, profissionalização, dentre outros (BRASIL, 1988).

Essa sistemática de coobrigação entre a família, a sociedade e o Estado será direcionada também à relação de trabalho em que está inserida a criança, para que esses direitos sejam observados, como é o caso do próprio direito à profissionalização, atestado no texto constitucional e sopesado com os demais direitos fundamentais.

Além das proteções relacionadas ao contexto de trabalho propriamente dito, é imperioso que a relação de trabalho infantil artístico assegure a observância de todos os direitos trabalhistas e previdenciários que dela decorrem, como o pagamento de adicional

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

noturno e a indenização pelas horas extras, a contribuição para a seguridade social, dentre outros (BRASIL, 1943).

Quanto à relação de emprego, caracterizada pelos requisitos da subordinação, habitualidade, onerosidade e pessoalidade, previstos no art. 3º da CLT, é necessária ainda mais atenção à adequação das singularidades dos artistas infantis aos direitos dos empregados (BRASIL, 1943).

Um desses direitos é o de férias proporcionais, que preferencialmente devem ser concedidas no mesmo período das férias escolares. Há, além disso, a emissão de Carteira de Trabalho e Previdência Social e sua assinatura, o 13º salário, o seguro-desemprego e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), prerrogativas dos empregados, independentemente de sua idade (BRASIL, 1943).

Apesar de esse vínculo ter um caráter especial em comparação às demais relações trabalhistas em razão de ter uma criança envolvida, digna de tutela especial do Estado, ainda versará sobre um contrato de trabalho. É, pois, uma relação entre um contratante e um contratado, um tomador de serviços e um prestador deles, de modo que os direitos fruídos pelos trabalhadores comuns estendem-se aos artistas infantis nessa condição.

Todos os direitos trabalhistas do artista mirim devem ser observados e resguardados, principalmente pelo maior cuidado que deve ser dedicado a essa categoria de trabalhador. Nessa perspectiva ocorreu o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1428492 do Maranhão que, ao julgar fazer jus à pensão por morte menor sob guarda, corroborou a garantia dos direitos trabalhistas às crianças e adolescentes (BRASIL, 2018).

Em contrapartida à concessão dos direitos previdenciários, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) interpôs o Recurso Extraordinário nº 1225475 do Rio Grande do Sul, para que se reconheça que crianças e adolescentes não podem ser reconhecidos como segurados, pois a legislação previdenciária condiciona essa qualidade àqueles que têm idade igual ou superior a dezesseis anos (BRASIL, 2020).

No acórdão que rejeitou o pedido ficou definido que as normas de garantia do trabalhador não podem ser interpretadas em seu detrimento, como é o caso dos direitos previdenciários da criança e do adolescente que são autorizados a trabalhar. Antes, pelo entendimento do Supremo, deve ser aplicado à situação o princípio da universalidade de cobertura e do atendimento, que versa acerca da proteção de todas as pessoas pela Seguridade Social, de modo a abrigar a relação trabalhista infantil.

O entendimento firmado no julgado foi de notável relevância ao defender que normas protetivas não podem privar direitos, garantindo a extensão dos benefícios

previdenciários aos menores que estão inseridos em uma relação de trabalho, como a contagem de tempo de serviço para aposentadoria ou a concessão de auxílio-doença, por exemplo.

É suficiente, por conseguinte, que o trabalho infantil esteja de fato configurado para que sejam estendidas a esses trabalhadores as garantias constitucionais e legais costumeiras de qualquer outra forma de trabalho, independente de qualquer restrição de idade para os benefícios. Dado que, uma vez autorizados a laborar, necessitam da mesma salvaguarda jurídica aplicável ao regime empregatício comum.

Desse modo, são necessárias proteções para as crianças e adolescentes na determinação das circunstâncias de seu trabalho, no ambiente em que será exercido o labor e também nas consequências jurídicas decorrentes dessa relação, respeitados a dignidade da pessoa humana e resguardados os seus direitos.

As proteções serão observadas pelo juiz que conceder o alvará autorizando o trabalho infantil artístico, ao delimitar as atividades que poderão ser exercidas e o modo de seu exercício, em atenção à compatibilidade com a condição de cada criança e adolescente. Tais proteções também serão fiscalizadas pelos Ministérios Públicos, desde as condições determinadas no alvará e mesmo até seu cumprimento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme a dignidade da pessoa humana da criança e a sua condição peculiar de indivíduo em desenvolvimento passaram a ser reconhecidas em sociedade, foram tomadas providências para a proibição do trabalho infantil, previamente encarado como algo comum. Com as mudanças sociais, a proteção da criança e do adolescente logrou relevo a partir da criação de legislações voltadas a esse propósito.

Constata-se que não há nenhuma regulamentação específica que permita e oriente o trabalho infantil artístico no ordenamento jurídico pátrio. Antes, pela interpretação conjunta de dispositivos constitucionais, legais e de convenções internalizadas pelo Brasil, entende-se que é juridicamente possível sua autorização em caráter excepcional, como exceção à proibição ao trabalho infantil.

A autorização será dada por intermédio de alvará judicial, de forma individualizada e adequada a cada caso concreto, com a imposição de condições e limites ao exercício do trabalho pelo menor. O alvará que permitir o trabalho infantil artístico poderá ser revisto ou revogado a qualquer tempo, seja para adequar-se a uma nova situação, seja em razão de seu descumprimento.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A competência para processar e julgar o pedido de concessão do alvará, bem como para acompanhar o contrato de trabalho será da Justiça do Trabalho, ramo especializado da justiça destinado ao julgamento das causas trabalhistas. A definição de competência da jurisdição trabalhista tem caráter mais benéfico para os artistas mirins do que justiça comum, pois poderá conduzir a relação desde sua autorização até o eventual término, garantidora de maior segurança jurídica para eles.

Na expedição do alvará e em todo o período do labor serão considerados os princípios da proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente, de modo a conformar a jornada de trabalho às suas necessidades físicas, psíquicas e emocionais. Do mesmo modo, a proteção consistirá na garantia de todos os direitos trabalhistas e previdenciários oriundos da relação, dado que, como relação de trabalho que é, necessita da salvaguarda legal, em especial para assegurar a defesa da parte hipossuficiente. No caso, o trabalhador mirim.

Além do juiz, a família, a sociedade, o conselho tutelar e o Ministério Público têm a incumbência constitucional de promover a defesa dos direitos da criança e do adolescente, o que abrange a seara do trabalho infantil artístico. Por meio da atuação conjunta e coordenada de todos, a proteção será efetivamente promovida e quaisquer danos, mitigados.

**REFERÊNCIAS**

ANTONIASSI, Helga Maria Miranda. **O trabalho infantil no Brasil e a doutrina da proteção integra**l. Dissertação de Mestrado. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

ARRUDA, Kátia M.; CORRÊA, Lelio B.; OLIVA, José R. D. O Juiz do Trabalho e a Competência para autorizações do trabalho artístico de crianças e adolescentes. **Revista Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-18/competejustica-trabalho-autorizar-trabalho-artistico-infantil#author>. Acesso em: 30 out. 2020.

BALDI, Walter Amaro; CARVALHO, Gisele Primo; CHINELATO, Márcia Francisca Damiani. **A Proteção Constitucional e a Possibilidade do Trabalho Artístico Infantil Televiso Com Base na Doutrina da Proteção Integral**. Revista Ponto de Vista Jurídico, 2020. p. 46 - 60. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/2005/1142>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BARBOSA, Amanda Querino dos Santos.; SILVA, Guilherme Barbosa da. **Análise do trabalho artístico infantil sobre o viés do princípio da proteção integral e os ditames**

**constitucionais**. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/y0ii48h0/27tk8s9x/kA8az74P1ShhY4U1.pdf. Acesso em: 4 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Código dos Menores, 1927. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis Trabalhistas. Rio de Janeiro, 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3597.htm>. Acesso em: em 13 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4134.htm>. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Código de Menores. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. **Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1934**, de 16 de julho de 1934. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1946**, de 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1967**, de 24 de janeiro de 1967. Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5326**. Relator: Marco Aurélio, 27 de setembro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342702615&ext=.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 110378**. Relator: Benedito Gonçalves, 16 de setembro de 2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=12063983&tipo_documento=documento&num_registro=201000197558&data=20100923&formato=PDF>. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1428492 MA**. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho, 13 de março de 2018. Disponível em: <http://portaljustica.com.br/acordao/2104254>. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 19164 MC/STF**. Relatora: Rosa Weber, 30 de junho de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309860536&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1225475 RS**. Relator: Ricardo Lewandowski, 21 de dezembro de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345569011&ext=.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Goiás. **Apelação nº 0194826-82.2016.8.09.0052**. Apelação cível. Alvará judicial. Apresentação artística. Período noturno. Adolescente. Possibilidade. Condições. Preservação da integridade física e moral do menor. Necessidade. Honorários advocatícios recursais. Jurisdição voluntária. Descabimento. Prequestionamento. Relatora: Maria das Graças Carneiro Requi, 10 de outubro de 2018. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/934413220/apelacao-cpc-19482682201680900 52>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo nº 00980.2009.382.02.00-1**. Relatora: Anelia Li Chum, 5 de novembro de 2010. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1121825557/980006220095020382-osasco-sp/inteiro-teor-1121825567 >. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Provimento GP/CR nº 07/2014**. Institui parâmetros para instruir o processo judicial para concessão de autorização do trabalho infantil no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Normas_Presid/Provimentos/2014/GPCR_7_14.html>. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário Trabalhista nº 0021701-09.2014.5.04.0028**. Relatora: Rejane Souza Pedra, 23 de março de 2015. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0021701-09.2014.5.04.0028/1>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 882-56.2015.5.02.0033**. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3 de abril de 2019. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/695023139/recurso-de-revista-rr-882562015502003 3>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico**: conveniência, legalidade e limites. Rev. TST, Brasília, vol. 79, n°1, jan./mar. 2013. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/38639/014_cavalcante.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 29 out 2020.

CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho artístico na infância**: estudo qualitativo em saúde do trabalhador. Disponível em: <http://pesquisa.bvsalud.org/enfermeria/resource/es/lil-643313 > Acesso em: 30 out. 2020.

CRISTO, Magno Moisés de. **O trabalho artístico infantil no Brasil contemporâneo**: entre arte e (i)legalidade. In: XXIV Congresso Nacional do Conpedi Belo Horizonte - MG, 2015. Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho II. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 287-302.

FELICIANO, Guilherme G.; PESSOA, Flavia M. G. **Concretização de direitos fundamentais e a competência da justiça do trabalho para autorização de trabalho artístico infanto-juvenil**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 17, n. 2, p. 181-202,

jul./dez. 2016. Disponível em: https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/808/301. Acesso em: 30 out. 2020.

KASSOUF, Ana Lúcia. **O que conhecemos sobre o trabalho infantil?**. Nova econ., Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 323-350, ago. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512007000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 fev. 2021.

LOIOLA, Juliana Nogueira.; JÚNIOR, Antônio Jorge P. **Trabalho artístico infanto-juvenil**: análise do caso do Mc Pedrinho em Fortaleza. Revista Thesis Juris, v. 7, n. 1, p. 94-112, jan./jun. 2018. Disponível em: https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/8997/3831. Acesso em: 30 out. 2020.

MARQUES, Rafael Dias. **Trabalho infantil artístico**: proibições, possibilidades e limites. Revista do Ministério Público do Trabalho / Procuradoria-Geral do Trabalho, Ano XIX, n. 38. Brasilia: LTr Editora, 2009.

MATOS, Leonardo Raphael Carvalho de. **O Ministério Público do Trabalho e o trabalho infantil no Brasil**. In: XXIV Congresso Nacional do Conpedi Belo Horizonte - MG, 2015. Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho I. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 483-509.

NASCIMENTO, G. A. F.; ALKIMIN, M. A. **Trabalho infantil artístico**: limites entre a liberdade artística e a proteção integral. In: XXVII Congresso Nacional do Conpedi Porto Alegre – RS, 2018. Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho III. Florianópolis: Conpedi, 2018. p. 97-112.

NETO, Xisto Tiago Medeiros; MARQUES, Rafael Dias. **Manual de Atuação do Ministério Público na Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil**/ Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2013. Disponível em: https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPIJ/docs/25._Manual_Erradica%C3%A7%C3%A3o_Trab_infantil_CNMP.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Idade mínima para admissão – Convenção nº 138/OIT**.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 138**. Genebra: Ilo, 1973. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/2237892/0/Conven%C3%A7%C3%A3o+138+da+OIT++Idade+m%C3%ADnima+de+admiss%C3%A3o+ao+emprego>. Acesso em: 13 fev. 2021.

OLIVA, José Roberto. **O trabalho infanto-juvenil artístico e a idade mínima**: sobre a necessidade de regulamentação e a competência para sua autorização. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. São Paulo: LTr, 2010.

PEREZ, Viviane Matos Gonzalez. **Criança e Adolescente**: o direito de não trabalhar antes da idade mínima constitucional como vertente do princípio da dignidade humana. Dissertação de mestrado. Campos dos Goytacazes. Faculdade de Direito de Campos, 2006. Disponível em: http://www.fdc.br/arquivos/mestrado/dissertacoes/integra/vivianeperez.pdf. Acesso em: 30 out. 2020.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Dignidade humana da criança e do adolescente e as relações de trabalho**. In: FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de (Org.). Direito do trabalho – direitos humanos. São Paulo: BH Editora, 2006. p. 541-566.

TURTLE, Carolyn. **Hard at work in factories and mines**: the economics of child labor during the British Industrial Revolution. Cambridge, 1999.

VILELA, Janaína Alcântara. **O trabalho artístico infantil no direito brasileiro**: considerações sobre a legislação aplicada e a (des)proteção aos artistas mirins. In: XXIV Congresso Nacional do Conpedi Belo Horizonte - MG, 2015. Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho II. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 208-227.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTA DO ICMS - DIFAL E A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS

**RAFAEL LUIZ DA SILVA BALTAZAR:**
Advogado. Contador. Esp. em Direito Tributário - IBET. Mestrando na PUC-SP.

**Resumo:** Este estudo tem por objetivo estabelecer os parâmetros constitucionais tributários do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) especificamente em relação a percentagem do diferencial de alíquota (DIFAL), no tocante às alíquotas entre o ente federativo de origem e o ente federativo de destino. Parte-se da problemática que há uma compreensão de que os princípios constitucionais estão sendo mitigados, conforme entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, e questiona-se por que os tribunais estaduais estariam cassando liminares dos juízos de primeiro grau. Nesse ínterim questiona-se "seria somente a atuação jurídica entre os líderes do executivo estadual e os presidentes dos tribunais ou tudo passa apenas pelo caráter arrecadatório?" Nessa direção, desenvolver-se-á este labor exegético dividindo-o em um breve resumo do histórico do DIFAL - Diferença de Alíquota Interestadual, seus impactos e reflexos para o sujeito passivo. A seguir, os princípios constitucionais da legalidade, da segurança jurídica e da anterioridade, diante da incongruência legislativa. E por fim, uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal com os reflexos nas decisões de piso e a cassação das respectivas liminares. Em sede de conclusão, ao considerar as análises dos julgados, apresentar-se-á o equívoco ou o acerto das decisões dos tribunais.

**Palavras-chave:** DIFAL. ICMS. Consumidor Final.

**Abstract**: This study aims to establish the constitutional tax parameters of the Tax on Circulation of Goods and Services - ICMS, specifically in relation to the percentage of the rate differential - DIFAL, the rates between the federative entity of origin and the federative entity of destiny. It starts with the following problem: "Since there is an understanding that the constitutional principles are being mitigated, according to the understanding of the Federal Supreme Court itself, why would the state courts be canceling injunctions from the first-degree judges, it would only be the mediated legal action between the leaders of the state executive and the presidents of the courts, or does it still have a tax collection character?". In this direction, this exegetical work will be developed by dividing it into a brief summary of the history of DIFAL - Interstate Tax Difference on Value-added tax on sales and services (ICMS), its impacts and reflexes for the taxable person. Next, the constitutional principles of legality, legal certainty and precedence, in the face of legislative

inconsistency. And finally, an analysis of the decision of the Federal Supreme Court with the reflexes in the floor decisions, such as the revocation of the respective injunctions. In conclusion, when considering the analyzes of the judgments, the mistake or the rightness of the decisions of the courts will be presented.

**Keywords:** DIFAL. ICMS. Final Costumer.

## 1 INTRODUÇÃO

Em sucinto histórico, o DIFAL foi constituído pelo Convênio ICMS nº 93/201562, passando a vigorar a partir do primeiro dia do exercício seguinte a sua instituição, estabelecendo-se distinções em percentuais (alíquotas) e suas respectivas divisões, cuja cobrança iniciou-se em 1/01/2016.

O DIFAL do ICMS – surgiu a partir da edição da Emenda Constitucional nº 87/201563, onde se definiu um escalonamento de alíquota entre o Estado de origem e o Estado destino. O diferencial de alíquota do ICMS, tem como objetivo principal, equilibrar as relações jurídicas entre os Estados da Federação, ou seja, trata-se de uma obrigação tributária de cunho equitativo.

Esse imposto é recolhido pelo Distrito Federal e os Estados, quando das operações de mercadorias entre estados destinados ao não contribuinte do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – ICMS. Ressalta-se, que as entidades optantes pelo regime simplificado, não podem ser cobradas pelo DIFAL da EC nº 87/2015.

O imbróglio tributário vem desde 2011, quando os Estados confeccionaram por Convênio - Protocolo ICMS nº 21, com a finalidade de se recolher o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços quando ocorresse diferença de alíquotas interna e a interestadual nas aquisições, pelo contribuinte de fato, independente do meio – físico ou eletrônico. Três anos após da assinatura do protocolo ICMS nº 21, este foi declarado

62 Trata das operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada.

63 Altera os incisos VII e VIII, do § 2º do art. 155, da Constituição Federal e inclui o art. 99 no ADCT, autorizando que "nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual" (a partir de 2016).

inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário de nº.1.287.019 em 24/02/2022, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.46964.

Destarte, o tema voltou à baila pela EC nº 87/15, com regulamentação por novo Convênio - ICMS nº 93/15, novamente passando a ser aplicado (1/01/2016). Todavia, como uma repetição do que aconteceu em 2014, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inconstitucionalidade da exigência (do tributo), argumentado que normas gerais, para que se instituísse a cobrança, conforme Código Tributário Nacional, dever-se-ia ser implementada por meio de Lei Complementar, que por efeito, inviabilizaria a cobrança através de Convênio do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Essas operações interestaduais destinam-se efetivamente ao consumidor final exigindo-se a diferença entre a alíquota interna do ente destinatário e a alíquota do ente remetente. Devendo-se recolher o DIFAL, quem for o responsável pela venda a não contribuintes do ICMS. Em relação às operações entre contribuintes, a diferença de alíquota é de responsabilidade da entidade que faz a compra do produto.

Na verdade, o que se tem no caso concreto, é que o Distrito Federal e outros Estados ultrapassaram as fronteiras dos limites constitucionais de tributar e se apressaram em alterar a legislação estadual, mesmo antes da publicação da Lei Complementar nº 190, que ainda não existia materialmente, pois não estava vigente. O CONFAZ, por sua vez, seguiu a mesma vereda, e confeccionou novo Convênio nº 236/2021, o que para uma boa exegese do direito – era o permissivo regulamentar para realizar a cobrança do Diferencial de Alíquota no presente ano.

Sobre a Lei Complementar nº 190/22, o império fazendário compreende pela observação do art. 150, III, "c", da Carta Constitucional de 1988, quer dizer, o respeito ao princípio da noventena. Por este raciocínio, não se respeita o princípio da anterioridade anual e, que a diferença de alíquota do ICMS, já poderia ser cobrada em abril de 2022.

Mas será que a cobrança do DIFAL é devida em 2022? É o que se passará a expor, analisando o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, e mais

64 Em relação ao Recurso Extraordinário foi fixada a seguinte tese: "A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº. 87/2015, pressupõe edição de Lei Complementar veiculando normas gerais"; quanto ``a ADI: "Foi declarada a inconstitucionalidade formal das respectivas cláusulas: 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 9ª do Convênio 93/2015, referentes aos procedimentos de cobrança do diferencial de alíquota".

importante, qual o motivo que os Tribunais dos Estados têm cassado as liminares dos contribuintes.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Princípios Constitucionais

Sobre o modismo que os estudos de direito fazem a despeito da diferenciação entre princípio e regra, o que para Ávila (2021, p. 46) não é algo tão simples, a separação entre as espécies normativas como que ganha foros de unanimidade e termina por semear não mais o conhecimento crítico das espécies normativas, mas a crença de que elas são dessa maneira, e pronto.

Sob essa perspectiva distintiva, segue-se novamente as lições de Ávila (2021, p. 46, grifo nosso) que, diferencia as normas entre regras e princípios e, o que deve interessar são os princípios:

> [...] normas ou são princípios ou são regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os **princípios precisam e devem ser ponderados.** As regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando **dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso**.
>
> O critério de distinção entre regras e princípios, baseado no conceito restrito de ponderação, conduz a outro critério – o "modo de colisão": quando duas regras entram em colisão, ou se abre uma exceção que afasta o conflito, ou uma das duas regras deve ser declarada inválida, ao passo que quando dois princípios entram em conflito, ambos mantêm a sua validade, estabelecendo-se, porém, uma espécie de hierarquia móvel e concreta entre eles. [...] A capacidade de ponderação implica, pois, a capacidade de restrição e de afastamento de um princípio em razão de outro. Assim, ser uma **norma-princípio é ser uma norma que se caracteriza pela restringibilidade e pela afastabilidade.** Mais, ser uma norma-princípio é ser uma norma que

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> se caracteriza pela carência de confronto horizontal com outras normas-princípios (ÁVILA, 2021, p. 150, grifo nosso).

Para Alexy (2014, p. 90) princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Barroso (1996, p. 141), princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações da ordem jurídica que institui. Após essas considerações, adentrar-se-á especificamente nos princípios constitucionais que este artigo se preocupa, quais sejam: legalidade, da segurança jurídica e da anterioridade.

## 2.2 Princípio da Legalidade

Surge em texto expresso com o pedido de autorização aos contribuintes para que se pudesse tributar dentro dos ditames legais, adjudica-se a este texto – à Carta Magna, o que se discorda, como afirma Lacombe (2000, p. 45), quando cita Victor Uckmar, nestes termos:

> [...] que a origem é anterior. Salienta que na Inglaterra, onde o Rei já percebia impostos e obtinha subsídios pelo direito consuetudinário, eram exigidos dos vassalos, para fazer frente às despesas extraordinárias, pagamentos em dinheiro, e estes podiam – embora fosse praticamente impossível impugná-los[65].

O que se expôs no parágrafo anterior, é a característica limitativa do Estado quanto a tributação impositiva ao contribuinte. Becho (2105, p. 359) anota que tal princípio teve um marco histórico trágico, a legalidade como regra, levou o nazismo a realizar sua revolução legal, aplicando-se a um dispositivo no próprio Diploma Legal (Weimar).

Baleeiro (2010, p. 76), revisitada por Derzi, analisa os arts. 150, I, e 5º, II, da Constituição de 1988, os quais referem-se à legalidade, como princípio necessário à instituição e majoração de tributos, tanto do ponto de vista formal – ato próprio, emanado

65 Ainda, sobre o texto extraído de Lacombe, Uckmar cita: "outros exemplos anteriores à Magna Carta, em que o Rei convocou assembléias para autorizar a cobrança de tributos. Mas não há dúvida de que a Magna Carta foi o primeiro texto escrito que exigiu a autorização dos representantes dos contribuintes para legitimar a cobrança de tributos. Até o reinado de Henrique VI a Magna Carta foi alterada 37 vezes, mas sempre foi repetida a cláusula que exigia prévia autorização para a cobrança de qualquer exação.".

do Poder Legislativo – como do ponto de vista material, determinação conceitual específica, dada pela lei aos aspectos substanciais dos tributos, como hipótese material, espacial, temporal e consequências obrigacionais, como sujeição passiva e quantificação do dever tributário (alíquotas e bases de cálculo), além de sanções pecuniárias, dos deveres acessórios, da suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário.

O texto Constitucional é cristalino, quando afirma que "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", nos termos do art. 5º, II, dispositivo normativo para que a coletividade acolha as normas que limitam suas liberdades e a propriedade de seus usuários, buscando-se o bem comum.

O Estado Brasileiro, é Estado Democrático de Direito – no qual reger-se-á a lei. A Lei, no dizer de Carrazza (2021, p. 208) – norma geral, abstrata, é igual para todos que se encontram em situação jurídica equivalente – provêm do Legislativo, cujos membros são eleitos pelo povo.

Ainda, com o mesmo autor, perpassar-se-á pelo princípio federativo, que garante a autonomia destas pessoas políticas, a referida lei complementar não poderá estabelecer o *conteúdo* dos convênios em matéria de ICMS, mas apenas os mecanismos jurídicos que nortearão sua celebração. Deverá, pois, limitar-se a dar operatividade ao seu sistema de funcionamento (CARRAZZA, 2020, p. 507).

E lembra o autor, que é verdade que a aplicação do princípio da legalidade conduz a uma situação de segurança jurídica, em virtude da aplicação precisa e exata das leis preestabelecidas. Todavia, isto só não conduz ao Estado de Direito, entendido como aquele em que as liberdades fundamentais estão reconhecidas no texto constitucional, não podendo ser desmentidas ou menos acabadas por normas de inferior hierarquia (CARRAZZA, 2021, p. 209).

Fica claro que, somente por lei, pode se compelir a sociedade a fazer ou deixar de fazer algo, impondo comportamentos e determinando comandos. Importa lembrar que o princípio da legalidade é encontrado em todos os ramos do direito e não como alguns pensam, sendo exclusivo do direito tributário, conforme cita-se o diploma normativo – art. 5º, II da Constituição Federal.

Do colóquio geral, sabe-se que o indivíduo não pode realizar todas suas vontades, este possui limitações e, tais limitações somente por meio de lei podem ser superadas, com

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

caracteres comuns e equânime, e desde que a norma respeite o devido processo legislativo, delineadas pela Lei das Leis, observando o princípio republicano.

### 2.3 Princípio da Segurança Jurídica

No preâmbulo da Constituição Federal, vem de modo expresso, o Princípio da Segurança Jurídica. No caso de se encontrar segurança jurídica, tal princípio vem coberto pelo princípio da legalidade, ainda pela coisa julgada, ato jurídico perfeito e pelo direito adquirido, cuja verdade já demonstrada é que, a norma não pode retroagir.

Lacombe (2000, p. 76), apresenta de modo emblemático as lições de Geraldo Ataliba (2016), afirmando que:

> O Direito por excelência é, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Segura estão as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos não discreparão. Há segurança jurídica – noção muito mais fecunda, ampla e sadia que o conceito de segurança nacional – onde haja ´rigorosa delimitação das esferas jurídicas e, sobretudo no campo do direito público, como uma estrita testada dos direitos subjetivos privados -liberdade e propriedade -, ela não poderia deixar de se apoiar num princípio que conferisse estabilidade às esferas assim delimitadas, subtraindo a atividade dos cidadãos das áreas do contingente e do arbitrário.

Ainda sobre o princípio da segurança jurídica, Carvalho (2019, p. 208, grifo nosso) leciona:

> Não há por que confundir a **certeza do direito** naquela acepção de índole sintática, com o cânone da **segurança jurídica.** Aquele é atributo essencial, sem o que não se produz enunciado normativo com **sentido deôntico**; este último é decorrência de fatores sistêmicos que utilizam o primeiro de modo racional e objetivo, mas dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta.

Este princípio é fundamental para os contribuintes, de modo que estes possam pugnar por melhores decisões tributárias. Planejar é agir futuramente e nenhum indivíduo gosta de andar em veredas sinuosas, não é mesmo? Para tanto, o cidadão pagador de tributos deseja um mínimo, qual seja, a verdadeira aplicação da norma posta no Direito Positivo, devidamente consignada com a sua relação fática definida, como também o respeito à coisa julgada e ao direito adquirido.

As relações jurídicas devem ser permeadas por uma atmosfera de segurança, acompanhadas por condições de organização, *conditio* essas que irão talhar o entremeio entre o momento pretérito e o por vir, das aplicações do legislador e do contribuinte. Carvalho (2019, p. 208, grifo nosso) diz que "**Desnecessário encarecer que a segurança das relações jurídicas é indissociável do valor justiça, e sua realização concreta se traduz numa conquista paulatinamente perseguida pelos povos cultos**".

Pontes de Miranda (2000, p. 193) lembra sobre o conteúdo da Justiça: o conteúdo da justiça é liberdade, cultura, felicidade relativa; o da segurança, ordem, paz. O que é preciso – sustenta – é que vigore determinado sistema jurídico e haja a convicção que será aplicado nos casos particulares, pois é isto que dá segurança jurídica. Se a solução é imprevisível, é que não há sistema, mas variação ou, pelo menos, incerteza e vacilação. E acrescenta o jurista Pernambucano, salientado o aspecto conservador do Direito: A atividade humana encontraria empecilhos e desalentos se não soubesse que do ato 'A´ surgiriam os fatos ´a´, ´b´ e ´ c´, que são os efeitos jurídicos dele no mundo das relações sociais. É por isto que as revoluções prejudicam todavia a economia e a produção. A ordem é a mais objetiva revelação do bem, porque representa a revelação experimental. No entanto, distingue a ordem intrínseca da ordem extrínseca. Para esta, basta previsibilidade; para aquela, é preciso a perfeição interna do direito objetivo.

Ainda conforme Lacombe (2000, p. 79), em referência a Almiro do Couto e Silva, no tocante à subversão entre justiça e segurança jurídica, nada pode se transformar em injustiça:

> O conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> essa natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço - tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela ideia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o rigor de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada de paradoxal. A tolerada permanência do injusto ou de ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da legalidade originária.

E complementa, que a verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias na segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Isto porque, o sistema jurídico precisa de estabilidade para todos os seus operadores e, não há imprevisibilidade que o deixe o sistema de pé.

## 2.4 Princípio da Anterioridade Tributária

Extrai-se da Constituição Federal três dispositivos, divididos em duas espécies normativas, como leciona Paulsen (2019. p. 144), quais sejam, para o art. 150, III, "b"[66], da CF, o sujeito passivo da obrigação tem em tese, uma segurança de que, referente a majoração e instituição de tributo, somente às leis publicadas até o último dia do ano anterior (31/12), estar-se-ia diante da anterioridade do exercício.

Do art. 150, III, "c"[67], da Carta Maior, que foi acrescentada pela Emenda Constitucional nº 42/03, e o art. 195, § 6º[68], do mesmo diploma legal, que deveria ter o caráter assecuratório ao sujeito passivo da obrigação um lapso temporal de noventa dias, dentre a publicação que instituiu ou majorou o tributo e seus reflexos (fato jurídico tributário).

66 CF/88 "no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou".

67 CF/88 "antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b".

68 CF/88 "As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b"".

Parte da doutrina entende haver distinção entre princípio e regra. Canotilho (1991, p. 545)[69], trouxe diferenciações entre princípios e regras, afirmando a atuação aberta dos princípios. Paulsen (2019, p. 144) leciona que: "a anterioridade apresenta-se não como princípio, mas como regras claras e inequívocas condicionantes da válida incidência das normas que instituem ou majoram tributos".

Ainda, baseando-se no entendimento de Paulsen (2019, p. 143), a anterioridade tributária não se confunde com anualidade. A anualidade figurava no § 34 do art.141 da Constituição de 1946[70]. E seguindo a vertente de Paulsen, tal norma não foi repetida nas Constituições posteriores já não existe como garantia tributária[71].

---

69 "Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de "tudo ou nada"; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a "reserva do possível", fáctica ou jurídica." (CANOTILHO, 1991, p. 545).

70 "nenhum [tributo] será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra" (PAULSEN, 2019. p. 143). Ou seja, havia o imperativo da previsão de arrecadação do tributo, expressamente no orçamento.

71 "A anterioridade e a anualidade são coisas distintas tanto no fundamento quanto no conteúdo. A ideia de anterioridade da lei visa garantir que o contribuinte não seja surpreendido com um novo ônus tributário de uma hora para outra, sem que se possa se preparar para nova carga tributária, ou seja, concretiza um comando que tem como fundamento a segurança jurídica e como garantia de certeza do direito, assegurando o conhecimento prévio da lei. A anterioridade, pois, sempre se relaciona com inovação legislativa relativa à instituição ou majoração de tributo. A anuidade, por sua vez, precisa ser analisada conforme o momento histórico. Em uma fase inicial, identificava-se com a ideia de consentimento que deu suporte ao próprio surgimento da legalidade tributária, porquanto, a cada ano, em uma única lei se instituíam os tributos a serem cobrados no ano subsequente conforme as despesas previstas. A própria instituição dos tributos era temporária, anual, exigindo, pois, renovação. Assim, pouco importava que se tivesse cuidando da instituição ou majoração de um tributo novo ou da simples manutenção da sua cobrança tal como já vinha sendo feito em exercícios anteriores. Em uma segunda fase, quando, mais consolidado o sistema representativo, a instituição dos tributos já não se dava de modo temporário, mas em caráter permanente, até que a lei instituidora viesse a ser revogada, a anuidade passou a cumprir uma função limitadora da instituição de novos tributos ou majoração dos já existentes, pressupondo-se que, se não prevista no orçamento daquele ano, não poderia incidir, não estando autorizada a sua cobrança. Ficaria, assim, a incidência e arrecadação para o ano em que, já constando do orçamento aquele ingresso como receita, se justificasse a sua exigência. Em uma terceira fase, que é a atual, nem sequer se condiciona a instituição ou majoração de tributos à prévia inclusão na lei orçamentária. Isso porque se entende que, provindo do mesmo órgão legislativo, ainda que não prevista na lei orçamentária, a instituição posterior, por força da lei, pressupõe, ela própria, um juízo contemporâneo quanto à necessidade daquela receita e a autorização para cobrança após o decurso do prazo constitucional que garante o conhecimento antecipado pelo contribuinte, a anterioridade. Não se deve perder de vista, contudo, que a tributação não se justifica por si só, como uma

Vale lembrar, que para a efetividade da anterioridade, nada mais justo e robusto de que o contribuinte tenha antecipadamente o conhecimento de determinada lei, referente àquele tributo específico, para que possa agir em detrimento de um imposto menos gravoso. Não é simples ato de prevenir ou de ser pego de surpresa, mas no dizer de Ávila (2011, p. 587):

> Em vez de previsibilidade, a segurança jurídica exige a realização de um estado de calculabilidade. Calculabilidade significa a capacidade de o cidadão antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo direito a fatos ou a atos, comissivos ou omissivos, próprios ou alheios, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente.

Com as notações feitas em relação aos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da anterioridade e, ao se fazer uma leitura mais acurada, do histórico da publicação do DIFAL, se perceberá certas discrepâncias jurídicas-constitucionais, em relação ao instituto.

## 2.5 Análise da Legalidade pelo Supremo Tribunal Federal do DIFAL

O Supremo Tribunal Federal declarou, em duas oportunidades, a inconstitucionalidade da cobrança de diferença de alíquota do ICMS, instituída por Convênio CONFAZ, quando a instituição e cobrança do imposto somente é permitida através de Lei Complementar72, nos termos da Constituição Federal.

No ano de 2021, exatamente no mês de fevereiro, o Supremo Tribunal Federal proibiu os Estados e o Distrito Federal de cobrar a diferença de alíquota do ICMS – DIFAL,

via de mão única, como um arrecadar por arrecadar, uma receita sem sentido. Pelo contrário, a tributação só se justifica e encontra amparo constitucional, sustentando-se a ingerência no patrimônio privado, quando se faça necessária .Nesta medida, excluindo-se o exercício inicial, quando a própria instituição pressupõe tal juízo de necessidade e, por isso, dispensa autorização orçamentária prévia, a tributação só restará justificada e autorizada, nos exercícios seguintes, se houver na lei orçamentária, que rege a ação do Estado em cada exercício, a previsão da arrecadação e da aplicação dos respectivos recursos, o que ganha relevância e maior destaque no que diz respeito aos tributos que, por sua própria natureza, vinculam-se diretamente a uma atividade estatal (taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios). Atualmente, pois, ainda que a anualidade não mais figure como limitação à inovação legislativa que implique instituição ou majoração de tributo, prossegue condicionando a tributação no que diz respeito ao prosseguimento da cobrança a cada exercício" (PAULSEN, 2019. p. 143-144).

72 Art. 155, §2º , XII, "g" – "regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.".

tendo em vista que tais cobranças vinham sendo realizadas por meio do Convênio CONFAZ. Isso porque, a corte compreendeu pela necessidade de que a matéria fosse regida por lei complementar, ao invés de mero ato administrativo.

A Colenda Corte reconheceu a inconstitucionalidade da instituição e a exigência do DIFAL, modulando os efeitos da decisão, para que ela gozasse de efeitos válidos no corrente ano. A referida decisão foi definida concomitantemente com a deliberação do Recurso Extraordinário nº 128.019 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469/DF73, em 24/08/2001:

---

73 Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da associação autora. Emenda Constitucional no 87/15. ICMS. Operações e prestações em que haja destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente. Inovação constitucional. Matéria reservada a lei complementar. (art. 146, I e III, a e b; e art. 155, § 2o, XII, a, b, c, d e i, da CF/88). Cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS no 93/2015. Inconstitucionalidade. Tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, inciso III, d, e parágrafo único CF/88). Cláusula nona do Convênio ICMS no 93/2015. Inconstitucionalidade. Cautelar deferida na ADI no 5.464/DF, ad referendum do Plenário.

1. A associação autora é formada por pessoas jurídicas ligadas ao varejo que atuam no comércio eletrônico e têm interesse comum identificável.Dispõe, por isso, de legitimidade ativa ad causam para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (CF/88, art. 103, IX). [...].

3. Especificamente no que diz respeito ao ICMS, o texto constitucional consigna caber a lei complementar, entre outras competências, definir os contribuintes do imposto, dispor sobre substituição tributária, disciplinar o regime de compensação do imposto, fixar o local das operações, para fins de cobrança do imposto e de definição do estabelecimento responsável e fixar a base de cálculo do imposto (art. 155, § 2o, XII, a, b, c, d e i). (g.n) [...]. 5. Convênio interestadual não pode suprir a ausência de lei complementar dispondo sobre obrigação tributária, contribuintes, bases de cálculo/alíquotas e créditos de ICMS nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto, como fizeram as cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS no 93/2015.

6. A Constituição também dispõe caber a lei complementar – e não a convênio interestadual – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte, o que inclui regimes especiais ou simplificados de certos tributos, como o ICMS (art. 146, III, d, da CF/88, incluído pela EC no 42/03). [...].

8. A cláusula nona do Convênio ICMS no 93/15, ao determinar a extensão da sistemática da Emenda Constitucional no 87/15 aos optantes do Simples Nacional, adentra no campo material de incidência da LC no 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento tributário diferenciado e favorecido a ser dispensado a microempresas e empresas de pequeno porte. [...].

Os Estados por sua vez e no afã arrecadatório de não perder receitas, superando as formalidades processuais, foram ao Congresso Nacional e, diante de sua força de articulação conseguiram a aprovação legislativa que faltava para o permissivo da cobrança do DIFAL.

Sem fazer juízo de valor, o que na realidade ocorreu é, um lapso de troca de ano entre a edição da LC nº 190/2022 e o sancionamento da respectiva lei pelo Chefe do Executivo, provocando uma série de incertezas para os contribuintes que fazem parte de um sistema e o ferimento do princípio da anterioridade, o qual já foi abordado no item 24. deste trabalho.

O que se vislumbra na prática é que os Estados adotaram a cobrança do DIFAL, ou seja, o resultado da alíquota interestadual ao Estado de origem da mercadoria e a diferença de alíquota para o Estado destinatário da mercadoria, onde está o contribuinte de fato (consumidor final).

Portanto, frente a essa situação posta, deve-se ir avante para descobrir qual ou quais os motivos foram determinantes para que os Tribunais dos Estados e Distrito Federal invalidassem as liminares e antecipação de tutela concedidas ao sujeito passivo ao que se refere o recolhimento do diferencial de alíquota do ICMS.

## 2.6 Cassação das Liminares para o Não-Recolhimento do DIFAL

A divergência quanto à cobrança do diferencial de alíquota do ICMS, que não se poderia ser realizado através do Convênio CONFAZ, mas sim através de Lei Complementar, fomentou o contencioso tributário, com a concessão de liminares e tutela antecipada em favor dos contribuintes frente à inconstitucionalidade da cobrança.

---

10. Ação direta julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS no 93, de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por invasão de campo próprio de lei complementar federal.

11. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado, para que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI no 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste presente julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão deverá produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS no 93/15, cujos efeitos deverão retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI no 5.464/DF. Ficam ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso".

Ou seja, os contribuintes se socorreram do Judiciário para a obtenção de decisões que lhes resguardassem da exigência do pagamento do diferencial de alíquota no ano de 2022, com consequente início da cobrança somente no ano de 2023, de modo que fosse respeitado o princípio constitucional da anterioridade e por via de consequência os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Uma das decisões que concedeu liminar para o não recolhimento, foi determinada pelo Magistrado da 4ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública do Piauí (2022, grifo nosso), fundamentando a decisão do seguinte modo:

> Ante o exposto e a tudo considerado, concedo em parte a liminar vindicada, "inaudita altera parte", determino a suspensão da exigibilidade do ICMS - DIFAL em favor da impetrante, nas operações que tenham como destinatário consumidor final não contribuinte do ICMS, bem como determino que o Fisco se abstenha de impor qualquer sanção ou medida restritiva de direitos em decorrência do não recolhimento do referido imposto, observado que tal suspensão da exigibilidade deverá prevalecer apenas durante o período de 90 (noventa) dias contados a partir da publicação da Lei Complementar 190/2022".

Nota-se que, o juízo de primeira instância concede a liminar com fundamento no princípio da anterioridade nonagesimal, conforme grifou-se. Todavia, frente às possibilidades de diminuição da receita pública74, as liminares foram suspensas pelos Presidentes dos Tribunais dos entes federativos do Piauí e do Estado de Santa Catarina. O Presidente do TJPI, suspendeu as proferidas e também futuras, sob a alegação de impacto ao erário público, impacto este em torno de R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais); além do reflexo replicador das liminares, o argumento é baseado nos efeitos econômicos, conforme se alega:

> A Secretaria de Fazenda vem recebendo uma média diária de 30 mandados oriundos de ações judiciais sobre a mesma temática, motivo pelo qual, desde já, torna-se necessário o deferimento de

74 As liminares suspensas, nos entes federativos citados têm seus processos com a seguinte numeração: n. 0751242-13.2022.8.24.0000 – Piauí e, n. 5010518-52.2022.8.24.0000 – Santa Catarina.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

extensão de efeitos suspensivos para outras liminares já proferidas e as supervenientes", disse na decisão, desta segunda-feira (7/3)75.

Pelo mesmo caminho seguiu o Presidente do TJSC quanto a suspensão das liminares para o não pagamento do DIFAL pelos contribuintes, com o mesmo fundamento de impacto econômico que afetaria o Estado de Santa Catarina em aproximadamente R$ 420.000.000,00 (quatrocentos e vinte milhões de reais). O Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, da mesma maneira, interrompeu as liminares76, sob a mesma ratio, a falta de arrecadação e comprometimento de serviços essenciais. O que evidentemente se criou, foi um efeito cascata de suspensão de outras liminares em outros Estados pelos Presidentes dos Tribunais de: Pernambuco, Espírito Santo, Bahia e Ceará.

Ora, por que essa questão tem a ver com este cenário que estamos vivenciando, é com essas mudanças no direito processual, administrativo e tributário, isso tem a ver, além do Princípio da motivação (art. 93, IX, da CF/88), exige que todas as decisões sejam motivadas (interlocutórias, sentenças e acórdãos), tratou o legislador no CPC/15, o dever de motivação em seu art. 298: "Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso", especialmente com a superveniência com as modificações que foram feitas com as mudanças na LINDB (Lei de Introdução Nacional Direito Brasileiro) em 2018, no seu art. 2077, que sob a análise de Bueno (2021, p. 318)78, versa sobre um dever-poder geral de cautela, entende-se por certo que é preciso transparência e proporcionalidade nas decisões dos magistrados, claramente fazendo-se referência a uma diminuição do subjetivismo e, não se pode decidir sem que se veja os reflexos pertinentes para ambas partes da lide, dando-se conformidade ao texto constitucional.

---

75 TJPI n. 0751242-13.2022.8.24.0000.

76 Suspensão de Segurança Cível nº 0706978-14.2022.8.07.0000.

77 "Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão" (BRASIL, 1942, p. 1).

78 "Última observação quanto ao emprego "dever-poder geral", comumente "poder geral", é porque têm-se uma perspectiva na qual o magistrado exerce função jurisdicional que, de acordo com o modelo de Estado criado pela Constituição de 1988, merece ser compreendida pela síntese das finalidades a serem atingidas ("dever") mediante os meios adequados e próprios para tanto ("poder").Só há, destarte, "poder" enquanto vocacionado ao atingimento de um "dever". É no dever (na faculdade a ser atingida pelo Estado-juiz) que deve residir a ênfase da expressão, reservando o poder para a identificação dos meios adequados e proporcionais para atingi-la" (BUENO, 2021. p. 318).

Deve-se também, prestar muita atenção no art. 21 da mesma lei, que trata da fundamentação das decisões com a seguinte redação: "A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas" (BRASIL, 1942, p. 1).

As consequências de uma decisão são causas legítimas de decidir, razões de decidir - antes não havia essa condição, anteriormente o juízo mesmo que adotasse uma abordagem consequencialista, ele não assumia isso formalmente, ele deixava escondido lá no recôndito cognitivo dele, ou seja, o magistrado exterioriza através de uma decisão eivada de consequencialismo, mas não assumia, porque não havia base legal para isso.

E por que isso? Porque vivia-se um período em que a fundamentação estava ou não se estava presente na lei. As consequências da decisão que ultrapassam o sentido jurídico fogem à competência do Poder Judiciário pelo menos no plano retórico, pois bem, aí vem o art. 21 da LINDB e diz: que o juiz ao julgar, levará em conta os efeitos da decisão.

Veja-se a importância do art. 21, da LINDB, ainda que não interiorizada muito no nosso imaginário, veja a explicitude da coisa, ou seja, qual a consequência ou consequências, são razões legítimas de decidir. Agora, o juiz pode dizer, muito embora juridicamente esta questão se resolva neste sentido, a verdade é que os efeitos desta decisão me induzem e me autorizam a decidir de maneira contrária levando-se em conta, já que os efeitos que essa decisão tem para o âmbito geral ou específico.

A contra face disso está na medida em que o Judiciário vem incorporando o pragmatismo, o consequencialisto e a visão econômica do direito, de modo que o magistrado está legitimado a decidir com argumentos extrajurídicos. Então, teoricamente hoje em dia a procuradoria pode e ela se utiliza muito disso, de que uma decisão contrária ao fisco provocaria repercussões sobre o erário público, gestão orçamentária e cumprimento de políticas públicas, influenciando sobremaneira o Judiciário.

Porém, sobre a superveniência desta realidade, do ponto de vista de muitas instâncias judiciais, os magistrados agora compreendem que os argumentos consequencialistas fazem parte da regra do jogo e, quem alegar as consequências como causa de pedir, terá que delinear explicitamente quais os efeitos especificamente, não

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

genericamente com mormente o império fazendário o faz – alegando qualquer coisa, ela terá que ser detalhada.

Dito tudo isso, é importante e salutar que os argumentos consequencialistas, desde Bentham[79], no séc. XVIII início do séc. XIX, devem ser identificados sob pena de se estar diante de mera retórica, o que se apresenta uma forma inconsequente.

Sobre o consequencialismo jurídico-econômico Posner (1986, p. 12) lembra que, embora poucas opiniões judiciais contenham referências explícitas a conceitos econômicos, muitas vezes os verdadeiros fundamentos da decisão legal são ocultados ao invés de iluminados pela característica das opiniões. Não pode o consequencialismo, subverter as regras determinadas no próprio texto constitucional, senão vejamos.

Importante reafirmar o que foi dito no item 2.4 sobre o princípio da anterioridade, nas palavras do Ministro Celso de Mello80, quando confirma que tal motivo se trata de um direito fundamental:

> O princípio da anterioridade da lei tributária, além de constituir limitação ao poder impositivo do Estado, representa um dos direitos fundamentais mais importantes outorgados pela Carta da República ao universo dos contribuintes [...].
>
> O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos, introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações sempre tão estruturalmente desiguais entre pessoas e o Poder.
>
> [...] os princípios constitucionais tributários, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos outorgados, pelo ordenamento positivo, aos sujeitos passivos das obrigações fiscais. Desde que existam para impor limitações ao poder de tributar, esses postulados têm **por**

79 A qualidade da ação depende da consequência proporcionada pela ação.

80 STF, ADI n. 939-7 – DF (Medida Cautelar), rel. Min. Sidney Sanches, j. 15.09.1993, D.J.U. 17.12.93. Repertório *IOB de Jurisprudência*, ementa 1/7025, p. 28.067. (SCHOUERI, 2021, p. 345).

> **destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete, qualquer que sejam os contribuintes, à impessoalidade de suas restrições** (grifo nosso).

Comunga-se da citação anterior, no sentido de confirmar o princípio da anterioridade como um direito fundamental a ser perseguido no relevo do sujeito passivo, como ditame definitivo ao princípio constitucional determinado na própria Constituição Federal.

Schoueri (2021 p. 350), de forma categórica, ante todo o racional realizado neste estudo, alerta como preocupante tendência de mitigação do Princípio da Anterioridade deve ser denunciada quando a jurisprudência, invocando o argumento de que revisão ou revogação de benefício fiscal, seria vinculada a política econômica, não estaria sujeita aos limites do art. 150, III, "b" e "c", do texto constitucional. Mesmo não sendo o caso concreto do trabalho, entende-se pela não mitigação do princípio da anterioridade.

Acompanhe também, a Súmula Vinculante de nº 5081 do Supremo Tribunal Federal, que é de uma clareza evidente, que **a norma legal que altera o prazo de recolhimento, não está sujeita ao princípio da anterioridade**. O que efetivamente mudou o prazo de recolhimento foi uma instrução realizada por convênio, o que se trata de inconstitucionalidade simples e pura.

Poder-se-ia alongar em tantas outras páginas, mas o labor exegético exige que o intérprete conclua seus pensamentos, e destarte se passará para conclusão.

## 5 CONCLUSÃO

Com tudo que foi recolhido de informações neste artigo, se faz necessário mirar sob duas perspectivas bem delineadas, uma visão do ente fazendário que busca arrecadar e garantir o crédito público em detrimento do crédito privado para realização de políticas públicas; e outra do ponto de vista do contribuinte que quer pagar o que está demarcado dentro dos limites da legalidade e mais, ter um mínimo de segurança jurídica para prospecção e realização dos seus negócios.

81 Norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade (BRASIL, 2022, p. 1).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Em um Estado Democrático de Direito, imperativo obedecer os princípios constitucionais, verdadeiras vigas mestras do prédio constitucional, que diferentemente das regras, causam desconfiança aos operadores do direito e principalmente aos contribuintes que planejam e organizam suas operações.

Por outra via, o COMSEFAZ – Comitê Nacional dos Secretários da Fazenda, realizou um estudo sobre os impactos da perda de arrecadação estimado em R$ 9.000.000.800,00 bilhões de reais, caso a diferença de alíquota deixasse de ser arrecadada. Os entes federativos informaram as datas que iniciaram seus respectivos recolhimentos.

Desse modo, com a suspensão das liminares para o recolhimento do DIFAL pelos Tribunais Estaduais, vêm causando mais insegurança jurídica e desconfiança do sistema jurídico. Entende-se então, que a cobrança da diferença de alíquota de ICMS, só pode ter seu recolhimento a partir de 2023, respeitando-se a anterioridade do exercício, já que a Lei Complementar n. 190/22, foi publicada em 05/01/2022.

Ante o imbróglio, está-se convencido de que lei ordinária dos Estados como do Distrito Federal não podem ser supervenientes à exigência de lei complementar, o que afeta sobremodo a segurança jurídica dos sujeitos passivos.

**REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. 4. tiragem. ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2021.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica:** Entre a permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. atualizada por Misabel Derzi. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

BECHO, Renato Lopes. **Lições de Direito Tributário**. 3. ed. Saraiva, 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Lei n.º 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. Acesso em 18 ago. 2021.

BRASIL. Casa Civil. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 ago. 2021.

BRASIL. Casa Civil. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 18 jun. 2022.

BRASIL. STF. **Súmula Vinculante 50**. Norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade. Disponível em: https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2604. Acesso em 18 jun. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil –** Volume Único. 7. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2021

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Tributário**. 33. ed., Malheiros: São Paulo, 2021.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**, 18. ed. rev., ampl., e atual., São Paulo, Malheiros: 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed., Saraiva Educação, 2019.

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios Constitucionais Tributários**, 2. ed., Malheiros: São Paulo, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

PAULSEN, Leandro. MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais.** Curso de Direito Tributário Completo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIAUÍ (Estado). 4ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Teresina da Comarca de Teresina. **Processo n.: 0806570-90.2022.8.18.0140.** Classe: Mandado De Segurança Cível (120). Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/juiz-piaui-suspende-cobranca-difal.pdf. Acesso em 18 jun. 2022.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**, t. IV.

POSNER, Richard. **Economics Analysis of Law**. Aspen Casebook series. Third edition. 1986.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 10. ed. São Paulo, Saraiva Educação. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# ANÁLISE ACERCA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.964/2019

**ITHAIARA CARVALHO LIMA**: Formada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós Graduada em Penal e Processo Penal pela Uniamérica. Técnica Judiciária no Tribunal Regional do Trabalho da 16a Região.

**RESUMO:** O presente trabalho científico estuda sobre o instituto da audiência de custódia e sua tardia previsão normativa no Código de Processo Penal (CPP) através da modificação dada pela Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime). Foi realizada a conceituação do tema e um breviário histórico sobre a audiência de custódia no Brasil por meio da sua internalização através dos tratados internacionais da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), recepcionado por meio do Decreto nº 678/1992 e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), recepcionado pelo Decreto nº 592/1992, bem como, demonstrada a relevância da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a qual deu novos contornos ao instituto da audiência de custódia no cenário nacional, verificando também a alteração normativa do art. 310 do CPP decorrente da Lei Anticrime. Posteriormente, foi desenvolvido um recorte ao tema considerando os aspectos positivos advindos da inserção da audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio alterando o Código de Processo Penal de 1941 por meio da Lei Anticrime, estabelecendo seus alcances constitucionais e a importância de determinação legal do prazo de 24 horas para realização da apresentação do preso perante autoridade judicial competente. Ao final, foram tecidas críticas em razão de falhas decorrentes das redações dos dispositivos legais, os quais ferem princípios constitucionais dos indivíduos presos e diminuem o alcance do instituto da audiência de custódia atribuído inicialmente em nível internacional por meio dos tratados da CADH e PIDCP. A pesquisa realizada foi dedutiva, tendo sua abordagem qualitativa, com uso de material bibliográfico e documental, possuindo ainda um caráter exploratório.

Palavras-chaves: Audiência de Custódia. Código Processual Penal. Lei Anticrime.

## 1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal está em vigência desde 1941, sendo anterior a promulgação da Constituição Federal de 1988. No entanto, sua redação vem sofrendo alterações com vistas em tornar o sistema processual penal brasileiro garantista através

dos princípios constitucionais que visam resguardar a higidez e integridade na condução da marcha processual e pré-processual com respeito intimamente ligado aos direitos humanos.

Como uma destas alterações com vistas em resguardar o individuo recolhido ao cárcere, desde 1992 o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), promulgada através do Decreto nº 678/1992, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), promulgado no país pelo Decreto nº 592/1992. Elas possuem em comum a previsão de que qualquer individuo preso ter como direito a apresentação, sem demora, perante autoridade judicial competente para verificar possibilidade da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Tal procedimento é reconhecido como "audiência de custódia" e só foi positivado no Código de Processo Penal no ano de 2019, através das alterações advindas da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), a qual repercute no cenário nacional mediante várias controvérsias sobre sua redação e aplicabilidade prática.

Assim, tendo como base a exposição realizada acima, o objetivo deste artigo científico reside em buscar analisar os impactos das alterações promovidas pela Lei Anticrime ao Processo Penal. Deste modo, o problema enfrentado nesta oportunidade é: quais as implicações práticas advindas da positivação do procedimento de audiência de custódia no Código de Processo Penal brasileiro?

Para encontrar respostas ao problema suscitado acima, o presente artigo cientifico foi dividido em três capítulos. O primeiro buscou tracejar o caminho percorrido pelo instituto da audiência de custódia no plano internacional por meio dos tratados da CADH e PIDCP até sua efetiva positivação ao ordenamento jurídico pátrio no Código de Processo Penal. Em segundo momento, foram demonstrados os reflexos positivos advindos da alteração promovida pela Lei Anticrime ao inovar o ordenamento jurídico pátrio e fazer constar a obrigatoriedade de comparecimento do preso em audiência de custódia dentro do prazo de 24 horas. Por fim, foi realizado um levantamento dos impactos negativos que ainda persistem, apesar da previsão normativa que visa precipuamente efetivar direitos e garantias individuais dos presos.

Quanto ao motivo social, este artigo científico é relevante, pois irá compilar as alterações promovidas pela a Lei Anticrime ao Código de Processo Penal no tocante a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia, tema o qual precisa ser aprofundado e disseminado para que o público em geral possua conhecimento sobre o instituto.

A importância cientifica deste artigo cientifico reside em, por se tratar de uma alteração recente, ser relevante o estudo sobre o tema para que a comunidade acadêmica

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

possua novas fontes de conhecimento e familiaridade com as modificações ocorridas ao texto legal do CPP.

Pessoalmente, a temática toca a autora, pois o instituto da audiência de custódia passou despercebido no ordenamento jurídico pátrio por um grande lapso temporal, sendo inaplicável mesmo havendo tratados internacionais recepcionados pelo Brasil por meio de Decretos e, ainda sim, sendo tardia sua aplicação prática.

Metodologicamente este artigo científico teve como método o qualitativo, pois, a partir do recorte temático realizado e dos dados coletados foi possível obter familiaridade com o tema escolhido (LAKATOS; MARCONI, 2003).

A pesquisa desenvolvida possui caráter exploratório, pois a partir da problemática levantada inicialmente, foram realizadas coletas de dados em bibliografias disponíveis as quais revelaram respostas ao questionamento (LAKATOS; MARCONI, 2003).

Quanto aos procedimentos metodológicos utilizados, a pesquisa foi realizada por meio de pesquisa bibliográfica e documental, através de leis, doutrina, jurisprudências e artigos científicos que versem sobre o tema (GIL, 2007).

## 2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA CONFORMIDADE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para o professor Caio Paiva (2015), "a audiência de custódia consiste na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão" (PAIVA, 2015, p. 41).

Em âmbito internacional, esse instituto tem previsão em dois tratados internacionais, quais sejam: a CADH, da qual o Brasil é signatário desde 1992, ingressando no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 678/1992 e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), promulgado no país pelo Decreto nº 592/1992.

Primeiramente, estabelece a CADH através do Decreto nº 678/1992 que:

> Art. 7ª, item 5: Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (BRASIL, 1992, p. [?]).

Por sua vez, o PIDCP, internalizado através do Decreto nº 592 de 1992, em seu artigo 9ª, item 3 prevê que:

> Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença (BRASIL, 1992, p. [?]).

Assim, os referidos tratados internacionais abordam a necessidade de a pessoa presa ser apresentada, sem demora, à presença de um juiz ou de outra autoridade judiciária competente. Com isso, busca-se um controle judicial imediato da prisão (PAIVA, 2015), para realização de avaliações de detenções ilegais ou arbitrárias, a prática de maus tratos ou torturas e a conveniência da manutenção da detenção.

Embora desde 1922 o Brasil seja signatário dos tratados internacionais mencionados, até o início de 2015 não havia ocorrência da realização de nenhuma apresentação pessoal nos termos exigidos pelos tratados do PIDCP e CADH (YUNG-TAY NETO, 2017). Até então, o entendimento era de que a apresentação pessoal do suspeito poderia ser substituída pelo envio do auto de prisão em flagrante dentro do prazo de 24 horas, nos termos do art. 306, §1º, do CPP.

A implantação das audiências de custódia no país só ocorreu em 2015, através do julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Em seguida, esse instituto foi regulamentado pela Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Posteriormente, positivado no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 13.964 de 2019 (Pacote Anticrime).

Em sede de discussão da ADPF nº 347 o seu objetivo precípuo residiu na discussão pela Suprema Corte sobre a crise prisional brasileira. Na oportunidade, ficou consignado, através da utilização do termo "audiência de custódia" que a sua realização seria feita dentro do prazo de 90 (noventa) dias por juízes e tribunais.

De acordo com os dados do Levantamento Nacional de População Carcerária, o Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo. Em 2019, a população

prisional era de aproximadamente 773.151 (setecentos e setenta e três mil e cento e cinquenta e um) pessoas privadas de liberdade em todos os regimes (BRASIL, 2020). Deste número, segundo a mesma pesquisa, 33% deste número, são presos provisórios que ainda não foram condenados e estão presos devido alguma modalidade de prisão cautelar (BRASIL, 2020).

Ainda em 2015, considerando o cenário de superencarceramento do país e buscando efetivar um direito previsto nos tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, o Conselho Nacional de Justiça lançou o "Projeto Audiência de Custódia".

Posteriormente, o projeto foi regulamentado pela Resolução nº 213 do CNJ, de 15 de dezembro de 2015. A audiência de custódia aparece, portanto, como uma importante ferramenta no controle das prisões arbitrárias e ilegais, bem como de apuração e coibição das práticas de tortura e violência policial.

A partir de 2019, o termo "audiência de custódia" passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio no Código de Processo Penal (CPP) introduzido pelas alterações da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), disciplinando através do seu art. 310 a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia na ocorrência de prisão em flagrante dentro do prazo de 24 horas.

Outra alteração realizada pela Lei nº 13.964/2019 foi feita no art. 287 do CPP, no qual também prevê a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia em casos de mandados judiciais de prisão temporária, preventiva ou cumprimento definitivo da pena.

Considerando a previsão legal da audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio, passaremos a analisar os avanços advindos de tal modificação legislativa.

## 3. ASPECTOS POSITIVOS A PARTIR DA VIGÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Conforme já demonstrado, a inserção da previsão normativa de obrigatoriedade da realização de audiências de custódia no Brasil foi tardia. Para Bernardo de Azevedo e Souza (2015) este atraso deve ser considerado como comodismo por parte dos responsáveis pelas implementações de mecanismos jurídicos eficientes ao progresso do sistema processual penal brasileiro. Sobre o tema, vejamos as ponderações realizadas por Mateus Marques:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Diante do estudo realizado, é possível perceber que não basta o Brasil ter ratificado, no longínquo ano de 1992, o Pacto de San José da Costa Rica, se não houver comprometimento em relação à (necessária) alteração legislativa que altere o disposto no art. 306 do CPP determinando a apresentação do conduzido em até 24 horas após sua prisão à presença de um juiz ou alguém com poderes para representar. Nesse sentido, e em respeito aos deveres de proteção assumidos pelo estado brasileiro, essa lacuna só poderá ser devidamente ajustada quando houver comprometimento legislativo nesse sentido (MARQUES, 2016, p. 20).

Pelo exposto acima, cumpre destacar que apesar da tardia implementação do instituto da audiência de custódia no Brasil, através da Lei nº 13.964/2019 como um procedimento obrigatório, isto representa um grande avanço na consolidação de garantias constitucionais de proteção aos direitos humanos (ALBUQUERQUE; FUSINATO, 2020). Passaremos agora para análise pormenorizada dos avanços advindos da alteração legislativa dos arts. 310 e 287 do CPP.

Primeiramente, se observamos aos regramentos advindos do PIDCP e da CADH notaremos que estabelecem tão somente a necessidade de apresentação do preso a uma autoridade judicial sem determinar o prazo para realização deste procedimento. Com a redação conferida pela Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime), ficou estabelecido que este prazo deve ser de 24 horas contados a partir da prisão em flagrante. A Resolução nº 213 do CNJ desde 2015 já estabelecia igual prazo para apresentação. No entanto, existem controvérsias em razão de possíveis inconstitucionalidades da referida resolução, tendo em vista que é competência legislativa privativa da União regulamentar matéria de Direito Processual Penal (ANDRADE; ALFLEN, 2016).

De todo modo, a partir da vigência da Lei nº 13/964/2019 consolidando o prazo de 24 horas para apresentação do preso, a Resolução nº 213 do CNJ teve seus efeitos cessados quanto ao tema em questão e em razão de possíveis inconstitucionalidades (ALBUQUERQUE; FUSINATO, 2020).

Em segundo plano, a obrigatoriedade de realização de audiências de custódia com previsão expressa dentro do Código de Processo Penal brasileiro surge como um mecanismo que visa constitucionalizar o sistema penal, consubstanciando garantias fundamentais e visando consolidar o processo penal de forma mais humana (ALBUQUERQUE; FUSINATO, 2020).

Assim sendo, com a nova redação do art. 310 do CPP, estão inseridos alguns princípios processuais fundamentais pertinentes a obrigatoriedade de apresentação do

preso, quais sejam: o principio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CFRB/1988), necessidade de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CFRB/1988), excepcionalidade das prisões cautelares (art. 5º, LXVI, CFRB/1988), contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CFRB/1988).

Para além das abordagens realizadas acima, cumpre destacar que com a inserção de tal previsão normativa, ocorre um controle imediato por parte da autoridade competente com vistas em verificar a legalidade da prisão e sua possível conversão em outras medidas, revelando um combate ao encarceramento em massa que é enfrentado no Brasil (ALBUQUERQUE; FUSINATO, 2020).

Apesar de avanços significativos com a previsão expressa pelo Código de Processo Penal brasileiro da obrigatoriedade de realização das audiências de custódia, ainda existem lacunas e significativos aspectos negativos a serem ponderados sobre o tema, dos quais passaremos a verificar no próximo capítulo.

## 4. RESSONÂNCIAS NEGATIVAS DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO ART. 310 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELA LEI Nº 13.964/2019

Apesar dos significativos avanços experimentados com a inserção da obrigatoriedade de realização das audiências de custódia dentro do prazo de 24 horas no Código de Processo Penal, ainda existem falhas que persistem para a efetivação de tal direito e garantia ao preso. A redação do art. 310 do CPP indica que:

> Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:
>
> [...]
>
> § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.
>
> [...]

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva (BRASIL, 1941, p. [?]).

A partir da leitura do dispositivo legal mencionado acima, cumpre observar que sua redação conferiu a obrigatoriedade de apresentação do preso para autoridade competente apenas para os casos de flagrante delito, não sendo suportada nas demais modalidades de prisões existentes dentro do Código Processual Penal brasileiro. Assim, foram deixadas de fora as hipóteses de prisão preventiva, prisão temporária e a prisão para cumprimento definitivo de pena.

Apesar da restrição contida no art. 310 do CPP, o art. 287 do mesmo diploma legal aduz que "se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia". Assim, o referido artigo buscou tratar da realização de audiência de custódia nas hipóteses de prisões que decorrem de mandado judicial. No entanto, a redação deste dispositivo pode incorrer em algumas interpretações equivocadas. Vejamos:

> Em um primeiro momento, o dispositivo pode gerar a interpretação de que, nos casos de prisão decorrente de decisão judicial, a única hipótese em que deve ser realizada a audiência de custódia é quando o mandado não é apresentado pela autoridade no momento da detenção. Ou, em um segundo momento, pode dar a entender que a apresentação do indivíduo detido limita-se aos casos de infrações inafiançáveis (HAUSHAHN, 2020, p.46).

Independentemente do entendimento dado ao artigo 287 do CPP, não havendo a realização da audiência de custódia nas prisões que decorrem de ordem judicial, ocorre manifesta macula nas garantias e direitos dos presos, visto que não existe nos tratados internacionais que o Brasil é signatário (CADH e PIDCP) nenhum tipo de menção ou restrição quanto ao tipo de prisão e aplicação das audiências de custódia.

Tanto o CADH e PIDCP preconizam a universalidade da medida para todos os presos, independentemente da modalidade de prisão. Andrade e Alflen ao tratar sobre o tema relatam que a audiência de custódia é um instituto que reflete em todas as pessoas que possuem a sua liberdade restringida de alguma forma (ANDRADE; ALFLEN, 2017). Laura Gigante Albuquerque e Júlia Tormen ao tratar sobre o tema ressaltam que:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> As arbitrariedades e, principalmente, abusos por parte de quem está realizando a prisão estão vinculados ao ato da detenção, sendo irrelevante, portanto, se é derivado de um flagrante ou de ordem judicial. Por essa razão, se faz de extrema importância que a audiência de custódia ocorra após toda e qualquer prisão, uma vez que a rápida apresentação da pessoa presa resguarda a sua integridade física e psíquica no momento de vulnerabilidade frente aos agentes policiais (ALBUQUERQUE; FUSINATO, 2020, p. 583).

Pelo exposto acima, observamos que não houve preocupação legislativa com a edição da Lei nº 13.964/2019 em consolidar a realização da audiência de custódia de forma plena para todos os tipos de prisão, mesmo com a preexistência do CADH e PIDCP, abrindo margem para que ocorra a realização de apresentações de forma insuficiente ou até mesmo que seja dispensado tal procedimento, visto que não há previsão expressa em normal legal processual penal quanto à universalidade do procedimento para todos, independentemente da modalidade de prisão.

De igual modo, pela redação do §2º do art. 310, do CPP, observamos manifesta inconstitucionalidade por violação direta ao principio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CFRB/1988) dada a restrição de concessão da liberdade provisória se houver ocorrência de reincidência ou o individuo for integrante de "organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito" (BRASIL, 1941, p. [?]).

Quando a autoridade competente estiver diante de alguma das hipóteses mencionadas acima a regra é adotar a prisão provisória, não havendo como aplicar nenhuma medida cautelar diversa da prisão. Neste mesmo interim, ocorre também quebra ao principio da excepcionalidade da prisão provisória, visto que nestes casos o encarceramento não é a última medida a ser adotada pela autoridade competente, na verdade, ela será a única medida.

Por fim, outra alteração drástica resultante das alterações promovidas pelo Pacote Anticrime consiste na redação do §4º do art. 310 do CPP a qual alterou o termo inicial de contagem do prazo de 24 horas. Inicialmente, o §1º do art. 1 da Resolução nº 213 do CNJ destacava que o termo inicial de contagem seria a partir "da comunicação do flagrante à autoridade judicial competente" (BRASIL, 2015, p. [?]).

Com a vigência da Lei nº 13.964/2019 este prazo passou a ter como termo inicial é contado em 24 horas após a realização da prisão (art. 310, *caput,* CPP). Em questões

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

práticas, houve uma redução drástica do tempo para que seja realizada a audiência de custódia.

Não bastante, o §4º do art. 310, CPP infere que após mais 24 horas, ou seja, 48 horas da detenção do individuo, não ocorrendo realização da audiência de custódia sem motivação idônea, caberá o relaxamento da prisão (BADARÓ, 2020).

Assim sendo, críticos relatam que o referido texto legal não é condizente com a realidade brasileira, tendo em vista que a previsão normativa desconsidera "dificuldades práticas locais de várias regiões do país, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte" (BRASIL, 2020, p. 8). Ocorre que, em razão de interpretações diversas, principalmente ao que seria uma "motivação idônea" para a não realização da audiência de custódia, o §4º do art. 310 teve sua eficácia suspensa por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF de relatoria do Min. Luiz Fux.

Por todo o exposto, cumpre inferir que a Lei nº 13.964/2019 ao tratar sobre audiências de custódia deixou a desejar em vários aspectos, conforme demonstrado ao longo deste artigo cientifico. Por mais que o intuito de sua positivação tenha logrado êxito em alguns aspectos, ainda existem pontos a serem aperfeiçoados para tornar o instituto sólido e efetivamente garantista dentro do ordenamento jurídico pátrio.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo científico analisou as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 ao Código de Processo Penal com a inserção do procedimento de audiência de custódia como obrigatório dentro do prazo de 24 horas a partir da prisão do individuo. Constatamos que em resposta ao problema enfrentado nesta pesquisa, e possível afirmar que ocorreram implicações práticas positivas e negativas a partir da positivação de obrigatoriedade da apresentação do preso dentro de 24 horas perante autoridade judicial competente.

Apesar de críticas em razão das alterações advindas pela Lei Anticrime, o estabelecimento por lei federal de prazo para apresentação do preso para que se verifique a legalidade e a necessidade da prisão representa importante marco ao combate do encarceramento em massa, problema enfrentado pelo Brasil há muitos anos. Sua inserção ao Código de Processo Penal brasileiro significa avanço para enfretamento da crise carcerária que assola o país.

No entanto, conforme demonstrado neste artigo cientifico, o legislador não cuidou de assegurar tal direito de forma universal. A bem da verdade, a alteração promovida pela Lei Anticrime restringiu aplicação da audiência de custódia tão somente aos casos de prisão em flagrante delito (art. 310, *caput,* CPP) ou, aos casos de prisões que decorrem de ordem judicial (art. 287, CPP).

Ao segmentarem a aplicação do procedimento de apresentação do preso em audiência de custódia e não aplicarem a todo o tipo de prisão, o ordenamento jurídico pátrio abre lacuna para que ocorra o enfraquecimento da efetividade do instituto, vez que podem ocorrer apresentações insuficientes ou até mesmo inocorrência de realização da audiência de custódia, visto que não há previsão expressa de obrigatoriedade de sua realização para todos os tipos de prisão.

Ao mesmo tempo em que a apresentação do preso sob o procedimento de audiência de custódia representa significativos ganhos e salvaguardam direitos e garantias fundamentais. A redação dada ao art. 310, §2º do CPP recai em maculas ao principio da presunção de inocência e da excepcionalidade da pena.

Todas estas considerações demonstram, entre ganhos e retrocessos, que ainda são necessárias modificações ao texto normativo para que este se adeque aos ditames constitucionais e aos tratados internacionais. O Direito Processual Penal não pode e nem deve estar aquém dos direitos e garantias fundamentais inerentes aos presos.

**REFERÊNCIAS**

ALBUQUERQUE, Laura Gigante; FUSINATO, Júlia Tormen. **A Audiência de Custódia na Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019)**: Entre Avanços e Retrocessos. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 11, n. 26 (jan./jun. 2020). – Porto Alegre: DPE.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª ed., 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico] -- 6. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Disponível em: https://proview.thomsonreute rs.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8. Acesso em 10 de set. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 1941.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em:<http://www.planalt o.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em 10 de set. 2021.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 10 de set. 2021.

_____. **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. Acesso em 05/11/2020.

_____. **Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados:** nova ferramenta de visualização dos dados penitenciários vai possibilitar comparar informações de diferentes anos e categorias. Disponível em:<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados> Acesso em 10 de set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015.** Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf. Acesso em 10 de set. 2021.

HAUSHAHN, Bruno Bicca. **Audiência de custódia no código de processo penal: trajetória, avanços e lacunas.** Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2020.

MARQUES, Mateus. **Sobre a Implantação da Audiência de Custódia e a Proteção de Direitos Fundamentais no Âmbito do Sistema Multinível**. In ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. (Org.) Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **A Audiência de Custódia e o Preço do Comodismo**. In: Revista Síntese, Direito Penal e Processual Penal. Assunto Especial – Doutrina, Audiência de Custódia. Ano XVI, nº 93, Agosto – Setembro de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.298**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em 10 de set. 2021.

YUNG-TAY NETO, Pedro de Araújo. **O processo de implantação da audiência de custódia no Distrito Federal**. 2017. 234 f., il. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# REFLEXOS DA PANDEMIA DO CORONAVIRUS NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER.

**GERCIANA ALVES DE FREITAS**: Acadêmica de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins

IGOR DE ANDRADE BARBOSA[82]

(orientador)

**Resumo:** É importante destacar que a violência doméstica contra as mulheres sempre foi caracterizada por sua incidência e por sua gravidade, a qual envolve diversos conflitos e preocupações. Além disso, as evidências sociais e políticas dessa problemática estão atualizadas, pois somente nos últimos 50 anos é que a violência sofrida pelas mulheres ganhou destaque nacional, o que ficou notório com o advento da Lei nº 11.340/06. Assim, com a chegada da pandemia da Covid-19 no país e do isolamento social, e em especial no estado do Tocantins, ocorreram mudanças significativas no âmbito social e familiar, o que potencializou o aumento de conflitos e como consequência o aumento de casos de violência doméstica contra a mulher. Observa-se que vários são os fatores que contribuem para esse aumento, como por exemplo, o maior tempo de convívio, estresse, dificuldades financeiras e o consumo excessivo de álcool ou drogas ilícitas. Desse modo, o presente artigo tem como principal objetivo debater os impactos da pandemia e do isolamento social nas mulheres vítimas de violência doméstica e sua relação com o aumento no consumo de bebidas alcoólicas e outras substâncias afins. Para alcançar os objetivos estabelecidos, o presente artigo foi desenvolvido através de revisão literária, artigos, doutrinas, jurisprudências, análise da legislação contemporânea e dados estatísticos voltados para a temática.

**Palavras-Chave:** Direito Penal. Lei Maria da Penha. Isolamento Social. Drogas. Violência Doméstica. Pandemia e Coronavírus.

**Abstract:** It is important to highlight that domestic violence against women has always been characterized by its incidence and severity, in which it involves several conflicts and concerns in contemporary society. In addition, the social and political evidence of this problem is up-to-date, as it was only in the last 50 years that the importance of violence suffered by women gained national prominence, which became evident with the advent of Law 11,340/06. Thus, with the arrival of the

82 *Professor de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins e Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes. (email: igor.barbosa@catolica-to.edu.br)*

Covid-19 pandemic in the country and social isolation, and especially in the state of Tocantins, significant changes took place in the social and family sphere, which increased the increase in conflicts and, as a consequence, the increase in cases of Domestic violence against women. It is observed that several factors contribute to this increase, such as longer living together, stress, financial difficulties and excessive consumption of alcohol or illicit drugs. Thus, the main objective of this article is to discuss the impacts of the pandemic and social isolation on women victims of domestic violence and its relationship with the increase in the consumption of alcoholic beverages and other related substances. To achieve the established objectives, this article was developed through literary review, articles, doctrines, jurisprudence, analysis of contemporary legislation and statistical data focused on the theme.

**Keywords:** Criminal Law. Maria da Penha Law. Social Isolation. Drugs. Domestic Violence. Pandemic and Coronavirus.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Conceito e as Formas de Violência Doméstica Contra a Mulher. 3. Impactos da Pandemia e do Isolamento Social e seus Reflexos na Violência Doméstica Contra a Mulher. 4. Políticas de Combate e Prevenção Instituídas Durante a Pandemia. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas

## 1.Introdução

A violência contra a mulher é uma das principais e mais antigas violações aos direitos humanos, apresentando incontáveis vítimas ao longo de sua história, onde qualquer forma de coagir a mulher, seja física, sexual, psicológica ou patrimonial é considerada violência de gênero. No mundo, segundo dados da OMS, uma a cada três mulheres já foram vítimas de violência física ou sexual, sendo que na maioria dos casos os agressores são pessoas próximas ou conhecidas da vítima, e a própria casa é o local mais apontado como sítio de agressão (LIMA et al., 2020).

Além disso, é importante destacar que em tempos de crise, os indivíduos que constituem a sociedade são testados e podem enfrentar diversas situações degradantes, porém, é inegável que, para as mulheres, essa situação tornou-se mais delicada e precisa, pois a violência contra a mulher pode ser um reflexo dessas situações além da justificativa subjetiva da própria imagem feminina.

No atual contexto sanitário mundial, muitos países adotaram uma política de distanciamento social, a fim de reduzir a interação entre as pessoas e evitar novos casos de coronavírus. (WILDER-SMITH; FREEDMAN, 2020). Entretanto, essa medida tem impactado diretamente na vida de mulheres em situação de violência ou em relacionamentos abusivos, deixando-as mais expostas ao perigo e distantes das fontes de auxílio, como serviços de saúde, delegacias especializadas e instituições apoiadoras da causa (LIMA et al., 2020).

Considerando o caráter atípico da situação que a humanidade enfrenta, é importante indagar quais são as consequências da pandemia COVID-19 baseada no combate a violência contra as mulheres e para onde se dirige o problema.

Destarte, o foco do presente artigo recai em analisar o aumento no número de casos de violência doméstica contra a mulher durante a pandemia da covid-19 em razão do isolamento social e do aumento no consumo de substâncias.

## 2.Conceito e as formas de violência doméstica contra a mulher

Atualmente, a desigualdade de gênero é a principal causa de violência contra a mulher, no qual se destaca uma relação de incompatibilidade de poder, em que os comportamentos e escolhas são limitadas para a figura feminina. Sabe-se que, em muitos casos, as mulheres ficam ao lado do agressor por falta de recursos financeiros, medo, e até mesmo para proteger os filhos.

Marli da Costa e Quelen de Aquino (2011) analisa o tema da seguinte perspectiva: "a violência contra a mulher é um problema de relevância social, pois se refere não só às questões de criminalidade, como principalmente destaca-se como verdadeira afronta aos direitos das mulheres".

À vista disso, refletindo um vasto problema social, criminal e de saúde pública, interpreta-se que a violência, ao longo de muitos anos atinge principalmente as mulheres, no qual ocorre de forma oculta, minuciosa e subentendida, estando presente em gestos, palavras, assim como no silêncio, de maneira que desrespeita princípios e direitos da figura feminina.

Os tipos de violência doméstica contra a mulher se manifestam de várias formas possíveis, e geralmente se produzem de maneira sequencial e cumulativamente. Sendo assim, o artigo 7º da Lei 11.340/06 estabelece alguns critérios para classificar esses tipos de violência, vejamos:

> 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;

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> 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.

Segundo Cavalcanti (2007), "a violência física refere-se aos ataques físicos ao corpo das mulheres por meio de chutes, tapinhas, queimaduras, mordidas, facadas, estrangulamento, mutilação genital, tortura, assassinato, etc."

Nesse sentido, Féres-Carneiro (2003) leciona que a violência física é a atribuição de força com a intenção de causar dano, ou causar marcas insignificantes. Comumente usados são socos e chutes, ataques a objetos diversos e queimaduras por objetos ou calor líquidos, enquanto a violência psicológica se refere a ações ou ações destinadas a interromper ou impedir comportamentos, crenças e decisões por meio de intimidação, manipulação, ameaças, humilhação, isolamento ou qualquer outro tipo de dano atitudes de inação que agridam a saúde mental, evolução pessoal e autodeterminação.

Por outro lado, a violência sexual é considerada qualquer atividade sexual não autorizada, incluindo assédio sexual. Seu infortúnio é muito comum em 17 conflitos armados, como o resultado do tráfico internacional de mulheres e crianças para fins sexuais ou pornográficos. (CAVACANTI, 2007).

Assim, a violência sexual é caracterizada por comportamentos que incluem atitudes que se enquadram no conceito legal de estupro e agressão físicas às partes sexuais do corpo de uma pessoa, além de demandas sexuais excessivas que incomodam o parceiro e podem ser caracterizadas como sexo consentido desconfortável (CABRAL, 2008).

Quanto à violência moral, ela se manifesta como assédio moral, ou seja, violações por meio de palavras, gestos ou ações, bem como crimes de calúnia, injúria e difamação contra a mulher. (CAVALCANTI, 2007).

Já com relação a violência patrimonial, Delgado (2016) descreveu que a violência contra a propriedade mais frequentemente citada em casos de conflito conjugal é no caso de separação de fato, pela destruição de bens materiais e ferramentas pessoais ou retendo-os indevidamente para intimidar as mulheres  para restaurar ou continuar a relação entre marido e esposa. Outro exemplo dado pelo autor é que o cônjuge deduz ou oculta o patrimônio, utiliza exclusivamente o patrimônio e ainda estipula que a pensão alimentícia correspondente é reservada para a mulher, ou seja, a pensão alimentícia não é paga.

Não se deve esquecer que a legislação acima mencionada estipula que qualquer situação de violência doméstica é crime e deve ser investigada pela polícia e enviada ao Ministério Público. Portanto, tais crimes são julgados nos tribunais especializados de violência doméstica contra a mulher, que teve início logo após a promulgação de Maria da Penha, ou em tribunais criminais em cidades onde esses tribunais não existem.

## 3.Impactos da pandemia e do Isolamento social e seus reflexos na violência doméstica contra a mulher

Segundo estatísticas da Organização Mundial da Saúde uma em cada três mulheres já sofreu violência física ou sexual perpetrada por um parceiro íntimo. Menos de um mês após ser declarado o estado de pandemia, a Organização Mundial da Saúde alertou que a violência contra mulheres durante períodos de emergência é uma grande ameaça à saúde pública global e tende a aumentar.

Segundo o The Guardian (2020), o aumento de casos de violência doméstica, durante a pandemia da COVID-19 tem sido observado como um padrão repetido globalmente, apontando para números alarmantes (Graham-Harrison, 2020). Embora os

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

dados sejam ainda preliminares, já existem relatos em vários países que sugerem aumento nos casos de violência doméstica desde o início do surto de COVID-19. A exemplo disso, a Espanha registrou um aumento de 20% de chamadas para linha de apoio à mulher; no Reino Unido, as chamadas para a Linha de Apoio à Violência Doméstica aumentaram 25% uma semana após o anúncio de medidas de distanciamento social (Kelly & Morgan, 2020) enquanto na França o aumento foi de 36% (RFI, 2020). Já na área de Jingzhou, na China, o número de casos de violência doméstica relatados foi três vezes maior em fevereiro de 2020, em comparação com o mesmo período do ano passado (Allen-Ebrahimian, 2020).

No Brasil, o compartilhamento de espaço com um perpetrador de violência durante o confinamento acende um alerta, pois é sabido que no país, a cada 7.2 segundos uma mulher é vítima de violência física (Violence-Clocks, 2020) e, entre 2012 e 2017, os homicídios de mulheres dentro de casa cresceram 17,1% (IPEA, 2019). Após o início da pandemia, evidenciou-se um aumento de 40% ou 50% dos casos de violência reportados no Brasil (BBC, 2020). Uma queda substancial nos registros de lesão corporal dolosa, foi evidenciada em diversos estados brasileiros no comparativo entre março de 2019 e março de 2020, provavelmente por conta da necessidade da presença física das vítimas para registrar o boletim de ocorrência.

É provável que o isolamento social, necessário nesse momento, favoreça os abusadores a se utilizar de estratégias de controle, vigilância e coerção, com mais facilidade (van Gelder et al., 2020). Ressalta-se, também, que restrições rigorosas de mobilidade e de acesso aos serviços de proteção impedem a busca por ajuda e vias de fuga, o que gera uma limitação na possibilidade de prover auxílio às vítimas, podendo exacerbar a exposição à violência (Bradbury-Jones & Isham, 2020). Junto a isso, é preciso considerar que alguns fatores de risco para a violência doméstica como o estresse, desemprego, renda reduzida, recursos limitados e suporte social limitado podem contribuir para esse aumento e persistir por algum tempo após o término da pandemia (Campbell, 2020).

Ainda, identifica-se que o estresse adicional pelas possíveis perdas econômicas ou de emprego, ao exemplo do que aconteceu em crises passadas, os efeitos econômicos tiveram ressonâncias na saúde mental e na intensificação do consumo de drogas (de Goeij et al., 2015; Dom et al., 2016; Ornell, Moura, et al., 2020; Uutela, 2010). É importante destacar que a relação entre o consumo de álcool e substâncias psicoativas com a violência doméstica já está bem estabelecida. O uso de drogas pode provocar alterações no pensamento, julgamento, tomada de decisões e comportamento, deixando a pessoa mais impulsiva e violenta.

No contexto da atual pandemia, observou-se que o isolamento favoreceu a intensificação do consumo de álcool dentro do ambiente familiar (Campbell, 2020). Na Austrália, com a implementação de medidas de distanciamento social, as vendas de álcool

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

aumentaram em mais de 36%. O fechamento de estabelecimentos como bares e pubs potencializou o uso de substância em casa (Commbank, 2020). Esses fatores contribuíram para uma vulnerabilidade maior para a ocorrência de violência doméstica, seja verbal, física, sexual, sobretudo, em mulheres que encontram-se em relacionamentos abusivos (Yang et al., 2020).

Outro fator importante de ser mencionado é que, durante a pandemia, o acesso aos tratamentos tradicionais para usuários de substâncias estão mais escassos e modificados, aumentando as chances de recaídas que podem levar ao desequilíbrio do ambiente familiar (NIDA, 2020; Ornell, Moura, et al., 2020).

Esse quadro pode gerar inúmeras consequências a curto e médio prazo nas mulheres e seus filhos, afetando diferentes níveis de sua saúde física, mental, sexual e reprodutiva (infecções sexualmente transmissíveis, HIV e gravidez indesejada). Mulheres vítimas de violência podem apresentar reações psicológicas imediatas que envolvem medo extremo, culpa, vergonha, raiva, baixa autoestima que conduzem a um afastamento das famílias e rede social, contribuindo ainda mais para a invisibilidade do problema. A longo prazo, as consequências são mais pervasivas e profundas, afetando inúmeras áreas de funcionamento como, por exemplo, incapacidade de estabelecer relações de confiança; baixa capacidade social; comunicação prejudicada; comportamento autodestrutivo; exclusão social; transtornos por uso de substâncias; distúrbios alimentares; TEPT e tentativas de suicídio (Kachaeva, Dozortseva, & Nutskova, 2020), o que demanda uma escuta diferenciada por parte dos profissionais (Aakvaag et al., 2016).

A identificação do aumento recente da violência doméstica em nível mundial, evidencia a necessidade da proposição de ações específicas de proteção desta parcela da população, cuja vulnerabilidade tende a aumentar neste período. Sobretudo, pela invisibilidade do contexto privado e distanciamento de familiares e amigos, que poderiam fornecer apoio e proteção na esfera informal. É fundamental que os sistemas de saúde e segurança implementem respostas rápidas e estratégias que apontem para duas linhas de ação: preventivas e protetivas.

## 4.Políticas de combate e prevenção Instituídas durante a pandemia

Desde 1990, a violência contra a mulher é designada como problema de saúde pública e reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que tem efetivamente enfrentado e prevenido esse incidente (PAIVA et al., 2014).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Vale ressaltar que é determinado como uma violação dos direitos humanos e também é um problema de saúde pública, pois afeta a qualidade de vida e a saúde das mulheres, além da sua vida social e, portanto, tem impacto também psicológico.

Nesse caminho, as políticas públicas são ações formuladas pelo Estado que objetivam buscar prioridades em recursos humanos e financeiros vitais para sua implementação, representando o compromisso do governo com as necessidades sociais, confirmando-se como o elemento definidor da introdução do tema no plano de ação nacional (SOUZA, 2007).

Vale destacar que, nesta etapa, o combate à violência contra a mulher requer uma combinação de fatores políticos, jurídicos e, principalmente, culturais, para que a sociedade possa olhá-lo sob uma nova perspectiva. Para tanto, o Brasil promulgou a Lei nº 10.778 / 2003 (Notificação Compulsória às Instituições de Saúde), que estipula que as instituições públicas ou privadas de saúde devem notificar todos os tipos de violência contra a mulher, sejam suspeitos ou confirmados.

De acordo com a lei, as pessoas físicas em geral, especialmente os profissionais de saúde e entidades públicas ou privadas, bem como as instituições que prestam assistência às vítimas (hospitais, postos de saúde, instituições médicas, clínicas) devem notificar esses casos. (LIMA, 2009).

> Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados.
>
> Art. 1º Constituem objeto de notificação compulsória, em todo o território nacional, os casos em que houver indícios ou confirmação de violência contra a mulher atendida em serviços de saúde públicos e privados. (Redação dada pela Lei nº 13.931, de 2019) (Vigência)
>
> § 1o Para os efeitos desta Lei, entende-se por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, inclusive decorrente de discriminação ou desigualdade étnica, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público quanto no privado. (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)
>
> § 2o Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica e que:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> I – tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual;
>
> II – tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus-tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar; e
>
> III – seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.
>
> § 3o Para efeito da definição serão observados também as convenções e acordos internacionais assinados pelo Brasil, que disponham sobre prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.
>
> § 4º Os casos em que houver indícios ou confirmação de violência contra a mulher referidos no caput deste artigo serão obrigatoriamente comunicados à autoridade policial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, para as providências cabíveis e para fins estatísticos

Para Souza (2015), a política de enfrentamento à violência contra a mulher ainda não foi implementada, por isso os profissionais que atuam com vítimas de violência têm encontrado dificuldades na realização de seu trabalho. Da mesma forma, faltam teorias e técnicas para orientar os psicólogos nessa área.

Nessa discussão, existem algumas prioridades e avanços no combate à violência contra a mulher, como reavaliar e analisar a legislação nacional para garantir a implementação dos tratados nacionais ratificados, e promover atenção à saúde da mulher em casos de violência.

**4.1 Lei 14.022 de 2020**

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Mesmo com todo o crescimento do estudo e da ênfase em relação à temática da violência doméstica, a concepção de que "em briga de marido e mulher não se mete a colher" ainda é um obstáculo a ser enfrentado e ultrapassado. Muitos ainda têm essa percepção de que a intimidade do casal não deve ser "invadida", mesmo quando se está presente a violência. E, com a ocorrência da pandemia, a incidência desses conflitos teve um crescimento exponencial.

O Direito, como ciência social aplicada, deve acompanhar as demandas sociais e a realidade dos acontecimentos que impactam diretamente a sociedade. E essa atuação diz respeito a diversas formas de aplicação de instrumentos que visem proteger os direitos individuais e fundamentais resguardados pelo sistema normativo interno.

Como forma de instituir mecanismos de acesso célere da vítima de violência doméstica à justiça, foi publicada a Lei n. 14.022, em 07 de julho de 2020, responsável por combater de forma mais incisiva esse tipo de violência, não apenas contra a mulher, mas no que tange ao público mais vulnerável, como crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência.

> Art. 5º-A Enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019:
>
> I - os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas que tenham relação com atos de violência doméstica e familiar cometidos contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência serão mantidos, sem suspensão;
>
> II - o registro da ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher e de crimes cometidos contra criança, adolescente, pessoa idosa ou pessoa com deficiência poderá ser realizado por meio eletrônico ou por meio de número de telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública;
>
> Parágrafo único. Os processos de que trata o inciso I do caput deste artigo serão considerados de natureza urgente (BRASIL, 2020).

A legislação trouxe uma prioridade processual e de tratamento em relação aos processos, medidas protetivas e apuração de casos que envolvem violência doméstica. Assim, estabelecendo esse tipo de violência como questão de ordem pública e ressaltando a necessidade de celeridade no seu tratamento.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, essa agilidade deve se pautar tanto no atendimento presencial, como também no atendimento online, por meio de instrumentos digitais de comunicação, com o intuito de facilitar o acesso para as mulheres que tem dificuldade de sair das suas residências durante o período de isolamento social.

A Lei nº. 14.022 também especificou o atendimento presencial para os casos De violência doméstica que envolvem delitos graves, como é o caso da lesão grave e gravíssima, feminicídio e estupro de vulnerável.

Assim sendo, a Lei 14.022/2020 teve o relevante papel de regulamentar o funcionamento dos órgãos competentes para o trâmite de medidas que visem a conferir proteção específica para mulheres, crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, adaptando o procedimento das respectivas normas aplicáveis para deferir-lhes uma mais adequada proteção de seus direitos. Os principais pontos da lei se referem à possibilidade de solicitação e concessão de medidas protetivas por meios eletrônicos, prorrogação automática das medidas até o final da pandemia e, ainda, o estabelecimento da necessidade de realização de campanha informativa sobre tais questões (CALMON,2020).

## 5.Conclusão

A partir desse estudo, observa-se a importância do debate sobre a violência contra a mulher e a necessidade de reforçar iniciativas já instituídas e criar medidas inéditas e criativas que atendam e acolham essas vítimas.

A prioridade do cenário atual é salvar vidas, seja no combate ao COVID19 ou no combate a violência doméstica. O objetivo da nossa sociedade é o fim da violência contra as mulheres, crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiências e todo o grupo mais vulnerável.

A aprovação da Lei 14.022/2020, veio como um grande avanço no combate a violência contra mulher em tempos de isolamento social, permitindo as autoridades competentes novos instrumentos para o acolhimento das vítimas e punição dos agressores. Em conjunto com as leis já criadas como a Lei Maria da Penha, por exemplo, é importante reforçar o combate desse ilícito de forma mais efetiva.

No entanto, ainda há um grande caminho a ser percorrido na efetivação das leis desenvolvidas na prática. Entende-se que, a pandemia do COVID-19, gerou um verdadeiro colapso na saúde pública e certamente há como consequência um grande número de mulheres em estado de vulnerabilidade econômica.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Essa vulnerabilidade, conforme já citado, gera uma grande dependência das vítimas da violência doméstica a seus agressores resultando na dificuldade no rompimento desse ciclo de violência.

Portanto, é válido o investimento da política pública no empoderamento feminino voltado para o empreendedorismo e economia, trazendo as vítimas uma nova perspectiva para seguir os seus caminhos, rompendo esses laços de dependência e recuperando o amor próprio.

**Referências Bibliográficas**

Allen-Ebrahimian, B. (2020). **China's coronavirus quarantines raise domestic violence fears**. Axios. Disponível em: https://www.axios.com/china-domestic-violence-coronavirus-quarantine-7b00c3ba-35bc-4d16-afdd-b76ecfb28882.html Acesso em: 15 mai.2022

Bradbury-Jones, C., & Isham, L. (2020). **The Pandemic Paradox: The Consequences of COVID-19 on Domestic Violence**. J Clin Nurs, 29, 1-3.

BRASIL. **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006, LEI MARIA DA PENHA.** Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11340-7agosto-2006-545133-normaatualizada-pl.pdf Acesso em: 18 mai.2022.

BRASIL. **Lei nº 14.022/2020 de 07 de Julho de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional. Brasília, DF, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm> Acesso em: 03 mai. 2022.

CALMON, Patricia Novais. Revista Consultor Jurídico. **Lei 14.022 é essencial para o combate à violência contra vulneráveis na Covid-19**. Consultor Jurídico – CONJUR, São Paulo, 23 jul. 2020. Disponível em:https://www.conjur.com.br/2020-jul-23/patricia-novais-papel-lei-14022-crisecovid-19 Acesso em: 10 mai. 2022.

Campbell, A. M. (2020). **An increasing risk of family violence during the Covid-19 pandemic: Strengthening community collaborations to save lives**. Forensic Science International: Reports, 2.

Commonwealth Bank of Australia, Global Economic (Commbank). (2020). **An early look at how the coronavirus is affecting household spending**. Disponível em:

https://www.commbank.com.au/guidance/business/an-early-look-at-how-the-coronavirus-is-affecting-household-spen-202003.html Acesso em: 20 mai.2022

COSTA, Marli Marlene Moraes da. AQUINO, Quelen Brondani de**. A violência contra a mulher: breve abordagem sobre a Lei Maria da Penha**. Disponível em: <file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/738-Texto%20do%20artigo-2135-11020131001.pdf> Acesso em: 21 mai.2022.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica –Lei Maria da Penha: comentado artigo por artigo**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DE GOEIJ, M. C., Suhrcke, M., Toffolutti, V., van de Mheen, D., Schoenmakers, T. M., & Kunst, A. E. (2015). **How economic crises affect alcohol consumption and alcohol-related health problems: a realist systematic review**. Soc Sci Med, 131, 131-146.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6. ed. rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

Dom, G., Samochowiec, J., Evans-Lacko, S., Wahlbeck, K., Van Hal, G., & McDaid, D. (2016). **The Impact of the 2008 Economic Crisis on Substance Use Patterns in the Countries of the European Union. International journal of environmental research and public health**, 13(1), 122.

FEIX, Virgínia. **Das formas de Violência Contra a Mulher – Artigo 7º**. 2014. Disponível em: <https://themis.org.br/wp-content/uploads/2015/04/LMP-comentada-perspectiva-juridico-feminista.pdf>. Acesso em: 28 Abr. 2022.

Graham-Harrison, E., Giuffrida, A., Smith, H., & Ford, L. (2020, 2020-03-28). **Lockdowns around the world bring rise in domestic violence.** The Guardian. Disponível em: https://www.theguardian.com/society/2020/mar/28/lockdowns-world-rise-domestic-violence Acesso em: 25 mai.2022.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**; Fórum Brasileiro de Segurança Pública (IPEA), & Forum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). (2019). Atlas da Violência 2019. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf Acesso em: 25 mai.2022.

Kachaeva, M. A., Dozortseva, E. G., & Nutskova, E. V. (2020). **The long-term effects of domestic violence against women and girls**. Psychology and Law, 7(3), 110-126.

Kelly, J., & Morgan, T. (2020). **Coronavirus: Domestic abuse calls up 25% since lockdown, charity says**. BBC World. Disponível em: https://www.bbc.com/news/uk-52157620 Acesso em: 25 mai.2022.

Li, W., Yang, Y., Liu, Z. H., Zhao, Y. J., Zhang, Q., Zhang, L., et al. (2020). **Progression of Mental Health Services during the COVID-19 Outbreak in China**. Int J Biol Sci, 16(10), 1732-1738.

LIMA, C. A. de et al. **COVID-19: isolations, quarantines and domestic violence in rural areas.** SciMedicine Journal, Itália, v. 2, n. 1, p. 44-45, 2020. Disponível em: <https://scimedjournal.org/index.php/SMJ/article/view/102> Acesso em: 23 mai.

2022.

NIDA. (2020). **COVID-19: Potential Implications for Individuals with Substance Use Disorders**. Disponível em: https://www.drugabuse.gov/about-nida/noras-blog/2020/04/covid-19-potential-implications-individuals-substance-use-disorders#:~:text=Because%20it%20attacks%20the%20lungs,on%20respiratory%20and%20pulmonary%20health Acesso em: 15 mai.2022

Ornell, F., Moura, H. F., Scherer, J. N., Pechansky, F., Kessler, F., & von Diemen, L. (2020). **The COVID-19 Pandemic and Its Impact on Substance Use: Implications for Prevention and Treatment**. Psychiatry research.

Radio France Internationale (RFI). (2020). Covid-19: **Women trapped between a deadly virus and a deadly partner**. Disponível em: http://www.rfi.fr/en/france/20200406-covid-19-trapping-women-between-a-deadly-virus-and-a-deadly-partner-domestic-abuse-coronavirus Acesso em: 02 mai.2022.

Uutela, A. (2010). **Economic crisis and mental health**. Curr Opin Psychiatry, 23(2), 127-130.

Violence-Clocks. (2020). **Violence Clocks**. Disponível em: http://www.relogiosdaviolencia.com.br

WILDER-SMITH, A.; FREEDMAN, D. O**. Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) outbreak.** Journal of Travel Medicine, Oxford, v. 27, n. 2, taaa020, Mar. 2020. Disponível em: https://academic.oup.com/jtm/article/27/2/taaa020/5735321 Acesso em: 19

mai. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **COVID-19 and violence against women: what the health sector/system can do**. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331699/WHO-SRH-20.04-eng.pdf> Acesso em: 23 mai. 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# INJÚRIA RACIAL PRATICADA NAS REDES SOCIAIS

**LORENA AIMEE MONTEIRO FROTA**: Bacharela em Direito pelo CEULM/ULBRA - Centro Universitário Luterano de Manaus.[83]

RUBENS ALVES[84]

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como analisar a injuria racial praticada nas redes sociais, e como os tribunais como o tribunal do Estado do Amazonas tem tratado a questão dos crimes de racismo praticado nas redes sociais. A globalização do mundo, o multiculturalismo promovido pelo processo de expansão e miscigenação dos povos e o desenvolvimento industrial e tecnológico, não foram suficientes para transmudar concepções intelectuais levianas de parte da sociedade, sobre a desigualdade racial. O preconceito de raça advindo dos tempos coloniais, encontra impulso na mente de algumas pessoas, que ainda promovem a segregação racial. Concluiu-se que, as redes sociais, são os principais meios para o cometimento desse ilícito penal na internet, valendo-se do anonimato e da possibilidade de impunidade que este meio proporciona, além do fato da nossa legislação não possuir meios de punir os agentes imputáveis. A esperança está concentrada na aprovação de lei que regulamente a pratica desse delito.

**Palavras-Chave:** Injuria Racial; Rede Social; Crimes Viirtuais.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho presente trabalho tem como objetivo fazer um estudo sobre a injuria racial praticada nas redes sociais, e como os tribunais como o tribunal do Estado do Amazonas tem tratado a questão dos crimes de racismo praticado nas redes sociais.

O racismo está presente na sociedade há muitos séculos, pois, o ser humano sempre teve a necessidade de mostrar que é superior, principalmente de forma xenofóbica. Segundo (MASSON, 2011, p. 185), "racismo é a divisão dos seres humanos em raças, superiores ou inferiores, resultante de um processo de conteúdo meramente político-

83Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA/Manaus, AM. E-mail: nome.sobrenome@rede.ulbra.br

84 Bacharel em direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito. Membro Relator da 3ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, Seccional do Amazonas. E-mail: rubens.silva@ulbra.br.

social. Desse pressuposto origina-se essa prática nefasta que, por sua vez, gera discriminação e preconceito segregacionista".

O racismo não pode ser tolerado, em hipótese alguma, pois a ciência já demonstrou, com a definição e o mapeamento do genoma humano, que não existem distinções entre os seres humanos, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura ou quaisquer outras características físicas. Não há diferença biológica entre os seres humanos, que na essência, biológica ou constitucional (art. 5º, caput) são todos iguais. O estudo "2018 Global Digital" realizado pelo site "We are social" revelou que os brasileiros gastam em média 3,5 horas nas redes sociais, de um total de 9 horas por dia navegando na internet. As redes sociais se transformaram em populares comunidades virtuais, onde bilhões de usuários estão conectados todos os dias. Atualmente, dois em cada sete habitantes do planeta utilizam diariamente o Facebook, a rede social mais popular do planeta (SANTOS, 2015). Com o crescimento dessas mídias sociais consequentemente aumenta a migração do crime para o seu ambiente. Um relatório divulgado em 2017 pela Norton Cyber Security revelou que o Brasil é o segundo país do mundo com o maior número de casos de crimes cibernéticos.

Desse modo, segundo Kaminski (2002, p. 202). "Entre as inovações tecnológicas que se estendem incrivelmente, a internet acaba apresentando claros desafios à aplicação de regras jurídicas (nacionais) no seu espaço (global). Essas dificuldades, no entanto, não podem servir de justificativa para que os Estados deixem de tentar intervir naquela dinâmica, regulamentando objetos e condutas de interesse público." Sendo assim, é necessária a atuação da justiça esteja em concordância tanto em conhecimento técnico quanto legislativo, oferecendo assim um ambiente livre de discriminação aos usuários.

A motivação para a realização deste projeto foi a incidência extremamente notória no mundo cibernético da utilização das redes sociais para a propagação de injúria racial entre usuários, em 2017 a ONG SAFERNET BRASIL recebeu cerca de 1.751 denúncias de racismo na rede social, quase 58,3% dos registros realizados em toda a internet. Sendo assim, o presente trabalho visa responder a seguinte problemática. como o tribunal do Estado do Amazonas tem tratado a questão dos crimes de racismo praticado nas redes sociais? No será dividido em três capítulos: o primeiro consiste em fazer um estudo sobre o contexto histórico dos direitos fundamentais e evolução no brasil, bem como da liberdade de expressão na constituição federal.

Portanto, no segundo faz-se necessário realizar breves considerações acerca dos crimes contra a honra praticados na internet, assim como, distinguir as diferenças entre a injúria qualificada pelo preconceito e o racismo. Por fim, será realizado um levantamento

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

sobre as inovações no posicionamento jurisprudencial do Estado do Amazonas em comparação aos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro no que tange ao combate aos crimes de injuria racial nas redes sociais.

## 2 DESENVOLVIMENTO

O tema em estudo tem como referencial teórico analisando o contexto histórico dos direitos fundamentais e evolução no Brasil e as considerações acerca dos crimes contra a honra praticados na internet.

### 2.1 Histórico do Tema

Historicamente, o tema surgiu Nesse caso, a Constituição do Império de 1824 já colocava os direitos fundamentais de primeira dimensão, os direitos fundamentais no Título 8, sob a denominação de "Garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos do Brasil". José Alfonso da Silva acredita que esta Constituição é a primeira do mundo a afirmar e restringir os direitos humanos, e dotá-los de uma efetiva especificidade jurídica. Já prevê muitos direitos individuais, como liberdade, segurança pessoal e propriedade. A constituição de 1824 ainda reconhecia direitos sociais que somente outras nações poderiam constitucionalizar no final do século XIX (LEMGRUBER, 2016).

No entanto, tal constituição também possui poder regulatório, o que é uma restrição à efetiva realização dos direitos. Assim, ao estabelecer os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões, a Constituição de 1824 não garante o exercício desses direitos. Com o reconhecimento do movimento social, a constituição de 1934 estabeleceu o estado social brasileiro. Esta constituição foi desenvolvida após o movimento político-militar de 1930 e foi fortemente influenciada por constituições europeias como a República (WEIMAR, 1919).

A Constituição brasileira de 1934 garantiu uma série de direitos, entre eles a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, acrescentando características essenciais aos direitos sociais. Em termos de ordem trabalhista e social, a nova ordem constitucional também trouxe resultados relevantes e significativos. Assim, a Constituição de 1934 foi capaz de inovar na santificação dos direitos fundamentais. Em 1937, no entanto, o totalitarismo suprimiu os direitos humanos, e essa supressão também se refletiu nas constituições de 1967 e 1969. As cartas de 1967 e 1969 representam uma redução desses direitos (SANTOS, 2001).

Assim, a partir da Constituição de 1934, além dos instrumentos ditatoriais, além dos direitos e garantias individuais, também são estipulados os direitos de nacionalidade do povo, direitos políticos e direitos econômicos e sociais. A Constituição de 1946 reforça os direitos fundamentais reconhecidos nos capítulos sobre nacionalidade e cidadania e direitos e garantias individuais. A Constituição voltou a proibir a pena de morte e a prisão

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

perpétua e restabeleceu mecanismos de garantia dos direitos fundamentais. Além de respeitar a legalidade e a indetectabilidade legal, outras inovações surgiram a partir do documento de 1946, como habeas corpus, ordens de execução e ações populares (SILVEIRA, 2006).

A Constituição de 1988, conhecida como Constituição dos Cidadãos, trata dos direitos e garantias fundamentais em seu texto. Esta carta promove uma real reorganização do Estado brasileiro e de seus direitos fundamentais. O que será visto no próximo tópico.

## 2.2 Legislação

A legislação específica do tema será apresentada em blocos, destacando-se a Constituição Federal e, na sequência, a legislação infraconstitucional, conforme segue:

### *2.2.1 Constituição Federal*

A Constituição de 1988, conhecida como Constituição dos Cidadãos, trata dos direitos e garantias fundamentais em seu texto. Esta carta promove uma real reorganização do Estado brasileiro e de seus direitos fundamentais.

O segundo capítulo estabelece os direitos e garantias fundamentais e está dividido em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Então fica um:

a) Direitos individuais e coletivos: são os direitos relacionados ao conceito de pessoa e sua personalidade, bem como os direitos à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Esses direitos estão consagrados no artigo 5º da Constituição Federal. Os direitos individuais são privilégios que os indivíduos usam contra a vontade do Estado. Por outro lado, os direitos coletivos pertencem ao coletivo legalmente vinculado;

b) Direitos sociais: São os interesses positivos do Estado, ou seja, o Estado deve garantir as liberdades positivas dos indivíduos. Esses direitos dizem respeito aos direitos que o Estado deve proporcionar, como o direito à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção materno-infantil e assistência aos pobres. O artigo 6º da Constituição Federal prevê esses direitos;

c) o direito à nacionalidade: o vínculo jurídico e político entre o indivíduo e o Estado através do qual o indivíduo passa a fazer parte do Estado;

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

d) Direitos políticos: permitir que os indivíduos exerçam seus direitos civis e participem ativamente dos assuntos políticos nacionais. O artigo 14 da Constituição Federal elenca esses direitos;

e) Direitos relativos à existência, organização e participação dos partidos políticos: garantem a autonomia e a plena liberdade dos partidos políticos para a manutenção e proteção do Estado Democrático de Direito. Esses direitos estão consagrados no artigo 17 da Constituição Federal.

A Constituição de 1988 ampliou os direitos fundamentais para reconhecer não apenas os direitos individuais e sociais, mas também o direito à solidariedade (a terceira dimensão).

A dignidade humana constitui a base do Estado Democrático de Direito (arts. 1º, III). Portanto, a proteção dos direitos fundamentais torna-se um problema.

Desde 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, a prática do racismo é considerada crime imprescritível e inafiançável, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

> 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:
>
> (...) XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Analisando os termos da Constituição, infere-se que a Constituição Cidadã visa garantir os direitos humanos e elevá-los a um nível básico. No entanto, não basta a santificação desses direitos, o Estado também precisa implementar esses direitos para que a sociedade possa usufruir dos direitos garantidos pela constituição.

*2.2.2 Legislação Infraconstitucional*

A injúria é crime de dano racial no qual é classificado como uma daquelas violações da honra ou decoro de um determinado e determinado indivíduo sob a lei penal. O dano racial é admitido quando o crime é contra raça, cor, etnia, religião ou origem, e é considerado elegível quando esses fatores estão presentes, punível com reclusão de um a três anos (BRASIL, 1940)

A legislação infraconstitucional aborda o tema particularmente possui tipificação prevista no artigo 140 §3°, título I, capítulo V, da parte especial do código penal brasileiro.



Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A honra ao qual se refere o conceito, se divide em honra objetiva e subjetiva, sendo a honra subjetiva o caráter particular ao qual importa o que o indivíduo pensa sobre si mesmo, e a objetiva o que a sociedade pensa sobre determinado indivíduo, sendo imprescindível que além do dolo, seja exteriorizada a conduta de injuriar. Também é classificado como delito formal, o qual é necessário a consumação para ser considerado fato típico e ilícito (BRASIL,1940).

No que tange ao crime de racismo, sua intenção deve ser dirigida a um grupo e ser de natureza racial, étnica, religiosa e colorida. É um crime sem calendário e inafiançável e existem leis na lei 7.716/89 (GRECO, 2015). De acordo com o Código Penal, de todos os crimes contra a reputação, o dano é o menor dos crimes. No entanto, quando são utilizados elementos relacionados à raça, cor, etnia, religião, procedência, ou ao idoso ou deficiente, torna-se uma lesão preconceituosa, de modo que a pena pode ser igual à do homicídio culposo (GRECO,2015)

> § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Sendo assim, o Código Penal dvide o delito de injúria em três espécies, no qual a primeira injúria simples, prevista no caput do artigo 140. Já segunda em injúria real que se tem previsão legal no §2° do artigo 140, e por fim, a injúria preconceituosa, prevista no §3° do artigo 140.

De acordo com Carlos Alberto Caó de Oliveira, ex-deputado federal, jornalista e advogado, falecido em fevereiro de 2018, no qual ele foi o autor do PL 52/88, projeto de lei que deu início à Lei 7.716/89, conhecida também como Lei Caó, o projeto de lei entrou em vigor graças ao compromisso de grupos de direitos humanos, especialmente outros relacionados à proteção de minorias (ANGELI FRANCISCO, 2021, p. 14).

A legislação mencionada acima foi promulgada por José Sarney, ex-Presidente da República, determinava os crimes decorrentes de discriminação de raça ou de cor, que posterior nova redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/1997, passou a determinar os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (ANGELI FRANCISCO, 2021, p. 14).

Sendo assim, a Lei 7.716/89, denominada de Lei Caó, para complementar a garantia de igualdade da Constituição Federal de 1988, o objeto de análise deste estudo concentra-se na discriminação e no preconceito. Analisarei brevemente os dispositivos da lei para esclarecer os objetivos de cada crime.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> "Art 1º – Serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional." (BRASIL, 1989).

Dando andamento ao estudo da Lei nº 7.716/89, nos termos o artigo 6º, dispõe:

> "Art. 6º - Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau: Pena – reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos. Parágrafo único – Se o crime for praticado contra menor de 18 (dezoito) anos a pena é agravada de 1/3 (um terço).

Cabe destacar que o processo penal para os delitos listados na Lei nº 7.716/89 é público e incondicional, enquanto no caso do delito de lesão que prejudica a elegibilidade é um processo penal privado. Assim, portanto, quando um delito é cometido contra apenas uma pessoa, como xingar um negro como "preto bastardo", o delito seria crime previsto no artigo 140 do Código Penal, pois ofende o direito subjetivo da vítima. honra "apenas" (BRASIL, 1989).

Mas se, ao falar de crime, ele disser: "Só pode ser coisa de preto!", pensa-se que está diante de um dos tipos de crime que a lei n. 7.716/1989, pois mesmo quando o autor se manifestou contra uma única vítima, mesmo em breves desentendimentos", afirmou inequivocamente o preconceito contra a raça negra ou aqueles que possuíam a "cor" negra, pois a expressão ao ser utilizada se tem o pensamento que inclui que todos os negros fazem coisa errado" (SANTOS, 2001, p. 126).

Muitas são as posições doutrinarias afim de inserção da injúria no conceito de racismo, contudo, surge muitas lacunas que precisam ser sanadas.

## 2.3 Jurisprudência

De acordo com o Art. 140 do Código Penal, prevê:

> "Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
>
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa."

Portanto, o crime de dano racial ou de dano condicionado a preconceito está localizado no artigo do Código Penal que trata das ofensas à honra, e é no parágrafo terceiro do artigo 140 que o crime de dano é colocado em sua forma qualificada (preconceito).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> "§3º: Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003).
>
> Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459/97)."

Assim, o dano definido pelo preconceito é descrito aqui. Tais termos são tecnicamente mais apropriados do que danos raciais, pois os crimes podem estar relacionados não apenas à raça, mas também a outros fatores, como religião, origem, condição de idoso ou pessoas com deficiência física ou mental.

A temática foi analisada nos autos do Processo 0721872-28.2017.8.13.0024 Belo Horizonte e 4002260-67.2018.8.04.0000 - AM, do Tribunal de Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Tribunal de Justiça do Amazonas.

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - DISCRIMINAÇÃO RACIAL - IMPEDIR O ACESSO A CASA DE SHOWS EM RAZÃO DE RAÇA OU COR - CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 8º DA LEI Nº 7.716/89 - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - PLEITO DE CONDENAÇÃO - NÃO CABIMENTO. Considerando que a prova dos autos não autoriza a conclusão segura de que os apelantes tenham impedido o acesso à casa de shows em razão de discriminação ou preconceito de raça ou cor, segue mantida a sentença absolutória. V.V.: APELAÇÃO - DISCRIMINAÇÃO RACIAL - CONDENAÇÃO - NECESSIDADE - AUSÊNCIA DE INJÚRIAS RACIAIS OU COMENTÁRIOS SOBRE A COR DA PELE - IRRELEVÂNCIA. Demonstradas a autoria e a materialidade pelo conjunto probatório e comprovado que a conduta do agente se amolda perfeitamente ao crime previsto no artigo 8º da Lei 7.716/89, é impossível a absolvição. O fato de não terem sido proferidas injúrias raciais ou dito comentários sobre a cor da pele do ofendido é irrelevante para a configuração do delito do artigo 8º da Lei 7.716/89, cuja conduta incriminada é a de impedir o acesso a bares ou congêneres devido à discriminação ou preconceito racial.
>
> (TJ-MG - APR: 10024170721872001 Belo Horizonte, Relator: Edison Feital Leite, Data de Julgamento: 04/05/2021, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 14/05/2021)

**EMENTA:**

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE INJÚRIA RACIAL. AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. NULIDADE. QUEIXA-CRIME APRESENTADA FORA DO PRAZO LEGAL. DECADÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em crimes de injúria racial, a ação penal procede-se mediante representação do ofendido, nos termos do art. 145 do Código Penal. 2. Na hipótese, a vítima não exerceu o seu direito de representação, ofertando queixa-crime por intermédio de advogado, o que, por si só, caracteriza a ilegitimidade ad causam, bem como a falta das fórmulas, ensejando a nulidade dos atos praticados, consoante dispõe o art. 564, II e III, a do Código Penal. 3. Tanto o direito de representação quanto a propositura de queixa-crime deverão ser exercidos em 06 (seis) meses, contados do dia em que o ofendido tomou conhecimento de quem era o autor do crime. 4. Todavia, a queixa-crime foi protocolada 01 (um) dia após o término do prazo decadencial, motivo pelo qual é forçoso reconhecer a extinção da punibilidade do Paciente, na forma do art. 103 c/c art. 107, IV, ambos do Código Penal.
>
> (TJ-AM 40022606720188040000 AM 4002260-67.2018.8.04.0000, Relator: Jomar Ricardo Saunders Fernandes, Data de Julgamento: 11/06/2018, Segunda Câmara Criminal)

O acordo com a inserção acima é baseado nos princípios da dignidade humana e da igualdade. Isso porque quem se valer de raça, cor, etnia, religião, etc. para ofender os outros, independentemente do alcance da discriminação final, atacará claramente a dignidade e a igualdade do outro, e considerará o ofendido como inferior. O simples fato de pertencer a um grupo ou possuir determinadas características é considerado "especial" frente aos padrões socialmente impostos.

Portanto, com o entendimento de que a dignidade de cada indivíduo não deve ser comprometida e que a igualdade de direitos do indivíduo como membro da sociedade deve ser preservada, conclui-se que a ofensa racial faz parte do conceito de racismo, aplicando-se as limitações constitucionais aos vários tipos de crimes de racismo é inteiramente apropriado e necessário.

## CONCLUSÃO

Após analisar cada uma das contribuições trazidas pelos atores pesquisados, chega-se à conclusão de que estudo a análise da Lei 7.716/89, demonstrando a sua aplicação no contexto social brasileiro.

Com as estatísticas fornecidas, é possível demonstrar a ineficácia da lei em casos raros, devido a uma variedade de fatores, como o tipo muito específico de crime, e o aparente descaso de algumas autoridades jurisdicionais para combater o racismo. Fica claro também que apesar do Brasil ser um país multirracial, a desigualdade baseada na cor da pele é muito alta, colocando brancos em posições de poder e negros, apesar de serem maioria no país, com pouco acesso a mais oportunidades.

Sendo assim, o elevado número de investigações e processos arquivados mostra que o sistema luta para criminalizar o racismo, perpetuando a discriminação no país. O rebaixamento acentuado dos casos de racismo por dano racial também reflete o fato de que o judiciário não está tratando o racismo com a atenção que merece, pois, o próprio sistema não possui a diversidade racial entre seus membros.

Embora a Lei 7.716/89 possa parecer rígida, tem muito pouca aplicação efetiva porque quem tem o poder de decidir não entende que o Brasil é um país racista, a maioria dos juízes são brancos e capazes de entender grandes questões raciais. o país é mais difícil porque se aceita que as ações do réu também são de natureza racista. O tipo de crime da Lei 7.716 é insuficiente para lidar com o racismo que existe no Brasil, na maioria dos casos o chamado racismo "oculto", que a lei não pode cobrir. As únicas pessoas que podem facilmente detectar e sentir o racismo são as vítimas, cujas mãos estão atadas porque sofrem pouca ou nenhuma consequência após sofrerem esses tipos de comportamentos.

Outra relevante transformação é o aumento da representação de grupos minoritários, pois no judiciário, setor público, cargos de liderança, etc., à medida que aumenta o número de pessoas, como os negros, haverá cada vez menos complexo de inferioridade, deixando tudo na sociedade mais equilibrado.

Por fim, se não houver mudanças na Lei do Racismo, está permanecerá ineficaz e não trará grandes punições na vida dos racistas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm > Acesso em: 10/05/2022.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho

de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm > Acesso em: 10/05/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Criminal: APR 0721872-28.2017.8.13.0024 Belo Horizonte - Inteiro Teor. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1207790757/apelacao-criminal-apr-10024170721872001-belo-horizonte/inteiro-teor-1207790847.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amazonas TJ-AM: 4002260-67.2018.8.04.0000 AM 4002260-67.2018.8.04.0000. Disponível em: https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/589500688/40022606720188040000-am-4002260-6720188040000.

CAPEZ, F. Curso de Direito Penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Nathan Castelo Branco; Esclarecimentos sobre Injúria Racial eRacismo. Manual de Direitos do Cidadão, 2006.

FRANCISCO, Pedro Arthur Angeli. A (in) aplicabilidade da lei do racismo (Lei nº 7.716/89) no Brasil. 2021.

LENZA, Pedro. Direito Penal Esquematizado – Parte Especial. 1 ed. São Paulo: Saraiva 2011.

LEMGRUBER, Julita Ministério Público: guardião da democracia brasileira? / Julita Lemgruber, Ludmila Ribeiro, Leonarda Musumeci, Thais Duarte – Rio deJaneiro : CESeC, 2016.

KAMINSKI, André Karst. O conselho tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição?. Editora da ULBRA, 2002.

WINGLER, Hans Maria. Das Bauhaus: 1919-1933 Weimar, Dessau, Berlin und die Nachfolge in Chicago seit 1937. (Bramsche: Rasch Sl: Dumont, 1975)., 1975.

SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e de discriminação: análise jurídico-penal da Lei n. 7716/89 e aspectos correlatos. São Paulo: ed. Max Limonad, 2001.

SANTOS, Crhistiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação. 2. ed. São Paulo: Ed.Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do Racismo – Aspectos Jurídicos e Sociocriminológicos, 1º ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2006

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# A VIABILIDADE JURÍDICA DE RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 96/2017 EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**VANESSA MATOS CORTES OLIVEIRA**: Advogada. Pós-graduada em Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Instituto Elpídio Donizetti. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

**RESUMO**: O presente artigo se propõe a analisar a viabilidade jurídica de se reconhecer a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017 em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Para tal finalidade, utilizou-se como metodologia de pesquisa estudos de caso (ADIs nº 5728/DF e 5772/DF) e revisão bibliográfica. Ao final, concluiu-se pela possibilidade jurídica de se declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017 em sede de controle abstrato de constitucionalidade por manifesta violação a cláusula pétrea prevista no art. 60º, § 4º, VI, da Constituição Federal de 1988, com vistas à efetivação da tutela dos direitos e garantias individuais.

**Palavras-chave:** Ação Direta de Inconstitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Cláusula Pétrea. Reação Legislativa. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the legal feasibility of recognizing the unconstitutionality of Constitutional Amendment No. 96/2017 in the context of concentrated control of constitutionality by the Federal Supreme Court. For this purpose, case studies (ADIs nº 5728/DF and 5772/DF) and literature review were used as research methodology. In the end, it was concluded that the legal possibility of declaring the unconstitutionality of Constitutional Amendment No. 96/2017 in the abstract control of constitutionality for manifest violation of the stony clause provided for in art. 60, § 4, VI, of the Federal Constitution of 1988, with a view to enforcing the protection of individual rights and guarantees.

**Keywords**: Direct Action of Unconstitutionality. Federal Court of Justice. Petra Clause. Legislative Reaction. Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988.

## 1.Introdução

O presente artigo pretende analisar a viabilidade jurídica de reconhecimento da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017, que acrescentou o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal de 1988, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse sentir, abordar-se-á os fundamentos das ADIs nº 5728/DF e nº 5772/DF, ajuizadas, respectivamente, pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal e pelo Procurador-Geral da República no ano de 2018, sendo que as referidas ações do controle concentrado pretendem, em seu mérito, dentre outras coisas, que o Excelso Pretório reconheça a inconstitucionalidade da EC nº 96/2017 com lastro na violação ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado protegido pelo art. 225, §1º, VII e art. 60, §4º, IV da CRFB/88.

Especificados o objeto e a problemática do presente artigo, importa detalhar a metodologia de pesquisa utilizada. Nessa senda, consigne-se que foram realizados estudos de caso concernentes à casuística da vaquejada, o que ensejou uma análise documental e argumentativa minuciosa dos fundamentos expostos na ADI nº 5728/DF e ADI nº 5772/DF. Além disso, realizou-se revisão bibliográfica de doutrina especializada, conforme referências bibliográficas citadas ao final do artigo.

## 2. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 5728/DF e nº 5772/DF

A Emenda Constitucional nº 96/2017 inseriu o parágrafo sétimo no bojo do art. 225 da Constituição Federal, de modo a considerar como não cruéis as atividades desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais nos termos do art. 215, § 1º, da CRFB/88 e desde que registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo haver regulamentação por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. Nesse sentir, veja-se:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de so 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.
>
> [...]
>
> **§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos**. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017) (grifado)

Destarte, com o desiderato de impugnar a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017, foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5728/DF e nº 5772/DF.

Com efeito, para fins de melhor compreensão, tratar-se-á primeiramente do teor da ADI nº 5728/DF, a qual foi ajuizada em 09 de junho de 2017 pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal em face da Emenda Constitucional nº 96/2017, sob o fundamento de que a referida emenda constitucional violou o art. 225, § 1º, VII e o art. 60, §4º, IV, ambos da Constituição Federal, ao acrescentar o parágrafo sétimo ao art. 225 da CRFB/88.

Após, serão detalhados os aspectos gerais da ADI nº 5772/DF, ação do controle concentrado ajuizada em 05 de setembro de 2017 pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, na qual foi impugnada a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017, da expressão "vaquejada" constante nos art. 1º, 2º e 3º da Lei nº 13.364/2016, que elevou a referida prática à condição de patrimônio cultural imaterial brasileiro, e da expressão "as vaquejadas" presente no art. 1º, parágrafo único da Lei 10.220/01, que instituiu normas gerais referentes à atividade de peão de rodeio e equiparou o referido peão a um atleta profissional.

Em análise aos fundamentos jurídicos abordados pela petição inicial da ADI nº 5728/DF, verifica-se que a parte autora destaca que o Supremo Tribunal Federal deverá declarar a inconstitucionalidade de emenda constitucional criada pelo poder constituinte reformador quando for constatado que a referida norma constitucional violou as cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4º da Constituição Federal de 1988 (ADI nº 5728/DF, 2017, p. 11).

Com lastro em tal assertiva, defende a mencionada associação que a Emenda Constitucional nº 96/2017 deve ter sua inconstitucionalidade reconhecida, tendo em vista que viola diretamente o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito individual garantido pelo artigo 225, §1ª, VII da CFRB/88. Assim, seguindo essa linha de intelecção, a referida emenda constitucional sequer deveria ter sido objeto de deliberação no Congresso Nacional, haja vista ter o poder constituinte originário especificado em art. 60, §4º, IV da CFRB/88 que não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. (ADI nº 5728/DF, 2017, p. 13)

Nessa esteira, ao tratar da crueldade ínsita à prática da vaquejada, a petição inicial da ADI nº 5728/DF defende que a mera contemplação da citada atividade é suficiente para

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

evidenciar a sua natureza cruel, haja vista a submissão dos animais a dor, medo, e lesões como ruptura de cauda, fratura de costelas, dentre outras, o que é ratificado por conclusões de pareceres confeccionados por médicos veterinários, consoante consta em documentação colacionada aos autos da mencionada ADI. (ADI nº 5728/DF, 2017, p. 19)

Consta, ainda, no teor da ADI ora detalhada o argumento de que é inviável se assegurar o bem-estar dos animais envolvidos na vaquejada, tendo em vista que a própria prática como um todo vai de encontro à proteção à fauna constitucionalmente garantida pelo art. 225 da CFRB/88, porquanto fere a integridade física e mental dos bovinos e equinos participantes (ADI nº 5728/DF, 2017, p. 19-20). Nesse sentido:

> Como conceber que 'práticas desportivas que utilizam animais', - e a eles impinge incontestável sofrimento -, deixa de ser cruel, tão somente porque e 'desde que sejam manifestações culturais'? [...]
>
> Bois, bezerros e cavalos sofrem, em demasia, lesões físicas e mentais, conforme extensa narrativa e comprovação pericial, apostadas em laudos e pareceres balizados por médicos veterinários e técnicos, em diversas ações promovidas em municipalidades donde a prática se perpetua, como, - pasme! -, entretenimento e cultura. **A prática cruel não deixa de sê-lo porque a norma assim resolve. A prática cruel jamais será cultura. Jamais será entretenimento.**
>
> A inconstitucionalidade da Emenda nº 96 repousa em seu âmago, na pretensa distorção da razão, da lógica. Traveste-se de norma a ferir princípios éticos, preceitos racionais, a ciência, e texto constitucional advindo do poder constituinte originário, que, explicitamente incumbiu o Poder Público de PROTEGER A FAUNA, para assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente. INCUMBIU O ESTADO DE VEDAR A SUBSUNÇÃO DOS ANIMAIS À CRUELDADE. (ADI nº 5728/DF, 2017, p. 19-20).

Em contrapartida, ao defender a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017, que acrescentou o §7º ao art. 225 da CRFB/88, os representantes da Advocacia-Geral da União argumentaram em petição de defesa que a citada emenda constitucional ensejou a possibilidade de se harmonizar a participação de animais em práticas desportivas com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, haja vista ter a parte final do §7º do art. 225 da CRFB/88 previsto que as citadas atividades desportivas deverão ser regulamentadas por lei específica que garanta o bem-estar dos animais participantes. (ADI nº 5728, 2017, p. 58)

Destacou, ainda, a Advocacia-Geral da União, em sua peça de defesa, que a EC nº 96/2017 foi promulgada de forma legítima, tendo em vista que, sob a sua ótica, o Poder Constituinte Derivado respeitou as limitações formais, materiais e circunstanciais previstas na Constituição Federal de 1988 para a criação de novas normas constitucionais. Salienta, nesse ponto, que não houve violação das cláusulas pétreas dispostas no art. 60, §4º da

CRFB/88, razão pela qual pugnou, ao final da petição defensiva, pela improcedência da ADI nº 5728. (ADI nº 5728, 2017, p. 58)

Posteriormente, em 3 de maio de 2018, corroborando o entendimento explicitado pela parte autora da ADI nº 5728, a Procuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge apresentou, nos autos da retrocitada ação um parecer opinando por seu conhecimento e, no mérito, pela sua procedência, a fim de que o Excelso Pretório reconheça a inconstitucionalidade total da Emenda Constitucional nº96/2017. (ADI nº 5728, 2017, p. 20)

Na fundamentação do referido parecer, a representante do Ministério Público Federal destacou que a promulgação da emenda constitucional ora discutida possuiu o desiderato único de contornar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, especificamente no julgamento da ADI nº 4983/CE, que reconheceu a inconstitucionalidade da prática da vaquejada por violação direta ao art. 225, § 1º, VII da CRFB/88. (ADI nº 5728, 2017, p. 15)

Impende consignar que o parecer emitido pela Procuradora-Geral da República Raquel Dodge seguiu a mesma linha de intelecção explicitada em petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5772, a qual foi ajuizada, em 5 de setembro de 2017, pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros com o objetivo de impugnar a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017, da expressão "vaquejada" constante nos art. 1º, 2º e 3º da Lei nº 13.364/2016 e do termo "as vaquejadas" presente no art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.220/01. (ADI nº 5772, 2017, p. 1-2). Por oportuno, transcreve-se teor dos citados artigos:

> LEI 13.364/16
>
> Art. 1º Esta Lei eleva o Rodeio, **a Vaquejada**, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial.
>
> Art. 2º O Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, passam a ser considerados manifestações da cultura nacional.
>
> Art. 3º Consideram-se patrimônio cultural imaterial do Brasil o Rodeio, a Vaquejada e expressões decorrentes [...] (grifado) (BRASIL, 2016)
>
> Lei 10.220/01:
>
> Art. 1º [...] Parágrafo único. Entendem-se como provas de rodeios as montarias em bovinos e equinos, **as vaquejadas** e provas de laço, promovidas por entidades

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> públicas ou privadas, além de outras atividades profissionais da modalidade organizadas pelos atletas e entidades dessa prática esportiva. (grifado) (BRASIL, 2001)

Na aludida peça exordial da ADI nº 5772, a Procuradoria-Geral da República destacou que, no julgamento da ADI nº 4983, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a correlação existente entre a tutela constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, o que resultou na declaração de inconstitucionalidade da prática da vaquejada e da Lei Estadual nº 15.299/2013/CE (ADI nº 5772, 2017, p. 7).

Salientou, assim, em petição inicial, que a promulgação da Emenda Constitucional nº 96/2017 é incompatível com os preceitos constitucionais voltados à proteção do meio ambiente, em especial com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto pelo art. 225, §1º, VII da CRFB/88, o qual constitui direito fundamental de 3ª geração de titularidade coletiva. Defende a Procuradora-Geral da República, dessa forma, que a EC nº 96/2017 fere a cláusula pétrea disposta no art. 60, §4º, VI da CRFB/88, haja vista ter acarretado supressão de direitos e garantias individuais voltadas à proteção do meio-ambiente (ADI nº 5772, 2017, p. 6).

Argumentou, ainda, que a prática desportiva que acarreta maus tratos aos animais, como é o caso da vaquejada, não deixa de ser cruel pelo simples fato de ter sido registrada como manifestação cultural, haja vista que o reconhecimento de determinada atividade como patrimônio imaterial não retira a crueldade ínsita ao exercício dessa prática, permanecendo, portanto, a violação direta ao disposto no art. 225, § 1º, VII da CRFB/88 (ADI nº 5772, 2017, p. 14). Nesse sentido:

> A emenda constitucional ainda contém uma ilogicidade insuperável: define como não cruéis as práticas desportivas se forem reconhecidas como manifestação cultural. Ocorre que a crueldade intrínseca a determinada atividade não desaparece nem deixa de ser ética e juridicamente relevante pelo fato de uma norma jurídica a rotular como "manifestação cultural". A crueldade ali permanecerá, qualquer que seja o tratamento jurídico a ela atribuído. (ADI nº 5772, 2017, p. 14).

Assim, no caso concreto, constatando-se conflito entre a tutela do meio-ambiente e a proteção às manifestações culturais, a parte autora da ADI nº 5772/DF propõe que seja realizado uma ponderação entre ambas as normas, devendo prevalecer a tutela ambiental na presente casuística, uma vez que "*não é possível extrair da Constituição autorização para impor sofrimento intenso e para mutilar animais, com fundamento no exercício de direitos culturais e esportivos*" (ADI nº 5772/DF, 2017, p. 22).

Em contrapartida, a Advocacia-Geral da União aduziu em sua peça de defesa constante nos autos da ADI nº 5772/DF que a promulgação da Emenda Constitucional nº

96/2017 não é incompatível com o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4983/CE, mormente em razão do fato de que a referida EC não dispôs especificamente acerca da prática da vaquejada, mas sim sobre todas as práticas desportivas que são consideradas por lei como manifestações culturais, enquanto que a mencionada ADI teria, sob a sua ótica, se limitado a tratar da inconstitucionalidade da vaquejada e da Lei Estadual nº 15.299/2013/CE (ADI nº 5772/DF, 2017, p. 7-8).

No entanto, observa-se que a prática da vaquejada acarreta maus-tratos aos animais, o que enseja violação à tutela da fauna prevista pelo inciso VII, §1º do art. 225 da CRFB/88, núcleo normativo do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual é protegido como cláusula pétrea nos moldes do art. 60, §4º, IV da CRFB/88.

Em decorrência disso, passa a se analisar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017 no julgamento das ADIs nº 5728/DF e nº 5772/DF.

## 3. A viabilidade jurídica de reconhecimento da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017 em sede de controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

Consoante explicita Dirley da Cunha Júnior em sua obra Curso de Direito Constitucional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada pela Assembleia Geral Constituinte no exercício de seu poder constituinte originário, o qual impôs restrições de reforma do corpo constitucional ao poder constituinte derivado reformador, exercido pelo Congresso Nacional, com o desiderato de proteger o núcleo intangível da CRFB/88 (CUNHA JR, op. cit., p. 218-219).

Em razão disso, o poder constituinte reformador somente está apto a promulgar determinada emenda constitucional caso esta obedeça de forma estrita às limitações circunstanciais, formais e materiais (implícitas e explícitas) impostas pela Constituição Federal de 1988, sob pena de se reconhecer a inconstitucionalidade de norma constitucional derivada mediante controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal (*Ibidem*, p. 219-220).

No que se refere às limitações circunstanciais impostas pela Constituição Federal para a criação de emendas constitucionais pelo Congresso Nacional, o art. 60, § 1º, explicita que a Constituição Federal não pode ser emendada na vigência de estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal. No caso da Emenda Constitucional nº 96/2017, verifica-se que o poder reformador respeitou a limitação circunstancial imposta pela

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

CRFB/88, haja vista que na data de sua promulgação nenhum dos três institutos retromencionados estavam em vigência no país.

Nessa senda, em se tratando das limitações formais explicitadas pelo texto constitucional para a criação de normas constitucionais derivadas, o art. 60, caput, § 2º, § 3º e § 5º da CRFB/88 dispôs que a propositura e a posterior promulgação de uma emenda constitucional deverá obedecer a procedimento específico, tendo especificado o referido dispositivo constitucional, em rol taxativo, os legitimados para a propositura de Proposta de Emenda Constitucional (PEC), bem como o procedimento específico para a sua aprovação, que deverá ocorrer mediante votação em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, respeitando-se o quórum qualificado de 3/5 dos votos dos respectivos membros de cada Casa. Nesse sentido:

> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
>
> I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
>
> II - do Presidente da República;
>
> III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
>
> [...] § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
>
> § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. [...]
>
> § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (BRASIL, 1988)

Impende consignar, nesse aspecto, que a promulgação da EC nº 96/2017 pelo Congresso Nacional obedeceu às limitações formais definidas pelo poder originário e especificadas no art. 60 da Constituição Federal de 1988, porquanto não se observou qualquer vício formal na iniciativa, votação e tramitação da PEC, de modo que foi devidamente respeitado o processo legislativo previsto para a criação de normas constitucionais derivadas.

Entretanto, no que concerne às limitações materiais implícitas e explícitas fixadas pela Constituição Federal para a criação de emendas constitucionais, verifica-se que a Emenda Constitucional nº 96/2017 possui um grave vício material por violação de limitação material explícita, o que enseja o reconhecimento de sua inconstitucionalidade mediante

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

controle abstrato de constitucionalidade a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Explica-se.

As limitações materiais à emenda da Constituição Federal são subdivididas pelo autor Dirley da Cunha Júnior como limitações materiais implícitas/inerentes e limitações materiais explícitas/expressas. As limitações materiais implícitas são reconhecidas pela doutrina mesmo estas não constando expressamente no corpo constitucional, haja vista sua inegável importância, consubstanciada na proteção da Constituição Federal em face de propostas de emenda constitucional que objetivem alterar a titularidade do poder constituinte originário, a titularidade do poder constituinte reformador ou o processo formal exigido para a promulgação de emendas constitucionais (CUNHA JR, op. cit., p. 222-223).

Já as limitações materiais explícitas, previstas no art. 60, § 4º da Constituição Federal, impossibilitam a propositura de uma Emenda Constitucional tendente a abolir quaisquer das cláusulas pétreas dispostas no mencionado dispositivo constitucional, razão pela qual não se pode propor uma nova norma constitucional derivada que viole a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de Poderes e os direitos e garantias individuais (*Ibidem*, p. 220-221). Nesse sentido:

> Art. 60º - [...] §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
>
> I - a forma federativa de Estado;
>
> II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
>
> III - a separação dos Poderes;
>
> **IV - os direitos e garantias individuais.** (BRASIL, 1988) (grifado)

Verifica-se, em análise ao teor do inciso IV da retrotranscrita norma constitucional, que sequer é permitido que se delibere acerca de uma proposta de emenda à Constituição que viole os direitos e garantias individuais protegidos pela Constituição Federal de 1988. É nesse ponto que se observa a existência de vício material na Emenda Constitucional nº 96/2017.

Isso porque a referida emenda constitucional, ao acrescer o § 7º ao art. 225 da CRFB/88 para determinar que não são consideradas como cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais registradas como bem de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

natureza imaterial, violou diretamente o direito fundamental ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, protegido como cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º da CRFB/88.

Isso porque o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado possui um caráter transindividual, uma vez que configura, concomitantemente, direito individual e direito social (CUNHA JR, op. cit., p. 667). Assim, dada a sua natureza transindividual, verifica-se que o referido direito fundamental assume o status de cláusula pétrea por subsumir ao teor do inciso IV do §4º, art. 60 da CRFB/88.

Assim sendo, observa-se que a EC nº 96/2017, ao legitimar a prática da vaquejada em território nacional mediante acréscimo do §7º ao art. 225 da CRFB/88, incorreu em violação à cláusula pétrea constante em inciso IV, §4º, do art. 60 e em art. 225, *caput* e §1º, VII, da CRFB/88, razão pela qual se pode afirmar que a referida emenda constitucional contém um grave vício material que enseja o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Desse modo, constatando-se a existência de um vício material na promulgação da Emenda Constitucional nº 96/2017, é plenamente viável que o Supremo Tribunal Federal declare a sua inconstitucionalidade por meio de controle abstrato de constitucionalidade, aplicando-se efeitos retroativos à decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma. Nesse sentido, o doutrinador Dirley da Cunha Júnior disserta:

> [...] O Poder Constituinte Reformador, por ser um poder derivado ou constituído, está sujeito a limites circunstanciais, materiais (explícitos ou implícitos) e procedimentais. Em razão disso, tem-se admitido, sem divergências, o controle abstrato da constitucionalidade das emendas constitucionais, caso violem quaisquer dessas limitações. Seria a aplicação parcial da teoria alemã da inconstitucionalidade das normas constitucionais, quando estas resultam de emendas constitucionais lesivas àqueles limites. Mas é imperioso anotar que a parametricidade do controle de constitucionalidade das emendas constitucionais está restrita àquelas normas constitucionais que fixam os limites ao poder reformador. Na Constituição de 1988, tais normas estão no art. 60. (*Ibidem*, p. 319)

Destarte, acerca da possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de Emenda Constitucional lastreada em reação legislativa ("Efeito *Backlash*"), como é o caso da Emenda Constitucional nº 96/2017, Márcio André Lopes Cavalcante leciona que, nessa hipótese, apenas será possível a declaração de inconstitucionalidade da norma caso haja violação a conteúdo de cláusula pétrea ou a processo legislativo específico para criação de emendas constitucionais. Veja-se:

> No caso de reversão jurisprudencial (reação legislativa) proposta por meio de emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas restritas hipóteses de violação aos limites previstos no art. 60, e seus §§, da CF/88. Em suma, se o Congresso editar uma emenda constitucional buscando alterar a interpretação dada pelo STF para determinado tema, essa emenda somente poderá ser declarada

> inconstitucional se ofender uma cláusula pétrea ou o processo legislativo para edição de emendas. (CAVALCANTE, 2017)

Evidencia-se, assim, a viabilidade jurídica de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 69/2017 por vício material consubstanciado em violação à cláusula pétrea protegida como núcleo material irretocável da Constituição Federal de 1988, mediante julgamento procedente das ações diretas de inconstitucionalidade nº 5728/DF e 5772/DF, uma vez que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual garante a proteção da fauna e a vedação de se submeter animais a práticas cruéis, é considerado um direito transindividual (individual e social) e, consequentemente, é protegido como cláusula pétrea nos termos do art. 60, §4º, inciso IV da CRFB/88, não admitindo, assim, restrições em seu conteúdo.

## 4. Considerações Finais

Ante o exposto, conclui-se pela viabilidade jurídica de reconhecimento da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017, que acresceu o § 7º ao art. 225 da CRFB/88, segundo o qual não se consideram atividades cruéis as práticas desportivas que sejam manifestações culturais registradas como bem imaterial, desde que regulamentadas por lei específica que supostamente assegure o bem-estar dos animais na prática.

Nesse sentir, evidencia-se vício de inconstitucionalidade material da Emenda Constitucional nº 96/2017 por violação à cláusula pétrea (art. 60º, § 4º, VI, CRFB/88), especificamente no que se refere à tutela dos direitos e garantias individuais protegidos pela normativa constitucional, dentre os quais se inclui o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Somente com a declaração da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017, será possível conferir aos animais a proteção constitucional que lhe foi garantida pelo poder constituinte originário, em respeito à sua condição de seres sencientes, que possuem a capacidade de perceber ou entender situações por meio dos sentidos (SENCIÊNCIA, 2018).

## 5. Referências Bibliográficas

ALENCAR. José de. **O Nosso cancioneiro**. In: Obra completa, v. IV. Rio de Janeiro: Aguilar, 1960.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

ALEXY, Robert**. Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Disponível em <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexy-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em 05/05/2020.

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental.** 9ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2018.

Associação Brasileira de Vaquejada - ABVAQ. **Regulamento Geral de Vaquejada. 2017-2018.Disponível em** <http://abvaq.com.br/app/webroot/documentos/regulamentogeraldevaquejada20172018.pdf>. Acesso em 05/06/2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 nov.1992. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 15/07/2020.

BRASIL. **Lei nº 10.220, de 11 de abril de 2001.** Institui normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 abril 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10220.htm>. Acesso em 24/08/2020.

BRASIL**. Lei nº 12.870, de 15 de outubro de 2013**. Dispõe sobre o exercício da atividade profissional de vaqueiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 out. 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12870.htm>. Acesso em 13/09/2020.

BRASIL**. Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016.** Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 nov. 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm>. Acesso em 10/07/2020.

BRASIL**. Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999**. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 abril 1999. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12870.htm>. Acesso em 04/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE.** Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicado em 06/10/2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em 15/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5728/DF**. Tribunal Pleno. 2017. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>. Acesso em 27/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5772.** Tribunal Pleno. 2017 Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5259991>. Acesso em 14/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 842 do Supremo Tribunal Federal**. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo842.htm>. Acesso em 12/02/2021.

CANÔNICO, Marcos Aurélio**. Vaquejada tem de ser proibida imediatamente, diz veterinária da USP.** Folha de São Paulo, 2016. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/11/1832115-vaquejada-tem-de-ser-proibida-imediatamente-diz-veterinaria-da-usp.shtml>. Acesso em 25/02/2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes**. Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª Edição. Edições Almedina: Coimbra, 2003.

CASCUDO, Luís da Câmara. A vaquejada nordestina e sua origem. Natal: Fundação José Augusto, 1976.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Breves comentários à EC 96/2017.** Dizer o Direito. 2017. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da_7.html>. Acesso em 18/07/2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito.** 5ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

CEARÁ. **Lei Estadual nº 15.299, 8 de janeiro de 2013.** Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Diário Oficial do Estado do Ceará, 15 jan. 2013. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250070>. Acesso em 10/07/2020.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal**. CONJUR, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>. Acesso em 12/08/2020.

**Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).** Organização dos Estados Americanos. CONJUR, 1969. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>. Acesso em 13/09/2020.

CUNHA JR. Dirley da. **A proibição do retrocesso e o efeito "cliquet" dos Direitos Fundamentais**. JUSBRASIL, 2014. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em 18/09/2020.

CUNHA JÚNIOR, *Dirley da***. Curso de direito constitucional**. 11ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2017.

CUNHA, Euclides da. **Os Sertões**. São Paulo: Três, 1984. Biblioteca Virtual do Estudante Brasileiro. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000091.pdf>. Acesso em 05/10/2020.

**Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/declaracao_do_rj_sobre_meio_ambiente_e_desenvolvimento.pdf>. Acesso em 27/10/2020.

FARIA, Eloísa Maria de. **Estudo da Vaquejada inserida no contexto do sertanejo rural: o vaqueiro**. Natal, 1993. Disponível em < http://repositoriolabim.cchla.ufrn.br/bitstream/123456789/202/1/ESTUDO%20DA%20VAQUEJADA%20INSERIDA%20NO%20CONTEXTO%20DO%20SERTANEJO%20RURAL-O%20VAQUEIRO.pdf>. Acesso em 21/09/2020.

FILHO, Valdemar Siqueira; LEITE, Rodrigo de Almeida; LIMA, Victor Breno de. **A prática da vaquejada em xeque: considerações sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983.** Universidade Federal Rural do Semiárido, 2015. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/15297/10657>. Acesso em 17/07/2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONSECA, Lucas Daltro Jatahy. **Aspectos Constitucionais da Vaquejada: Cultura ou maus-tratos?** Faculdade Baiana de Direito, 2016. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Lucas%20Daltro%20Jatahy%20Fonseca.pdf>. Acesso em 17/09/2020.

GORDILHO, Heron José de Santana. FIGUEIREDO, Francisco José Garcia. **A vaquejada à luz da Constituição Federal.** Revista Âmbito Jurídico, 2018. Disponível em: <indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/download/1363/pdf>. Acesso em 13/12/2021.

LEITÃO, Geuza**. A voz dos sem voz, direito dos animais**. Fortaleza: INESP, 2002.

MACEDO, Fabrício Meira. **Vaquejadas e o dever de proteção ambiental**. Revista Jurídica Luso Brasileira, nº 1, 2015. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0749_0792.pdf>. Acesso em 13/03/2021.

MAIA, Leonardo Castro; FARIA, Leonardo Diniz; RIBEIRO, Anelisa Cardoso; PAULA, Luciana Imaculada de. Agravo de Instrumento com Pedido de Antecipação de Tutela Recursal**. Ação Ordinária nº 5003477-55.2018.8.13.0105.** Governador Valadares, 2018. Disponível em: <http://patrimoniocultural.blog.br/wp-content/uploads/2018/06/AGRAVO-MPMG-Vaquejada-GovernadorValadares.pdf>. Acesso em 13/04/2021.

MARMELSTEIN, George**. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial.** Direitos Fundamentais, 2015. Disponível em <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em 07/05/2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 11ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Fernandes de. **Afecções locomotoras traumáticas em equinos (Equus caballus, LINNAEUS, 1758) de vaquejada atendidos no Hospital Veterinário/UFCG.** Patos: Universidade Federal de Campina Grande, 2008. Disponível em: <http://www.cstr.ufcg.edu.br/mono_mv_2008_2/monogr_carlos_eduardo_fernandes.pdf>. Acesso em 25/11/2020.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

OLIVEIRA, Marcus Vinícius. **Análise jurídica da vaquejada em face do conflito entre o direito fundamental à cultura e o dever de proteção ambiental.** Universidade de Brasília, 2017. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/18222/1/2017_MarcusViniciusdeOliveira.pdf>. Acesso em 13/12/2020.

PORTELA, W. **Vaquejada: sadismo e crueldade contra animais tornam-se lei no Piauí.** APIPA, 2012. Disponível em: <https://www.apipa10.org/noticias/publicacoes-da-apipa/no-piaui/2652-vaquejada-sadismo-e-crueldade-contra-os-animais-agora-e-lei-no-piaui.html>. Acesso em 13/10/2020.

RIO DE JANEIRO**. Lei Estadual nº 2.895, de 20 de março de 1998.** Autoriza a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre) para preservar e defender o patrimônio genético da espécie gallus-gallus. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 20 mar. 1998. Disponível em <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/228208/lei-2895-98>. Acesso em 04/12/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais como "Cláusulas Pétreas".** Piracicaba: Cadernos de Direito, v. 3, n. 5, 2003. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/828>. Acesso em 22/10/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise**. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004.

SAVANACHI, Eduardo. **O Milionário mundo da vaquejada**. Revista Dinheiro Rural, Edição 68, 2010. Disponível em <http://revistadinheirorural.terra.com.br/secao/agronegocios/o-milionario-mundo-da-vaquejada>. Acesso em 28/11/2020.

SENCIÊNCIA**. Dicionário Online de Português**. 2018. Disponível em <https://www.dicio.com.br/senciencia/>. Acesso em 19/12/2020.

SOARES, Thaysa Feitosa**. Colisão de direitos fundamentais**. Âmbito Jurídico, 2018. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16917>. Acesso em 01/05/2021.

VAQUEJADA**. Dicionário online PRIBERAM**. Ano 2018. Disponível em <https://dicionario.priberam.org/vaquejada>. Acesso em 02/11/2020.

VASCONCELOS, Brenda Aguiar. **Uma análise do efeito backlash no contexto jurídico-político brasileiro atual**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2017. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/26356>. Acesso em 04/02/2021.

VIEIRA, Lucas. **Constitucionalidade da vaquejada deve ser julgada ainda nesse semestre pelo STF.** Direito Diário, 2016. Disponível em: <https://direitodiario.com.br/constitucionalidade-da-vaquejada-deve-ser-julgada-ainda-nesse-semestre-pelo-stf/>. Acesso em 13/11/2020.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlash: **Uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos.** Brasília: Revista da Advocacia-Geral da União, volume nº 16, 2017. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/926>. Acesso em 15/12/2020.

www.conteudojuridico.com.br

# VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FRENTE AO PARADIGMA DA INFERIORIDADE FEMININA

**SAMIA CAROLINE CABRAL SILVESTRE**

**IGOR DE ANDRADE BARBOSA**

(orientador)

**RESUMO:** A violência contra a mulher é uma temática de grande preocupação para sociedade, especialmente quando ela se faz tão presente mesmo com tantos dispositivos legais para prevenir e punir tal prática, voltando-se para este tema, o presente trabalho trata-se de uma pesquisa qualitativa cujo caminho metodológico foi de uma pesquisa bibliográfica e documental, apropriando-se de literatura disponível e das leis vigentes no Brasil acerca da problemática estudada. Objetivando compreender acerca da relação existente entre o paradigma da inferioridade feminina e a violência doméstica e como essa questão vem se mantendo presente no meio social em que se vive mesmo com tantos dispositivos legais que tratem sobre tal temática. Para isso, a pergunta norteadora do trabalho é: Apesar dos avanços da proteção da mulher, como é possível compreender a relação entre violência doméstica e o conceito de inferioridade feminina? Através dos estudos realizados, construiu-se um texto dividido em três partes, que traz à tona o fato de que as falhas de implementação da Lei Maria da Penha tornam, por vezes, impunes as práticas de violência contra a mulher o que consequentemente perpetua a visão de inferioridade feminina, mesmo que esta já não exista perante a lei, mas que se faça presente na sociedade devido à falta de efetividade desta mesma lei.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei Maria da Penha; Violência Doméstica; Pandemia**;** Opressão de Gênero.

**ABSTRACT:** Violence against women is a topic of great concern for society, especially when it is so present even with so many legal provisions to prevent and punish such practice, turning to this theme, the present work is a qualitative research whose methodological path was a bibliographic and documental research, appropriating available literature and the laws in force in Brazil about the problem studied. Aiming to understand about the relationship between the paradigm of female inferiority and domestic violence and how this issue has remained present in the social environment in which we live even with so many legal provisions that deal with this issue. For this, the guiding question of the work is: Despite advances in the protection of women, how is it possible to understand the relationship between domestic violence and the concept of female inferiority? Through the

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

studies carried out, a text divided into three parts was built, which brings to light the fact that the failures in the implementation of the Maria da Penha Law sometimes make the practices of violence against women go unpunished, which consequently perpetuates the vision of female inferiority, even if it no longer exists before the law, but is present in society due to the lack of effectiveness of this same law.

**KEYWORDS:** Maria da Penha Law; Domestic violence; Pandemic; Gender Oppression.

## INTRODUÇÃO

A sociedade tem evoluído muito no decorrer dos anos, abrindo mão de práticas e conceitos que outrora inferiorizavam grupos, dentre estes grupos está o grupo feminino, composto pelas mulheres, aquelas que carregam consigo o gênero feminino.

Por diversos séculos, a mulher foi vista como mera reprodutora, ou como mera cuidadora de casa e papéis sempre secundários perante a sociedade, o que influenciou na maneira como se aceitavam as relações sociais entre os homens e as mulheres. Dentre essas relações, por vezes, as agressões e violência contra as mulheres eram tidas como normais, uma vez que a mulher era inferior ao homem, mas com o decorrer do tempo esta situação deixou de ser aceita e caminha para uma superação eficaz de uma prática tão antiga.

Tomando como pauta tal situação é que se propõe a pesquisa apresentada que é guiada pelo questionamento: Apesar dos avanços da proteção da mulher, como é possível compreender a relação entre violência doméstica e o conceito de inferioridade feminina?

O trabalho de pesquisa tomou como caminho metodológico de uma pesquisa qualitativa considerando o que é apresentado por Oliveira (2008) que esclarece que o pesquisador deste tipo de pesquisa interpreta o mundo real, buscando pesquisa sobre vivências dos seres humanos. Além disso, o trabalho trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental que baseia-se na revisão de literatura disponível e de documentos, documentos neste caso, voltando-se para as leis regentes do Brasil no que se refere à temática estudada.

Assim, é preciso reconhecer ainda que o trabalho em questão objetiva compreender acerca da relação existente entre o paradigma da inferioridade feminina e a violência

doméstica e como essa questão vem se mantendo presente no meio social em que se vive mesmo com tantos dispositivos legais que tratem sobre tal temática.

O trabalho está organizado em três tópicos principais: o primeiro para tratar acerca de um apanhado histórico sobre a invisibilidade da mulher perante a sociedade e como a Constituição Federal e a Lei Maria da Penha são marcos frente a tal problemática; o segundo visando discutir acerca do processo de dominação e opressão do gênero masculino sobre o feminino e como tal situação evidenciou-se na pandemia através do aumento da violência contra as mulheres; e o terceiro tecendo análises críticas a respeito de como a Lei Maria da Penha passa por desafios para ter uma implementação eficaz.

## 1.O PARADIGMA DA INFERIORIDADE FEMININA E A LEI MARIA DA PENHA

Os atos abusivos contra as mulheres passaram a ser reconhecidos como formas de violação dos direitos humanos. Estes se fazem cada vez mais presentes no cotidiano, gerando diversos danos às mulheres, sejam danos psicológicos, físicos ou até mesmo a morte.

Ocorre que quando o tema é pauta em uma discussão, é de extrema essencialidade compreender a trajetória histórica, visto que por muito tempo a mulher foi concebida socialmente como inferior aos homens diante a gênese de patriarcado e por isso, tais atos abusivos foram normalizados perante a sociedade.

Sabe-se que a dominação do homem sobre a mulher se faz presente desde os primórdios, mas o período de maior evidência foi durante o Período Neolítico, quando o homem se autodeterminou “fertilizador” das mulheres e atribuiu a si mesmo superioridade física e ideológica, oprimindo a mulher a partir do controle de sua sexualidade e de sua fecundidade.

Com o decorrer do tempo, o cenário não mudou muito, na verdade, as mulheres casadas, por exemplo, quando busca-se historicamente eram impedidas de exercer determinados direitos, sendo praticamente invisibilizadas socialmente, lê-se no Código Civil de 1916:

> Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156). II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. III. Os pródigos. IV. Os silvícolas. (grifo nosso)



Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Realizando análise deste mesmo Código, observa-se que o marido ainda era reconhecido como o chefe da sociedade conjugal e visto como o único que poderia realizar a representação legal da família, desde a mudança ou fixação de endereço familiar, administração de seus bens ou mesmo da esposa, sendo esta dependente de permissão do esposo para trabalhar e até viajar.

A questão em pauta demonstra claramente a respeito de como a mulher sempre esteve em uma posição inferiorizada perante aos homens, não podendo sequer exercer seus direitos e ações sem a devida permissão do esposo, uma vez que estivesse casada.

> A história da mulher no Direito, ou, o lugar dado pelo Direito à mulher, sempre foi um não-lugar. Na realidade, a presença da mulher é a história de uma ausência, pois ela sempre existiu subordinada ao marido, ao pai, sem voz e marcada pelo regime da incapacidade jurídica (PEREIRA, 1999, p. 4)

Reconhecendo esse apagamento da mulher perante a sociedade é que Simone de Beauvoir trata acerca do estabelecimento da hierarquia dos sexos:

> Quando duas categorias humanas se acham em presença, cada uma delas quer impor a outra sua soberania; quando ambas estão em estado de sustentar a reivindicação, cria-se entre elas, seja na hostilidade, seja na amizade, sempre na tensão, uma relação de reciprocidade. Se uma das duas é privilegiada, ela domina a outra e tudo faz para mantê-la na opressão. (BEAUVIOR, 1986, p.81).

Ficando evidente a partir dos autores apresentados e através do contexto histórico que a mulher sempre passou por uma situação não recíproca no que tange ao exercício de direitos, de forma que o homem, por sempre desfrutar de seus direitos acabou estabilizando uma prática de dominação e consequentemente de opressão à mulher, gerando espaço para a prática de atos abusivos contra a mulher e a violação dos direitos humanos.

Todavia, a questão de opressão e aceitação à tal sistema não se manteve por muito tempo, e já foi questionada logo após se estabelecer, a Revolução Francesa é reconhecida como uma das épocas de referência deste movimento, sendo a França conhecida como um dos berços do Feminismo.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

No século 70, surgiu o "feminismo" como um movimento estruturado com o escopo de denunciar a experiência masculina que é privilegiada, enquanto a feminina é negligenciada, sendo este movimento feminista o marco inicial da luta em busca de direitos e lugares iguais aos dos homens.

A pretensão feminina em conquistar a independência econômica, de seus corpos e atos, causou insegurança na figura masculina, acarretando dificuldades em aceitar a igualdade perante os sexos, e como meio de defesa este apela para o lado brutal, a violência.

De acordo ainda com Pereira (1999), o filósofo italiano Norberto Bobbio comenta sobre como a revolução da mulher, ocorrida no século XX, foi a mais importante e ainda complementa dizendo que até então a mulher preenchia apenas o espaço doméstico, sendo este lugar para qual era destinada, evidentemente uma prática efetiva de inferiorização, perpetuando a mulher abaixo do homem.

> A partir daí a feminilidade e a sexualidade feminina começaram então a ser vistas independentemente do espaço doméstico. A ausência histórica da mulher no espaço público tinha, por outro lado, uma produção silenciosa das possibilidades desejantes e da subjetividade (PEREIRA, 1999, p. 9).

É de suma importância citar a Carta Magna brasileira, aprovada no século XX, respectiva Constituição Federal, destacando o 5º artigo que estabelece a igualdade entre todos os cidadãos, não estando a mulher distante dessa garantia igualitária, pelo contrário, o texto expõe que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" e garante a todos "a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", mais adiante no texto, a Constituição Federal ressalta e esclarece "I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (BRASIL, 1988), extinguindo de vez a possibilidade de superioridade e inferioridade que têm sido perpetuada perante os gêneros.

Outro grande ato do processo revolucionário das mulheres é a Lei Maria da Penha, que abrange questões jurídicas relacionadas a agressões sofridas por mulheres no Brasil e ocupa o espaço de dispositivo legal referência de combate à violência contra a mulher.

A Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, é o dispositivo legal com o objetivo é coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em

consonância com o que prevê a Constituição Federal, os tratados e convenções assinadas pelo Brasil, em seu texto, a Lei apresenta-se:

> TÍTULO I
>
> DISPOSIÇÕES PRELIMINARES
>
> Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.
>
> Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.
>
> Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

O nome da legislação é uma "homenagem" à Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica durante 23 anos de casamento. O autor do crime, seu marido, tentou assassiná-la por duas vezes: a primeira vez, com uma arma, resultando a vítima uma paraplegia. A segunda, eletrocussão e afogamento, que foi onde fez que com que a vítima tomasse coragem e apresentasse a denúncia.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A situação de violência contra Maria da Penha por parte de seu marido e ainda pior, o desamparo ocorrido juridicamente pelo Estado chamou a atenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que chegou a encaminhar um relatório às autoridades brasileiras e tecendo as seguintes recomendações presentes no Relatório N° 54/01 - Caso 12.051 - Maria da Penha Maia Fernandes.

> A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações:
>
> 1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.
>
> 2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.
>
> 3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.
>
> 4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:
>
> a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
>
> b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;
>
> d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
>
> e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

A própria ação tardia e favorável à impunidade desse caso demonstra como a mulher passou e ainda passa pelo processo de desrespeito e inferiorização, sendo a aprovação dessa lei um marco significativo para o combate à violência contra a mulher, isto se dá, pois como expõe-se:

> A Lei Maria da Penha marca o início de um novo tempo, pois essa norma jurídica transformou os casos envolvendo mulheres vítimas de violência, uma vez que antes eram tratados pelo direito penal como irrelevantes, pois se enquadravam em crimes de menor potencial ofensivo. Para a mesma autora, esse marco caracteriza uma mudança de um tempo onde as mulheres eram oprimidas por toda a ordem de violência para, a partir dessa lei, recuperar sua dignidade, por meio da conquista do respeito e consideração pelos operadores jurídicos. (CÔRREA, 2010).

Sendo assim, a minimização da violência contra a mulher era o que fornecia impunidade para os agressores, inibindo denúncias e/ou práticas de combate aos atos abusivos realizados pelos homens, efetivando a lei como uma evolução e grande ganho no processo de proteção às mulheres.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Recentemente mais um passo foi dado em defesa da mulher, quando a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ votou e aprovou a legitimidade da aplicação da lei 11.340/06 para uma mulher trans agredida pelo pai no ambiente doméstico, o que vai de encontro aos avanços de defesa da mulher, seja cisgênero ou trans.

No que se lê na plataforma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, o relator do caso fez questão de mencionar a importância de reconhecer as relações humanas como complexas e entender como deve-se deixar de considerar discursos considerados rasos, simplistas e reducionistas a fim de não deixar desamparadas as minorias. Entendeu-se e ressaltou-se ainda que sexo biológico e identidade de gênero eram questões diferentes, mas que a identidade de gênero já era razão para o sofrimento de opressão por parte do pátrio poder, o que validava o direito da vítima e uso da Lei Maria da Penha em seu favor. (STJ, 2022)

## 2.A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O IMPACTO DA PANDEMIA DE COVID-19 EM SUA INCIDÊNCIA

A Lei Maria da Penha é de grande importância, ao fazer a leitura de seu texto é preciso reconhecer que seu art. 5º define que violência doméstica e familiar contra a mulher é a ação ou o ato omisso que se baseio no gênero e que pode causar qualquer tipo de prejuízo à vítima, na íntegra do artigo é possível ler:

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
>
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
>
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
>
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Com base nisso é que a pandemia tornou-se um momento de grande atenção para a problemática da violência contra a mulher, afinal, foi nessa fase que nitidamente houve um aumento significativo no número de casos de violência contra a mulher.

De acordo com dados apresentados por Miranda e Preuss em sua pesquisa realizada em 2020, as situações de violência e solicitação de proteção às mulheres subiram desde o decreto da pandemia ocasionada pela Covid-19 em cerca de 25% na Argentina, 30% na França, além de grande aumento em países como a Inglaterra, o Canadá, os Estados Unidos e a Alemanha. (MIRANDA; PREUSS, 2020).

Os autores comentam ainda que no Brasil até o momento da pesquisa, feita no início do período pandêmico, os números já representavam um aumento, mas ainda sem estatísticas suficientes para um levantamento mais consistente (MIRANDA; PREUSS, 2020).

A pesquisa de Sousa, Santos e Antonietti (2021), por sua vez faz um levantamento acerca das pesquisas sobre a temática da violência contra a mulher na pandemia, os dados apresentados são ainda mais alarmantes, como se apresenta abaixo:

> Marques et.al6 apontou em seu estudo dados nacionais e no Rio de Janeiro, o Ministério Público Estadual revelou um aumento de 50% nos casos de violência doméstica, no primeiro final de semana após decreto do governo estadual recomendando o distanciamento da social, a maior parte dos boletins ocorrência que envolveram a violência contra a mulher. Do mesmo modo, no Paraná, que obteve um aumento de 15% nos registros de violência doméstica atendidos pela Polícia Militar no primeiro final de semana de distanciamento social. Situações semelhantes são reportadas no Ceará, Pernambuco e São Paulo. Nessa mesma linha de argumentação o autor Santos et.al evidenciou, em São Paulo, o aumento dos crimes por feminicídios chegou a 46% na comparação entre março de 2020 e março de 2019, tendo duplicado na primeira quinzena de abril. No Acre, o crescimento foi de 300%, no Maranhão, a variação foi de 166,7%, e no Mato Grosso o aumento foi de 150%. Apenas três

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> estados registraram redução no número de feminicídios: Espírito Santo (-50%), Rio de Janeiro (-55,6%) e Minas Gerais (SOUSA; SANTOS; ANTONIETTI, 2021, p. 57-58)

Dados gerais apresentados pelas autoras ainda comentam que a taxa de feminicídio entre março e abril de 2020 cresceu 22,2% quando comparado a este mesmo período no ano de 2019. São dados extremamente preocupantes e que reiteram novamente a dominação de gênero existente a ponto de que em um fim de semana de isolamento social ocorra tamanha elevação nos números de casos de violência contra a mulher no âmbito doméstico.

Na pesquisa de Marques et al (2020), este expõe o aumento de 17% de ligações com denúncias de violência contra a mulher no mês de março de 2020, de acordo com dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MARQUES et al, 2020).

Observando os dados estatísticos será possível ver algumas contradições numéricas de pesquisa para pesquisa, todavia, a interpretação básica é simples: o aumento é claro e durante a pandemia as mulheres ficaram ainda mais expostas ao risco de violência, especialmente por estarem isoladas dentro de casa com seus maridos, pais ou outros familiares do gênero masculino.

Esta situação evidencia claramente as situações de dominação e opressão que se fazem presentes nos discursos feministas de luta pelos direitos e proteção da mulher. A pesquisa de Miranda e Preuss (2020) apresenta ainda uma estimativa realizada pela Organização das Nações Unidas - ONU comenta que a projeção era que apenas 40% das vítimas denunciassem as violências vivenciadas.

Esta situação direciona para discussões teóricas acerca da ação de dominação e opressão do homem sobre a mulher, por exemplo, quando Chauí (1985) pontua a respeito da violência perfeita esclarecendo que:

> [...] A violência perfeita é aquela que obtém a interiorização da vontade e da ação alheias pela vontade e pela ação da parte dominada, de modo a fazer com que a perda da autonomia não seja percebida, nem reconhecida, mas submersa numa heteronímia que não se percebe como tal. Em outros termos a violência perfeita é aquela que resulta em alienação, identificação da vontade e da ação de alguém e a ação contraria que a dominam [...] (CHAUÍ et al., 1985, p. 35).

A afirmação em questão vai de encontro a preceitos comentados por Simone de Beauvoir que pontua também sobre uma questão de cumplicidade, consequência da dominação do homem sobre a mulher, ou seja, uma cumplicidade prejudicial à mulher,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

consequência de seu processo de opressão e fruto de uma dominação que ocorre há um tempo considerável sobre ela, a autora expõe a questão frisando:

> Pondo-se como soberano ele encontra a cumplicidade da própria mulher, porque ela é também um existente, ela é habitada pela transcendência e seu projeto não está na repetição e sim na sua superação em vista de um futuro diferente; ela acha no fundo de seu ser a confirmação das pretensões masculinas. Associa-se aos homens nas festas que celebram os êxitos e as vitórias dos machos. Sua desgraça consiste em ter sido biologicamente votada a repetir a Vida, quando a seus próprios olhos a Vida não apresenta em si suas razões de ser e essas razões são mais importantes do que a própria vida. (BEAUVIOR, 1986, p.85).

Beauvior expressa sobre como o processo de vida da mulher se torna tão apagado que a vitória da figura masculina torna-se um motivo para a celebração por parte da mulher, tudo isso resultado de uma construção social do próprio conceito feminino do que é feminino.

Há pensadoras que vão por outra perspectiva, desconsiderando a questão da cumplicidade, Rodrigues e Araújo ao tratarem sobre as perspectivas de Saffioti comentam que:

> [...] ao contrário de Marilena Chauí, a perspectiva de Saffioti rejeita a ideia de que as mulheres sejam "cúmplices" da violência. Embora as conceba como "vítimas", a autora as define como "sujeito" dentro de uma relação desigual de poder com os homens. Ou seja, as mulheres se submetem á violência não porque "consintam": elas são forçadas a "ceder" porque não têm poder suficiente para consentir (RODRIGUES; ARAÚJO, 2016, p. 8).

Por cumplicidade ou não, o que fica evidente é que o paradigma de inferioridade que outrora fora relacionado à mulher, segue ainda reverberando na sociedade, de maneira que as mulheres são silenciadas, agredidas e abusadas por homens, e por vezes sentem-se tão invalidadas ao ponto de não acreditarem ter o direito ou o poder de denunciarem tais abusos.

E como já demonstrado, a pandemia é vista como um grande fator de influência e aumento para essa situação, visto que já no mês de março (mês de decreto do isolamento

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

social) os casos e denúncias de violência doméstica foram ampliados exponencialmente. A situação foi tão preocupante que foi necessário que mais um dispositivo legal fosse aprovado a fim de respaldar e proteger as mulheres mesmo durante a pandemia.

Trata-se da Lei de nº 14.022, de 07 de Julho de 2020 (BRASIL, 2020b) que foi realizada a fim de alterar alguns pontos da Lei de nº 13.979 de 05 de Fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020a), sendo esta última a lei de medidas que deveriam ser adotadas frente às necessidades de enfrentamento da situação emergencial de saúde pública ocasionada pelo novo coronavírus. No artigo inicial a lei apresenta-se:

> Art. 1º Esta Lei 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 (BRASIL, 2020b)

É preciso mencionar que lei nº 14.022, cujo trecho foi apresentado, nasceu de uma urgência e calamidade tão alarmante frente à violência contra a mulher, havendo necessidade em especificar as situações de risco corridas pela mulher através de uma norma jurídica de como deveriam ocorrer às ações de proteção e intervenção, uma vez que houvessem denúncias de violência contra a mulher e também às crianças e idosos.

A necessidade de uma lei tão específica a fim de lidar com tal problemática de uma taxa de agressão devido ao isolamento social, deveria ser reconhecido como um dado extremamente preocupante, e de fato é, todavia é preciso relembrar que não chega a ser surpreendente quando se analisa os dados do Brasil frente ao enfrentamento à violência contra a mulher ou mesmo as taxas de feminicídio.

## 3.ANÁLISE CRÍTICA DA LEGISLAÇÃO PROTETIVA À MULHER E A QUESTÃO DA IMPUNIDADE NOS CRIMES DE GÊNERO

Na construção da contextualização histórica dessa pesquisa, observou-se que aquela que carrega o nome de lei que protege as mulheres da violência, Maria da Penha, tem sua historicidade pautada em opressão, dominação de gênero e especialmente, impunidade.

Essa informação é impactante, todavia, o que deve gerar ainda mais impacto é o fato de que apesar da legislação brasileira supracitada ser voltada para tal crime, ainda assim, há taxas alarmantes de violência contra a mulher e até feminicídio, esta informação é apresentada na pesquisa de Santos et al (2019) que pontua:

> Segundo relatório do Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEVUSP, 2018), em 2017 em média 12 mulheres foram assassinadas

> por dia no Brasil, um dado alarmante que representa um aumento de 6,5% dos casos em relação a 2016. Com um total de 4.473 homicídios dolosos, sendo 946 casos de feminicídio, ou seja, uma taxa de 4,3 mortes por 100 mil pessoas do sexo feminino, fazendo o Brasil ocupar o 7° lugar dentre os países mais violentos do mundo, dentre 87 nações, em relatório da organização Mundial de Saúde (OMS) (SANTOS et al, 2019, p. 98)

Enquanto Soares, Charles e Cerqueira (2019, p. 2) comentam que:

> No Brasil o número de registros nos últimos anos coloca o país em quinto lugar no ranking composta por 83 nações de crimes contra a mulher, ainda que o país seja considerado referência em leis voltadas ao combate à violência contra a mulher.

Dessa forma, fica evidente que legislação de combate aos atos abusivos contra as mulheres não faltam, pelo contrário, os dispositivos legais existem e ainda são referências nesta luta, todavia, a prática e aplicabilidade da lei é o desafio que ainda permite que mulheres continuem correndo riscos contra sua integridade física, psicológica, patrimonial e até de vida.

É preciso reconhecer que a impunidade é uma preocupação que impede que haja a ação eficaz da garantia de direitos e respeito às leis, afinal, se um indivíduo não é punido, cria-se inibição às denúncias. Por esse motivo e devido ao processo de domínio patriarcal, observa-se que as mulheres por vezes acabam se submetendo ao esposo e suas agressões, mesmo estando em risco, essa questão fica evidente quando fazemos a leitura:

> Na maioria dos casos de violência doméstica, as mulheres em seus relatos falavam da dificuldade de sair da situação de violência, do medo das mudanças, do sentimento de não saber o que pode ser melhor para os filhos. E o velho ditado permeia sempre o discurso "ruim com ele, pior sem ele". Toda essa violência contra a mulher no Rio Grande do Sul revela que também no Estado, assim como em tantos outros Estados e países, a mulher ainda sofre a influência do modelo patriarcal, transgeracional e de uma cultura sexista. (GERHARD, 2014, p. 136)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Tais situações corroboram com o que já foi mencionado anteriormente quando se tratou acerca dos pensamentos de Beauvior (1986) e Chauí (1985) a respeito de uma certa cumplicidade entre a esposa e o marido, apesar das agressões, mas é válido também que não se dispense o que pontua Rodrigues e Araújo (2016) quando tratam acerca dos pensamentos de Saffioti, quando comentam que não se trata necessariamente de uma cumplicidade, mas sim de uma impotência frente à situação vivenciada.

Entretanto, é preciso reconhecer que não apenas a falta de denúncias é o que garante a impunidade nesses casos, há de fato situações em que outros fatores são tidos como cruciais para a perpetuação de uma prática impune de violência, enfraquecendo a proteção das mulheres e de seus direitos.

Balz (2015) discute a respeito das ações de medida protetiva à mulher, uma vez que se constata o risco que a mulher está correndo, seja por ameaça ou pela agressão propriamente dita. São muitas as possibilidades de medidas protetivas, dentre elas, a prisão preventiva que é uma das mais conhecidas.

A autora comenta a respeito dos três eixos de intervenção no que se refere às medidas e ações de proteção embasadas na Lei Maria da Penha que são: punição, quando há aplicação de penas; proteção e assistência, que se refere às medidas que buscam proteger a vítima do agressor; e por fim, a prevenção que se refere às políticas que buscam prevenir a violência (BALZ, 2015).

A respeito das ações de proteção e prevenção, recorre-se ao art. 22 da Lei Maria da Penha que expõe:

> Art. 22: constatada a prática de violência domestica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:
>
> I – suspensão da posse restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
>
> II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
>
> III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) Aproximação da ofendida, de seus familiares e testemunhas, fixa 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) Frequentarão de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios:

§1º: As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstancias o exigirem, devendo a providencia ser comunicado ao Ministério Público.

§2º: na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e inciso do art.6º da Lei nº10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicara aos órgãos, corporações ou instituições as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de arma, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, o auxilio da força policial.

§4º aplica-se as hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei 5,869, de 11 de janeiro de 1973 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2006).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Fica evidente perante a lei que é de interesse do Estado brasileiro que as mulheres tenham direito ao respeito e sua integridade mantida, todavia, é preciso questionar se há também a aplicabilidade a fim de que esse interesse seja efetivado de maneira eficaz.

Para iniciar, pode-se recorrer ao fato de que quando se refere à violência moral, patrimonial e até psicológica, torna-se difícil de realizar a produção de provas que se fazem necessárias para efetivar a medida exposta no inciso I, por exemplo (HERMANN, 2008).

Por vezes, outra questão que pode ser levantada é o ato de remeter expedientes para os juízes, o que levanta o questionamento de tempo e viabilidade, afinal, cidades do interior nem sempre contam com um juiz presente, e quando há, quanto tempo leva até que seja expedido um parecer por parte do magistrado? Por diversas vezes, o tempo é fator decisivo na corrida de proteção às mulheres.

Autores como Pacheco (2015) e mesmo Campos (2008) comentam acerca dessa temática, dentre estes posicionamentos é possível observar o relato dos desafios voltados para a fiscalização a respeito do afastamento do agressor em relação à vítima não é feita de forma eficaz, havendo até casos de coerção para a retirada das denúncias feitas por parte da vítima, bem como quanto à aplicação das medidas protetivas, mencionando que não há aplicabilidade das medidas integralmente (CAMPOS, 2008) (PACHECO, 2015).

A pesquisa de Campos (2015) trata a respeito dos desafios inerentes à implantação da Lei Maria da Penha na prática, por exemplo, a autora comenta que a Lei enquanto dispositivo legal é de grande importância, todavia, encontra desafios muito específicos para uma aplicabilidade qualitativa.

Comenta-se sobre um inquérito já realizado entre os anos de 2012 e 2013, ou seja, há quase 10 anos, e explicita-se que o relatório final de tal Inquérito aponta para situações como "falta de prioridade política no enfrentamento à violência contra as mulheres", "maiores dificuldades enfrentadas por grupos de mulheres mais vulneráveis, tais como negras quilombolas, ribeirinhas, indígenas", "pouca articulação da rede especializada", "um possível esgotamento de alguma dessas políticas públicas" (CAMPOS, 2015, p.392).

A autora reitera em outro momento da pesquisa que a ausência de determinados serviços é o que contradiz a afirmação de que há interesse em proteger as mulheres e seus direitos, e ainda retifica a fala que faz a respeito de esgotamento de políticas públicas mencionando que "pois não pode haver esgotamento de uma política se sequer ela existiu

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

plenamente", sendo assim, esta fala leva a refletir se a Lei Maria da Penha foi de fato implementada junto aos serviços que se fazem necessários para que haja sua efetivação.

A partir disso, o que se pode observar é que a legislação protetiva brasileira no que se refere à defesa da mulher é muito bem construída e elaborada, sendo até mesmo uma referência para os outros países, todavia, é de fato interessante voltar-se para o fato de que ainda assim o Brasil se encontra posicionado entre um dos primeiros quando o assunto é feminicídio e até violência contra a mulher.

Essa situação demonstra que apesar do desenvolvimento de dispositivos legais bem estruturados, o Brasil perde em aplicação e fiscalização das leis que aprova, de maneira que as regulamentações de diversos crimes e de diversas práticas preventivas terão baixo valor no que se refere aos seus resultados efetivos.

Não suficiente, ainda se lida com a cultura machista e opressora que por vezes silencia as mulheres, construindo-as como incapazes e impotentes perante diversas situações, o que somado à ineficácia da aplicação de dispositivos legais já mencionadas produz diversos casos de impunidade, morte, agressão e constante risco para as mulheres brasileiras.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi exposto no texto foi possível observar em um primeiro momento a respeito da jornada da mulher enquanto indivíduo detentor de direitos e como a história revela o processo de inferiorização da mesma perante o sexo masculino, o que validou por diversos momentos a violência e opressão sofrida pelas mulheres, até que passam-se os anos e a Constituição Federal e também a Lei Maria da Penha surgem como dispositivos de lei que são base para o combate e violência sofrido e socialmente validado pelas mulheres até então.

Ainda no decorrer da pesquisa apresentada, foi possível observar um pouco mais a respeito da relação de gênero existente e como há uma construção social que inferioriza a mulher a ponto de que ela torne-se cúmplice do homem, mesmo que essa cumplicidade represente por vezes, um ataque contra si mesma. Tratando a respeito disso é que comentou-se a respeito de como a dominação do homem sobre a mulher é tão evidente que durante o isolamento social ocasionado pela pandemia da Covid-19, mesmo no primeiro mês, os casos de violência contra a mulher e até mesmo feminicídio cresceram

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

consideravelmente, conforme os dados apresentados, a ponto de novos dispositivos de lei que buscassem proteger a mulher em meio a pandemia fossem propostos.

Questões como essas caminham para a reflexão de uma análise crítica a respeito da efetividade da Lei Maria da Penha, assim como foi feito, e observou-se que diversos desafios no que se refere à aplicabilidade da lei, de modo que pode-se até mesmo haver um questionamento acerca da efetivação deste dispositivo legal quanto aos serviços necessários para a garantia da proteção da mulher no Brasil. Ficando evidente que não faltam dispositivos legais para a defesa da mulher, pelo contrário, faltam recursos e meios para a efetivação de tais dispositivos.

Sendo assim, acredita-se que a inferiorização feminina segue ocorrendo através de opressões e domínios masculinos que vêm se perpetuando através da implementação ineficaz da Lei Maria da Penha, o que garante impunidade para os agressores e riscos para as agredidas. Em teoria, a mulher não é mais inferior como outrora foi taxada, e mesmo perante a lei essa inferioridade foi extinguida, todavia, perante a prática judicial e a proteção efetiva da mulher, a inferiorização segue ocorrendo e abrindo espaço para a violência doméstica.

Tendo visto o que foi exposto, acredita-se que a pesquisa apresentada alcançou seu objetivo, uma vez que trouxe à tona a compreensão de que através da ineficácia das ações e falhas de implementação Lei da Maria da Penha é que se perpetua a violência doméstica que pauta-se no conceito de inferioridade feminina, conceito este inexistente perante lei, porém que tem sido mantido pela insuficiência de ações de proteção às mulheres apesar da legislação existente.

Ficando respondida a pergunta que norteia este estudo, o conceito de inferioridade feminina é o que abre precedentes para a violência doméstica, de modo que, as falhas para a prevenção e punição de tal prática é o que mantém esse conceito em vigor.

**REFERÊNCIAS**

BALZ, D. F. **A Lei Maria da Penha e a (in)eficácia das medidas protetivas.** 2015. 36f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Bacharelado em Direito, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais - DCJS, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Santa Rosa - RS, 2015. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/3514/TCC%20Debora%20-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 07 maio 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

BEAUVOIR, S. **O Segundo Sexo.** 4.ed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília - DF, 1988.

BRASIL. **Lei n° 3.071 de 1° de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília - DF, jan. 1916.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, 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. Brasília - DF, ago. 2006.

BRASIL. **Lei nº 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. Brasília - DF, fev. 2020a.

BRASIL. **Lei nº 14.022 de 07 de Julho de 2020.** Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília - DF, jul. 2020b.

CAMPOS, A. A. S. **A Lei Maria da Penha e a sua Efetividade.** 2008. 59f. Monografia (Pós-graduação) - Especialização em Administração Judiciária, Escola Superior de Magistratura do Ceará, Universidade Estadual Valo do Acaraú, Fortaleza - CE, 2008. Disponível em: <https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Ant%C3%B4nia-Alessandra-Sousa-Campos.pdf>. Acesso em 08 maio 2022.

CAMPOS, C. H. Desafios na Implementação da Lei Maria da Penha. **Revista Direito GV**, v. 11, n. 2, p. 391-406, 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 54/01 - Caso 12.051 - Maria da Penha Maia Fernandes - Brasil**, 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 06 maio 2022.

CORRÊA, L. R. A necessidade da intervenção estatal nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. In: LIMA, Fausto R.; SANTOS, Claudiene (Coords). **Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHAUÍ, M. Participando do Debate sobre Mulher e Violência. In: FRANCHETTO, Bruna, CAVALCANTI, M. L. V. C.; HEILBORN, M. L.(org.). **Perspectivas Antropológicas da Mulher 4**. São Paulo: Zahar, 1985, p. 23-62.

GERHARD, N. **Patrulha Maria da Penha**. 1. ed. Porto Alegre: Age Editora, 2014.

HERMANN, L. M. **Maria da Penha Lei com nome de mulher:** violência doméstica e familiar. Campinas: Servanda, 2008.

MARQUES, E. S.; 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, n. 4, e00074420, 2020.

MIRANDA, B. W.; PREUSS, L. T. As silhuetas da violência contra mulher em tempos de pandemia. **Sociedade em Debate**, v. 26, n. 3, p. 74-89, 2020.

PACHECO, I. L. C. A (in)eficácia das medidas protetivas de urgência Lei Maria da Penha. **Conteúdo Jurídico**, Brasília - DF, 2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44228/a-in-eficacia-das-medidas-protetivas-de-urgencia-lei-maria-da-penha#:~:text=As%20medidas%20protetivas%20tem%20o,vem%20crescendo%20a%20cada%20dia..> Acesso em 08 maio 2022.

PEREIRA, R. C. A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas. Repensando o direito da família - **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, Belo Horizonte: MG, p. 161-173, 1999.

RODRIGUES, H. S. J.; ARAÚJO, C. D. M. H. Violência contra mulher: uma discussão de gênero. In: **Anais II Congresso Internacional de Educação Inclusiva e II Jornada Chilena Brasileira de Educação Inclusiva**, 2016. Disponível em: <http://editorarealize.com.br/editora/anais/cintedi/2016/TRABALHO_EV060_MD1_SA9_ID2632_07092016145800.pdf>. Acesso em 04 maio 2022.

SAFFIOTI, H. **O Poder do Macho.** São Paulo: Moderna, 1987.

SANTOS, R. G.; et al. Violência contra a Mulher à partir das Teorias de Gênero. **Id online Revista Multidisciplinar e de Psicologia**, v. 13, n. 44, p. 97-117, 2019.

SOARES, D. Z.; CHARLES, C. J.; CERQUEIRA, C. C. A. X. Feminicídio no Brasil: gênero de quem mata e de quem morre. **Anais do XIII Encontro Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Geografia - ENANPEGE**, 2019. Disponível em: <http://www.enanpege.ggf.br/2019/resources/anais/8/1562631571_ARQUIVO_ENANPEGE-FEMINICIDIONOBRASIL-GENERODEQUEMMATAEDEQUEMMORRE.pdf>. Acesso em 07 maio 2022.

SOUSA, I. N.; SANTOS, F. C.; ANTONIETTI, C. C. Fatores desencadeantes da violência contra a mulher na pandemia COVID-19: revisão integrativa. **Revista de Divulgação Científica Sena Aires - REVISA**, v. 10, n. 1, p. 51-60, 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **Lei Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide Sexta Turma**. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contra-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 10 mai. 2022

TEJEDA, J. M. **15 Anos da Lei Maria da Penha: repercussões da sua trajetória no enfrentamento da violência doméstica.** 2021. 50f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Bacharelado em Direito, Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicada, Pontifício Universidade Católica de Campinas, Campinas - SP, 2021. Disponível em: <http://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/14675/cchsa_direito_tcc_tejeda_jm.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 03 maio

www.conteudojuridico.com.br

# ADOÇÃO À BRASILEIRA: ATO ILÍCITO OU HUMANITÁRIO? UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TEMA

**LAIS BARBOSA OLIVEIRA**: Graduanda do curso de Direito pela Universidade Federal do Estado do Tocantins

VINICIUS PINHEIRO MARQUES [85]

(orientador)

**RESUMO**: A investigação proposta busca analisar o impasse existente entre uma realidade nacional costumeira, que é a adoção à brasileira, e os dispositivos legais que a penalizam. Como resultado dessa conjuntura legal-social, torna-se significativo examinar como nossos tribunais estão procedendo frente a este contexto, tendo em vista que a complexidade jurídica e social do ato acabam demandando uma análise mais robusta em detrimento do simples enquadramento desta prática como um crime. Para atingir tal fim, a pesquisa em tela buscou suporte doutrinário, jurisprudencial e legal, utilizando-se de um método de pesquisa dedutivo e de um procedimento bibliográfico. Como produto do presente exame, deduziu-se que o entendimento jurisprudencial dos nossos tribunais tem evoluído no sentido de preservar o vínculo socioafetivo formado entre o adotado e o adotante, desprezando-se assim o caráter ilícito da conduta.

**Palavras-chave**: Adoção à Brasileira; Jurisprudência; Vínculo Socioafetivo.

**ABSTRACT**: The investigated proposal seeks the impasse between a customary national reality, which is adopted in the Brazilian way, and the legal provisions that penalize it. As a result of this legal-social conjuncture, it is examined how our courts proceeding in this context, given that the act ends up making the act complex and social ends up requiring a more robust analysis in infamous for the simple framing in the practice of a crime . To achieve this end, an on-screen research sought doctrinal, jurisprudential and legal support, using a deductive research method and a bibliographic procedure. As a product of this examination, the jurisprudential understanding of our courts has evolved in order to preserve the socio-affective bond formed between the binding bond and the adopter, thus disregarding the illicit nature of the conduct.

**Keywords**: Brazilian-style adoption; Jurisprudence; Socio-affective bond.

[85] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito da Universidade Federal do Estado do Tocantins. Advogado. E-mail: vinicius.marques@uft.edu.br.

## INTRODUÇÃO

Introduz-se o presente artigo com o seguinte questionamento, até que ponto a ilicitude que um ato gera e o propósito altruístico que o leva a ser praticado podem afetar a vida de terceiros? Esta é a indagação que ronda uma prática reiterada nacional, denominada pelos doutrinadores como "adoção à brasileira" tal conduta vem promovendo discussões nos julgados do STJ, isto devido ao fato da prática supramencionada ser tipificada como crime no Código Penal Pátrio, contudo aos olhos da nossa sociedade esse tipo de adoção não representa um ato ilícito, mas sim um ato de benevolência.

Mas então o que seria "adoção à brasileira"? Consoante o art. 242 do Código Penal, incorre nesse crime aquele que "registrar como seu, o filho de outrem", isto é, quando o adotante busca algum meio de burlar o devido processo legal e registra o adotado como se seu biológico fosse. Esta realidade social gera análises de variadas vertentes, cita-se a título de exemplo o caráter humanitário da conduta, o bem-estar psíquico e físico do menor, o vínculo afetivo formado, a fila de espera com crianças e adolescentes aptos para adoção e devidamente registrados no Cadastro Nacional de Adoção (CNA) dentre outros fatores que devem ser examinados e condicionar as decisões dos tribunais.

Isto posto, infere-se que a imprescindibilidade desta temática habita no fato dela confrontar dispositivos legais e exigir dos nossos tribunais estudos esmiuçados sobre os casos concretos, uma vez que com a evolução da nossa Carta Magna o afeto passou a ter papel de destaque nas relações familiares e à vista disto muitos adotantes optam por negligenciar a complexidade do trâmite legal e por efetivar a adoção de forma irregular, visto que o essencial eles já possuem: a existência de vínculo afetivo com o adotado.

Neste diapasão, ao longo do artigo serão analisadas as leis do ordenamento jurídico brasileiro que preveem o instituto da adoção e seu procedimento regular, a prática do ato de adoção à brasileira em si, com os possíveis motivos ensejadores e análise jurisprudencial atinente ao tema.

Dado o exposto, a pesquisa em exame propõe-se a perfilhar os posicionamentos dos nossos tribunais evidenciando os efeitos legais e sociais da "adoção à brasileira". O presente artigo buscará apoio doutrinário, jurisprudencial e legal, utilizando-se de um método de pesquisa dedutivo e de um procedimento bibliográfico com caráter essencialmente qualitativo, com ênfase na observação e estudo documental.

## 1. ADOÇÃO E SEUS ASPECTOS LEGAIS

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A adoção pode ser conceituada segundo Diniz (1996) como: ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

O Instituto da Adoção vem evoluindo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo surgido no Código Civil de 1916, permanecendo quando este foi alterado em 2002 por meio da Lei nº 10.406/02. Todavia, foi com a publicação da Lei Nacional de Adoção (12.010/2009) que alterou o Código Civil vigente, que a adoção de crianças e adolescentes passou a ter tratamento expresso e específico pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) conforme disposição do art. 1618 do CC/02, enquanto que a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência do poder estatal e também de sentença constitutiva, conforme prevê o art. 1.619 do diploma já mencionado, e quanto a isto somente nos casos que se fizer necessário, as regras do ECA serão utilizadas subsidiariamente.

A Lei Nacional de Adoção trouxe consigo, um fator de extrema importância, o CNA (Cadastro Nacional de Adoção), um sistema que acelerou o processo de adoção, pois une todos que tem o interesse em adotar com todas as crianças e adolescentes que estão aptos para serem adotados e isso demonstra uma grande evolução, considerando que antes de 2009, o cadastro era feito por regiões e após este, passou a ser em âmbito nacional, e segundo Maria Berenice Dias (2013, p. 518) isso amplifica a possibilidade das crianças de um determinado estado serem adotadas por alguém de outro, aumentando a chance da criança obter uma família.

Apesar do avanço supracitado, algumas críticas são traçadas em relação à Lei de Adoção como a não previsão acerca da adoção direta, através da qual o interessado comparecia ao Juizado da Infância e Adolescente com a pessoa que queria adotar e iniciava o processo, o que pode dificultar esse tipo de adoção. Em razão disso, muitos acreditam que foi vontade do legislador coibir a adoção direta.

Outrossim, uma outra alteração implementada pela Lei 12.010/2009 que é alvo de críticas por parte da doutrina é que irmãos não mais poderão ser separados, o que significa que eles deverão ser adotados pela mesma família. Tal fato é criticado, já que pode causar uma dificuldade à adoção, pois nem sempre uma família vai querer adotar mais de uma criança ao mesmo tempo, além do que com isso há também violação ao princípio da isonomia.

Outra novidade apontada como obstáculo, foi o conceito de família extensa, também chamada de família ampliada, pelo qual o adotando só será encaminhado para uma família substituta se forem esgotadas todas as tentativas de adoção da criança ou

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

adolescente por parentes próximos, como tio, avós, primos e outros, com os quais o adotando mantém vínculos de parentesco. Nunca é demais lembrar que os ascendentes e os irmãos do adotando não o podem adotar

As regras jurídicas específicas da adoção apesar de visarem à prevalência dos interesses, direitos e necessidades do adotando, podem de certo modo dificultar e tornar burocrático e oneroso o processo judicial de adoção. O Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 39 a 52 determina todo o procedimento para a adoção, pretendendo encontrar uma família adequada à criança, em busca da efetivação da proteção integral. O Código Civil de 2002 trata da adoção nos artigos 1618 a 1629 e extinguiu a distinção entre a adoção restrita e adoção plena, sendo a adoção agora será sempre plena independentemente de o adotando ser maior ou menor de 18 anos.

### 1.1. Processo de Adoção

O processo de adoção se inicia com a inscrição daquele que quer adotar, o adotante, em juizados de menores ou entidade a eles ligadas, com preenchimento de fichas, entrega de documentos, entrevistas preliminares até que o candidato é chamado ao encontro da criança para o início do processo de adoção que precede de um período de guarda provisória, audiências e provas.

Importante lembrar que para que se aperfeiçoe a adoção, deve passar por dois momentos distintos: o primeiro, de caráter negocial, haverá a manifestação de vontade do adotante e do adotando, dependendo da idade que este possua; e o segundo momento, haverá a intervenção do Estado, que apreciará se a adoção é ou não conveniente para o adotado, nos termos do artigo 1625 do Código Civil (Lei 10.406/2002) e artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

O primeiro ato, que é a realização de um cadastro em que o pretendente se habilita a uma fila de adoção, só ocorrerá após a investigação do candidato com resultado positivo, ou seja, verificado que é apto a adotar. Para ser apto a adotar, além de outras exigências, deverá estar habilitado à prática de todos os atos da vida civil.

Dentre as fases do processo de adoção, está o estudo psicossocial, que é um instrumento de avaliação do contexto familiar no qual o adotando será inserido. Por ser a adoção irrevogável e para garantir a proteção integral com o bom desenvolvimento da criança e do adolescente evitando negligências, abusos, rejeições, maus tratos ou devoluções, este estudo é determinado por lei. O artigo 167 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) dispõe que a autoridade judiciária "determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

concessão de guarda provisória, bem como, no caso de adoção, sobre estágio de convivência."

Além de um período de preparação psicossocial que será precedido à adoção, no §3ºdo art. 50 do supracitado Estatuto, está disposto deverá haver uma preparação jurídica, sendo ambos orientados pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

A etapa mais longa do processo de adoção é a da aprovação dos adotantes. Depois das entrevistas, da visita às residências dos pretensos adotantes e, depois de esclarecidas todas as dúvidas dos técnicos do Juizado, este processo segue para o Promotor que manifestará sobre a habilitação e, finalmente, o processo segue para o juiz que, encontrando-o satisfatoriamente instruído, poderá deferir a habilitação dos adotantes. Os pretensos adotantes, depois de aprovados pelo juiz, estarão em condições de adotar e passarão a integrar um cadastro ou relação de possíveis adotantes

Certamente o trâmite legal é imprescindível para o atendimento do melhor interesse da criança e à garantia do devido processo legal. Contudo,o processo de adoção é visto como demorado, dispendioso e burocrático, mormente quando se tem que contratar um advogado, além de ser visto por muitos como desvinculado da realidade social. Logo, o direito não pode deixar de regulamentar as práticas sociais (GRANATO, 2012, p.120), por isso existem doutrinas se posicionando sobre a necessidade da regulamentação da adoção à brasileira.

## 2. ADOÇÃO À BRASILEIRA E ASPECTOS MOTIVADORES

A realidade brasileira é caótica no que tange ao número de menores nas ruas e abrigos e em razão disso e da complexidade do trâmite legal, é que muitos adotantes optam por efetivarem a adoção de forma irregular, visto que o essencial eles já possuem: a existência de vínculo afetivo com o adotado (Moreira, 2011). Nesse sentido, afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012) que:

> [...] **grande passo uma sociedade dá quando verifica que a relação paternofilial é muito mais profunda do que o vínculo de sangue ou a mera marca genética.** Com isso, não estamos menoscabando (rebaixando) a paternidade ou a maternidade biológica, não é isso. O fato é que, ser pai ou mãe não é simplesmente gerar, procriar, mas sim, indiscutivelmente, criar, cuidar, dedicar amor. [...] (grifou-se).

Em razão deste vínculo afetivo, da burocratização que envolve o procedimento da adoção legal e outros fatores que muitos optam pela chamada adoção à brasileira. No

tocante a esta nomenclatura doutrinária, infere-se que ocorre quando os pais adotivos realizam o registro civil do menor como se seu filho biológico fosse sendo esta informação inverídica, nos termos de Maria Berenice Dias (2013, p. 518). A "adoção à brasileira" é caracterizada pela falta de processo judicial, e esta acontece de forma rotineira dentro da sociedade.

Na verdade, a grande maioria das adoções no Brasil é informal, sendo feitas através da adoção à brasileira, que possui várias determinantes. Outra questão que promove tal instituto é o fato de a adoção legal, além de ter a obrigatoriedade da contratação de um advogado, exige uma grande formalidade a ser seguida em todo o processo como visto no capítulo anterior, devendo aguardar, no final, uma sentença do juiz, que analisará os requisitos e verificando a ausência destes não acolherá o pedido.

Além das particularidades que condicionam a efetivação da adoção regular, outro aspecto que ronda a adoção à brasileira e que é muito questionado sob o ponto de vista social, é sua repercussão na esfera penal, já que é tipificada como ilícito. De fato, a paternidade, a maternidade e a filiação merecem proteção estatal, razão pela qual o estado não pode deixar de tomar medidas cabíveis para reprimir condutas que possam violar o estado de filiação, todavia é razoável prevalecer e permanecer tal repressão sobre condutas revestidas de intenção nobre? Como ocorre em determinados casos de adoção à brasileira.

### 2.1 Causas e possíveis motivações

Sob o ditame social tal conduta, mesmo estando disposta no Código Penal, como crime, quando revestida de nobreza, amor e solidariedade estará à frente de qualquer tipo de pena. Outro aspecto que corrobora com tal ditame é o histórico de crianças abandonadas no Brasil, que quando individualmente analisado constata-se ser ele frequente e extenso, porém o abandono neste país é um abandono fático e afetivo, mas não jurídico. Há, sim, crianças mal tratadas, mal cuidadas, que passam fome e, às vezes, são exploradas ou vítimas de violências. Mas, nesses casos, há pais ou familiares próximos que não estão dispostos a dar o consentimento que a lei exige para que possam ser adotadas. Com isso, quando se busca o meio legal para a adoção, por vezes, não se encontra uma criança que possa ser adotada.

Legalmente, essas crianças não estão abandonadas e a manutenção da vinculação legal é suficiente para que seja ignorado o abandono gerado pela ruptura gradual dos vínculos causada pelo distanciamento e desinteresse ao desenvolvimento delas.

As crianças que efetivamente estão liberadas para a adoção são aquelas em que os pais são desconhecidos e, isso só determinado depois de cessadas todas as tentativas

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

possíveis de localização, ou que os pais tenham sido destituídos do poder familiar, o que só ocorre após um procedimento judicial. Como se vê, se não houver o consentimento dos pais ou representantes legais, a criança para poder ser adotada terá que aguardar um desses procedimentos, que não são rápidos, o que faz com seja considerada velha para adoção, não se enquadrando na exigência dos candidatos.

Aliás, esse é outro motivo para a prática da adoção à brasileira e, talvez, o mais recorrente. Os candidatos à adoção, na maioria das vezes, querem uma criança ideal para adotar, o que a distancia da criança real. Tal fato deve-se aos preconceitos contra a adoção, em que os pais que não estão verdadeiramente interessados nos seus filhos ou que não possuem condições de criá-los, não tem coragem de entregá-los para a adoção e os candidatos possuem excessiva especificação das características da criança pretendida, já que a intenção é a formação da família modelo e muitas vezes tem-se como objetivo esconder da sociedade aquela adoção.

Além da espera legalmente liberada para a adoção e as exigências feitas pelos candidatos, outro motivo que leva à prática da adoção irregular é que os candidatos devem obedecer a todos os rigores da lei, submetendo-se a critérios subjetivos e objetivos de condições pessoais, sociais e econômicas para satisfazer todos os rigores exigidos. Constituem e pagam advogados, juntam documentos, comparecem a entrevistas técnicas e audiências. Apesar do trâmite legal ser imprescindível para o atendimento do melhor interesse da criança, com a garantia do devido processo legal, o processo de adoção é visto como demorado e burocrático.

Segundo Lúcia Maria de Paula Freitas (2001), a burocracia imposta aos processos de adoção no país justifica, muitas vezes, a prática de fraude à lei, na qual se busca o registro civil de filiação que é feito de forma direta, como se a relação parental se desse pelo curso biológico, preferindo o caminho da fraude ao enfrentamento do longo e tortuoso processo de adoção.

Outro ponto que merece destaque é a realização de estudo social feita por equipe interprofissional. Algumas vezes, os técnicos responsáveis pelas práticas de seleção de pessoas cadastradas nos Serviços de Adoção dos Juizados da Infância e Juventude demonstram uma postura, herdada historicamente, preconceituosa e estereotipada, alienada à concepção social, histórica e cultural da família parental e monogâmica.

Os assistentes sociais e psicólogos e os demais técnicos consideram aptas para adotar aquelas pessoas pertencentes à família modelo e ideal: casados legalmente, centralizados na autoridade conservadora e tradicional do pai, estáveis economicamente. Esta seleção passa a ser temida pelos candidatos à adoção que, por receio de serem rejeitados, não se submetem a ela e, consequentemente, burlam o procedimento legal. As

pessoas têm insegurança de que seus perfis possam representar óbices à habilitação e, com isso, preferem buscar a adoção irregular.

Um outro problema que merece destaque é que o risco desta adoção não está apenas na possibilidade de uma condenação criminal. Por não estar em conformidade com a lei, o registro de filiação é nulo e, como tal, a qualquer momento poderá ser declarado. Desta forma, adotante e adotado estarão constantemente expostos a uma mudança radical em suas vidas, no risco de descoberta do ocorrido. Por tais aspectos, faz-se de sumo relevo dispor como os tribunais estão decidindo acerca da desconstituição ou reconhecimento do vínculo parental nas adoções à brasileira.

## 3. ADOÇÃO À BRASILEIRA E TRIBUNAIS

A própria legislação insinua que o juiz deixe de aplicar a pena se julgar que o motivo foi nobre na adoção à brasileira (parágrafo único do art. 242, Código Penal). À vista disso, cabe ao juiz orientar-se pelos princípios da razoabilidade, do melhor interesse e da proteção integral da criança ou do adolescente. Neste sentido os Tribunais vêm decidindo:

> "RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA - RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF - ADOÇÃO À BRASILEIRA - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O conhecimento do recurso especial exige a clara indicação do dispositivo, em tese, violado, bem assim em que medida o aresto a quo teria contrariado lei federal, o que in casu não ocorreu com relação à pretensa ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil (Súmula n. 284/STF). 2. Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado. 3. Recurso especial improvido".

Muito embora isto, ainda que o ato praticado pelos pais adotantes seja considerado como um ilícito, logo uma adoção fraudulenta, não gozando de proteção jurídica legal, o que se faz prova mediante simples exame de DNA, a jurisprudência brasileira já vem repousando entendimento maleável para tal atitude, flexibilizando suas

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

decisões sobre este assunto.

Vale notar ainda, que como já dito, a adoção à brasileira configura-se como crime, à luz do Código Penal, sendo que os responsáveis por tal adoção acabam sendo punidos por seus atos, ainda com a anulação do registro civil e até mesmo a retirada da guarda da criança quando menor.

Entretanto, ante a flexibilização da jurisprudência quanto ao caráter moral dos adotantes, é de se verificar que as penas impostas têm sido pouco cumpridas, razão pela qual em inúmeros casos se vê o perdão judicial do delito, levando em consideração que todo cenário se fez no mais profundo amor e afeto pelos pais adotantes, sendo uma causa nobre que vem sendo reconhecida por diversos Tribunais, reconhecendo verdadeiramente que houve um ato digno aos adotantes.

Assim, dignos são os acórdãos das Apelações Criminais e do Habeas Corpus como se vê colacionados:

> APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCURSO COM O CRIME PREVISTO NO ART. 242 DO CP. ABSORÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 299 CP. PARTO SUPOSTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PERDÃO JUDICIAL. VIABILIDADE. CONSTATAÇÃO DA MOTIVAÇÃO NOBRE E ALTRUÍSTA. 1. Merece reparo a sentença recorrida quanto à condenação dos apelantes no crime de falsidade ideológica previsto no art. 299 do Código Penal, tendo em vista que tal conduta já se encontra inserida no tipo penal do art. 242 do Estatuto Repressor. 2. Os elementos de convicção constantes dos autos revelam que os acusados, ao registrarem filho alheio como próprio, agiram amparados por motivação nobre, considerando que pretendiam proporcionar uma vida melhor ao recém-nascido, em vista da precária situação econômica que a família natural enfrentava e do contexto social no qual estava inserida. Nesses moldes, de se **conceder o perdão judicial aos agentes, com a extinção de sua punibilidade**. APELOS CONHECIDOS E PROVIDOS. DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DOS AGENTES PELO PERDÃO JUDICIAL (grifo nosso).
>
> APELAÇÕES CRIMINAIS DEFENSIVAS. DELITO DO ARTIGO 242, 'CAPUT', DO CÓDIGO PENAL. ARGUIÇÃO PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA DA APELANTE ACOLHIDA. CONTEXTO DA PROVA QUE AUTORIZA RECONHECER O

PERDÃO JUDICIAL EM FAVOR DO RECORRENTE POR TER AGIDO SOB MOTIVAÇÃO DE RECONHECIDA NOBREZA. Prescrição retroativa **reconhecida em relação à ré,** julgando prejudicado o seu recurso. Apelo do réu provido em parte. (grifo nosso)

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A FAMÍLIA – REGISTRO DE FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO (CP, ART. 242, CAPUT) - COMPANHEIRA COAUTORA – PERDÃO JUDICIAL CONCEDIDO NA ORIGEM (CP, ART. 242, PAR. ÚN.) - VIABILIDADE - MOTIVAÇÃO NOBRE VISLUMBRADA. I – A consumação do delito de registro de filho alheio como próprio (CP, art. 242, caput) opera-se quando evidenciado o dolo específico de alterar estado de filiação por meio de falseamento de registro civil de nascimento, conduta conhecida como "adoção à brasileira" coibida com o fito de proteger- se a família, instituição reconhecida constitucionalmente como célula mater da sociedade, hipótese plenamente verificada quando o agente se dirige a cartório público e registra como seu filho que sabidamente é de outro. No entanto, visando proporcionalizar as sanções aplicadas aos casos concretos,o legislador fez inserir o parágrafo único ao aludido artigo, o qual traz uma pena de detenção em prazo menor que a de reclusão prevista no caput e, ainda, a faculdade **de o julgador deixar de aplicar esta sanção, por meio de perdão judicial, para os casos em que o sujeito ativo age por motivo de reconhecida nobreza**. (grifo nosso)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE MENOR. APARENTE ADOÇÃO À BRASILEIRA E INDÍCIOS DE BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. PRETENSOS ADOTANTES QUE REUNEM AS QUALIDADES NECESSÁRIAS PARA O EXERCÍCIO DA GUARDA PROVISÓRIA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO PRESUMÍVEL NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES DESENVOLVIDAS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. 2- Conquanto a adoção à brasileira evidentemente não se revista de legalidade, a regra segundo a qual a adoção deve ser realizada em observância do cadastro nacional de adotantes deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse do menor, admitindo-se em razão deste cânone, **ainda que excepcionalmente, a concessão da guarda provisória a quem não respeita a regra de adoção.** (STJ. Terceira Turma. Data

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

do julgamento: 27/02/2018. HC 385507/PR. Ministra Nancy Andrighi). (grifo nosso).

Desta feita, é evidente reconhecer que houve um desenvolvimento por parte do Poder Judiciário quanto à aplicação da pena criminal aos pais adotantes, isto para questões detidamente analisadas, sendo que se tem priorizado a relação de afeto já estabelecida em desfavor do cumprimento da norma penal.

A jurisprudência então passa a aceitar o interesse dos pais pelo reconhecimento imediato da adoção à brasileira, velando sempre pelo melhor interesse do adotado, e assim, garantido a criança uma digna convivência familiar com aqueles para quem sempre reportou como verdadeira família de criação, visando, desta forma, não anular todo o vínculo juridicamente familiar em detrimento do vínculo afetivo.

Portanto, como se vê, os tribunais estão decidindo manter a criança e o adolescente com os pais que fizeram a adoção à brasileira, visando o melhor interesse e a proteção integral daqueles, uma vez que por meio dessa "adoção" também se pode estabelecer uma filiação socioafetiva, que é um fato no qual o Direito deve se debruçar e não negligenciar.

Ainda que seja provada que houve ilegalidade no registro civil pela sua adoção de forma contrária à lei, o aspecto fundamental será levar em ponderação o efetivo melhor interesse da criança e do adolescente, sendo premissa aplicada em todos os casos concretos desta partitura.

Em razão disto, pode-se então trazer a conclusão de que, há um novo caminho traçado pela jurisprudência quando da aplicação da norma contida no artigo 242, do Código Penal, como visto pelas reiteradas jurisprudências que concedem o perdão judicial, olhando então para o melhor interesse da criança e a causa nobre ventilada pelos pais adotantes, uma vez que a realidade fática do nosso país tem se deparado com lacunas no ordenamento jurídico, como se vê na Lei dos Registros Públicos.

Pode-se inferir também que a jurisprudência é pacífica em buscar o melhor interesse da criança, a garantia do direito à convivência familiar e com isso realiza a desconstituição do vínculo parental face ao vínculo socioafetivo.

A adoção à brasileira é um fato social que não pode ser desprezado, visto a sua grande incidência nos dias atuais. Por oportuno, registra-se que para uma pessoa comum e, por vezes também, para pessoas que tem conhecimento jurídico é muito mais rápido, menos oneroso, e efetivo comparecer no cartório e registrar como sua uma criança, fazer falso reconhecimento do que enfrentar um processo regular de adoção, que necessita de advogado, tempo, dinheiro e correndo o risco de não alcançar o resultado pretendido.



Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

## CONCLUSÃO

Diante do que foi proposto, depreende-se que grande é a parcela da sociedade que age de forma irregular, promovendo, portanto, a Adoção à Brasileira, que tem tomado grandes proporções com o passar do tempo, em razão do longo e demorado processo de adoção pela via legal.

Além do processo de adoção regular já ser demorado, em razão de ser necessário buscar o melhor interesse da criança, com a garantia constitucional do devido processo legal, há diversos obstáculos para aquele que busca adotar uma criança de forma regular, como por exemplo, o estudo social, as exigências na característica da criança e o medo de não obter resultado, são os motivos considerados mais determinantes para buscar a adoção à brasileira.

A nova lei de adoção (Lei 12.010/09), porém, tem como foco a garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, sendo uma resposta da sociedade em privilegiar as relações afetivas em detrimento do vínculo biológico. E a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente concretizada no Estatuto da Criança e do Adolescente, reafirma o princípio constitucional do melhor interesse da criança, refletindo a evolução pela qual a família passou com o reconhecimento da constituição familiar baseada na afetividade.

Por fim, ao analisar as decisões proferidas pelos Tribunais Brasileiros, é de fácil percepção que os julgados são em sua maioria, a favor da preservação da paternidade socioafetiva, mesmo ela tendo sido fruto de uma "adoção à brasileira" e havendo ainda, previsão legal para punir esse tipo de conduta do que favorecer a vinculação biológica, na qual houve abandono.

Ademais, observa-se que a tipificação expressa no Código Penal, em seu artigo 242 onde menciona a punição daquele que efetua registro de filho de outrem como próprio não está mais em uso perante os Tribunais, visto que não seria justo punir alguém buscou proporcionar afeto e amor a uma criança, levando a ela o direito de constituir família, fato este que faz surgir necessidade de se pensar acerca da regulamentação da Adoção à Brasileira.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Khristiano Donini. **ADOÇÃO À BRASILEIRA: a visão social e jurisprudencial da realidade**. 2018. 29 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito – Faculdade de Direito de Tangará da Serra – UNIC, Tangará da Serra, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Lei 3.071 de 01 de Janeiro de 1916. **Código Civil** .Brasília, 1916.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm> Acesso em: 10/11/2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 12/12/2021.

BRASIL. Decreto 2848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto> Acesso em: 14/12/2021.

BRASIL. Lei 12.010 de 03 de Agosto de 2009. **Lei da Adoção.** Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm> Acesso em 19/12/2021.

COSTA, Juraci. **A paternidade socioafetiva.** Revista Jurídica – FURB, v. 13, 2009, p. 127. Disponível em: <http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1889/1254>. Acesso em: 15/12/2021.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2013. p. 489.

ELIAS, João Roberto. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 12.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Adoção, Guarda, investigação de paternidade e concubinato**. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

FREITAS, Lúcia Maria de Paula. **Adoção – Quem em nós quer um filho**?. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegra: Síntese, n 10, ano 3, jul. ago. set. 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civi**l. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 597.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção, doutrina e prática**. 1o ed. 4o Tir. Curitiba: Juruá, 2012, p. 131.

LAMENZA, Francismar. **Um Raio – X da Adoção à Brasileira**. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/doutrina/doutrina> Acesso em: 07/11/2021.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 4ª Ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

MOREIRA, Fabrina Aparecida de Araújo. **Adoção à brasileira**. Universidade Presidente Antônio Carlos, 2011. Disponível em: <https://ri.unipac.br/repositorio/wp-content/uploads/2019/02/FABRINA-APARECIDA-DE-ARA%C3%9AJO-MOREIRA.pdf> . Acesso em: 09 jul. 2021.

NASCIMENTO, Joacinay Fernanda do Carmo. Adoção à brasileira. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14879#_ftn1> . Acesso em 09/11/2021.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001

ROCHA, Antonia Torres da. **Adoção à Brasileira: Aspectos Relevantes.** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/antoniarocha.pdf> . Acesso em: 10/11/2021.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Acórdão da decisão que deu prosseguimento ao recurso especial**. Informativo nº. 512. Precedentes: REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007. REsp 1.167.993-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ: 18/12/2012. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2713899%27> Acesso em 10/12/2021.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. **Acórdão da decisão que deu provimento à apelação criminal para absolver os apelantes do delito previsto no artigo 299, do Código Penal**. Apelação Criminal N 201593626304. RELATOR: Itaney Francisco Campos. DJ: 01/11/2017. DP: 06/03/2018. Tribunal de Justiça de Goiás, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adocao-perdao-judicial-tjgo.pdf> Acesso em 10/12/2021.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO. **Acórdão da decisão que negou provimento ao recurso.** Apelação Cível Nº. 0136202012. RELATOR: Angela Maria Moraes Salazar. DJ: 18/12/2014. DP: 21/01/2015. Tribunal de Justiça do Maranhão, 2014. Disponível em: <https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/163203008/apelacao-apl-136202012-> Acesso em 10/12/2021.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Acórdão da decisão que deu provimento ao recurso de apelação**. Apelação Criminal Nº. 814233-4. RELATOR: Jorge Wagih Massad. DJ: 01/12/2011. DP: 13/01/2012. Tribunal de Justiça do Paraná, 2011. Disponível em:

<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11213939/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-814233-4>
Acesso em 10/12/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# HOMESCHOOLING: PAIS REPRESENTANTES NAS ESCOLHAS EDUCACIONAIS

**HÉLLEN CRISTINA ALVES VIEIRA**: Estudante de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins. [86]

IGOR DE ANDRADE BARBOSA[87]

(orientador)

**Resumo:** O atual cenário da educação brasileira vem gerando muitas insatisfações. Acredita-se que a estrutura escolar tradicional adotada por escolas públicas e particulares não está contribuindo para o progresso das crianças e adolescentes. E nesse contexto surge a opção do ensino domiciliar para as famílias do Brasil, o então chamado *homeschooling*. É o método onde os pais são representantes da sua prole nas escolhas educacionais, exercendo assim um protagonismo na formação escolar de seus filhos que, dentro outros benefícios, desonera o Estado dessa responsabilidade. Diante dessa temática, surge um conflito entre o direito dos pais de serem representantes dos filhos nas escolhas educacionais, previsto no artigo 229 da Constituição Federal/88 e a obrigatoriedade de matrícula escolar em rede regular de ensino, conforme prevê, por exemplo, o artigo 208, § 3º também da CF/88. Destarte, por ser um método que carece de regulamentação legal, muitas discussões jurídicas são feitas acerca deste assunto, especialmente quanto a sua constitucionalidade. E nessa situação, surgem vários argumentos contra e a favor da educação domiciliar, bem como, tentativas legislativas de regulamentá-la.

**Palavras-chave:** *Homeschooling*; Constitucionalidade; Pais como representantes.

**Abstract:** The current scenario of Brazilian education has generated many dissatisfactions. It is believed that the traditional school structure adopted by public and private schools is not contributing to the progress of children and adolescents. And in this context, the option of homeschooling for families in Brazil arises, the so-called homeschooling. It is the method in which parents are representatives of their offspring in educational choices, thus exercising a leading role in the schooling of their children, which, among other benefits, relieves the State of this responsibility. Faced with this issue, a conflict arises between the right of parents to be representatives of their children in educational choices, provided for

[86] E-mail: hellen.vieira@a.catolica-to.edu.br

[87] Professor Me. de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins. E-mail: igor.barbosa@catolica-to.edu.br

in article 229 of the Federal Constitution/88 and the mandatory school enrollment in a regular school network, as provided for, for example, in article 229 of the Federal Constitution/88. 208, § 3, also of CF/88. Thus, as it is a method that lacks legal regulation, many legal discussions are made about this subject, especially regarding its constitutionality. And in this situation, there are several arguments against and in favor of homeschooling, as well as legislative attempts to regulate it.

**Keywords**: Homeschooling; Constitutionality; Parents as representatives.

**Sumário:** Introdução. 1. Método *homeschooling*. 1.1 Benefícios do ensino domiciliar. 2. *Homeschooling* e constitucionalidade. 2.1 Projetos de lei e tentativas de regulamentação. 3. Pais como representantes nas escolhas educacionais dos filhos. 3.1 Necessidade de amparo legal para as famílias *homeschoolers*. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O *homeschooling* é um movimento crescente no Brasil. No qual as famílias elegem por educar suas crianças em casa, ao invés de, como tradicionalmente, matriculá-las na escola pública ou privada. Desse modo, famílias optam pelo ensino em casa por uma série de motivos, dentre os quais está a insatisfação com os modelos educacionais disponíveis, por entenderem que o modelo escolar tradicional inibe o progresso e o desenvolvimento desejado para as crianças e adolescentes.

Nesse ínterim, pesquisa objetiva estudar e esboçar a importância da regulamentação/normatização do *homeschooling* no Brasil. Ademais, a finalidade é demonstrar a necessidade de regulamentação do tema, como também exprimir a constitucionalidade deste. Além disso, compreender mais sobre tal método.

Outrossim, proposta é discutir o sistema *homeschooling* na perspectiva do direito constitucional, debater sobre o direito de escolha dos pais sobre o método educacional com base na Constituição Federal, relatar a relevância dos pais como representantes dos filhos nas escolhas educacionais, enumerar benefícios do *homeschooling* no contexto da educação brasileira atual e demonstrar a necessidade de amparo legal para as famílias *homeschooling*.

Doravante, a elaboração deste trabalho deve-se justamente por não haver norma jurídica regulamentadora para este assunto. Portanto, diante desta grande instabilidade quanto ao reconhecimento do *homeschooling* se faz necessária a análise acerca desta temática.

O tipo de pesquisa será a bibliográfica, baseando-se na coleta de dados a partir de textos, livros, artigos e demais materiais de caráter científico. Essas informações serão

usadas no estudo sob forma de citações, servindo de alicerce para o desenvolvimento do assunto pesquisado. É uma metodologia teórica e que tem foco em analisar os ângulos distintos que um mesmo problema pode ter, ao consultar autores com diferentes pontos de vista sobre um mesmo assunto.

O presente trabalho está estruturado em capítulos, tem como foco principal apresentar sobre o método *homeschooling* e a necessidade de regulamentação legal deste. Assim, inicialmente, irá exprimir sobre como é o método do ensino domiciliar. E em sequência, será exposto os benefícios do *homeschooling,* a constitucionalidade da temática e as tentativas de regulamentação. Por fim, será apresentado como os pais podem ser representantes nas escolhas educacionais dos filhos.

## 1. MÉTODO *HOMESCHOOLING*

Atualmente o sistema educacional brasileiro é regulamentado pela própria Constituição Federal de 1988, com a Emenda Constitucional n.º 14 do ano 1996 e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), instituída pela lei nº 9.394 de 1996. São as leis que regulamentam o sistema educacional brasileiro vigente. A presente estrutura do sistema educacional regular engloba a educação básica – formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – e a educação superior.

A partir da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e da Constituição Federal, o governo criou a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) e através dela desenvolve seus programas educacionais. A BNCC define as habilidades e os conhecimentos fundamentais e básicos que todo aluno tem o direito de aprender. É um documento técnico de caráter normativo que tem por objetivo tornar a educação mais equitativa e igualitária. Tem caráter obrigatório e serve como base para a elaboração dos currículos de todas as escolas da rede pública e particular, sejam elas urbanas ou rurais.

A LDB, em seu artigo 8º, estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm o dever de organizar livremente seus respectivos Sistemas de Ensino. Por este motivo os assuntos específicos relacionados à organização e funcionamento dos sistemas de ensino estaduais e municipais devem ser tratados pelos cidadãos junto às instâncias competentes (secretarias e conselhos de educação).

No entanto, apesar de existir apenas um sistema de ensino previsto em lei, no Brasil existem famílias que optaram pela educação domiciliar, mais conhecida como *homeschooling*. A palavra *homeschooling* tem origem nos Estados Unidos da América (EUA). Sendo um termo norte americano, tornou-se padrão de maneira internacional para a caracterização e representação deste método educacional. Atualmente, há um constante

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

crescimento de famílias que adotam esta modalidade.

> São encontradas diferentes traduções para o termo homeschooling, denominado como "ensino em casa", "ensino doméstico", "educação doméstica" ou ainda "educação domiciliar", tanto pela literatura, quanto pelos documentos legais que tratam do tema (BARBOSA, 2013, p. 18).

Consiste em um modelo de ensino que os pais optam pela possibilidade de educarem seus filhos no meio domiciliar. Não dispondo de uma padronização escolar no aprendizado dos pupilos. E estes têm uma busca contínua do aprendizado em torno da família.

> Vários são os termos utilizados como sinônimos de homeschooling como: home education, home schooling, educação não escolar, educação domiciliar/doméstica, ou educação em casa/no lar, porém todos tem o mesmo princípio ou definição: prática de pais ou responsáveis legais de educarem, direta ou indiretamente (podendo delegar a terceiros ou não), os filhos ou tutelados em idade escolar (ensino infantil, fundamental e médio) fora de escolas regulares (VIEIRA, 2012, p. 27).

É a substituição integral da frequência escolar pela educação doméstica. O compromisso pela educação formal dos filhos é disposto pelos pais ou responsáveis. A criança ou adolescente passa a não frequentar o ambiente escolar de instituição de ensino, seja pública ou particular. As aulas são lecionadas em casa pelos genitores ou por professores particulares contratados por estes.

Não há um modelo único e padrão para a prática. Entre as práticas mais comuns são os próprios familiares e responsáveis responsabilizar-se pela tutoria dos estudos, ou pela contratação de mestres para auxiliarem os pupilos em pontuais e determinados momentos. É importante ressaltar que a modalidade obedece o ritmo e os interesses de cada criança ou adolescente.

> [...] A mãe é a maior responsável pela educação, porém o pai participa efetivamente do processo. Nós temos um planejamento anual onde preparamos de acordo com a faixa etária o que vamos ensinar para as crianças, baseado nisso planejamos um cronograma semanal para cada criança. Para que o cronograma aconteça é de fundamental importância a rotina, que procuramos seguir de maneira efetiva e constante. (CUNHA, 2019)

Existe também a possibilidade de um grupo de pais e outros responsáveis pelas crianças adeptas da Educação domiciliar se reunirem e dividirem experiências sobre o ensino dos diferentes componentes curriculares. Para essa alternativa existem plataformas digitais no mercado brasileiro como: Estudando em Casa, Educa Lar, Coop Brasil.

### 1.1 **Benefícios do ensino domiciliar**

As vantagens e benefícios do ensino domiciliar são várias. O fato é que entre as razões mais relevantes para a busca do homeschooling estão o bullying, a presença familiar em casa, as necessidades dos filhos, a saúde do estudante, a exposição à violência e às drogas e a influência ideológica. Os optantes e interessados estão em busca e se esforçando em torno de um padrão de excelência, visando a qualificação e o bem-estar das crianças e adolescentes.

De acordo com Ray (2011), entre as razões mais comuns estão customizar ou individualizar o currículo e o ambiente de aprendizado para cada criança; melhor o ensino acadêmico; e utilizar abordagens pedagógicas diferentes daquelas típicas das escolas institucionais. A personalização do estudo é em razão que na escola convencional os alunos dentro de uma sala de aula são tratados de forma igualitária. O problema da questão é que existem estudantes tanto com mais facilidade como os que têm mais dificuldade. E dentro desta realidade acontece que o mais avançado tende a ficar na zona de conforto e não avançar, e consequentemente se nivelar com nível dos outros que não avançaram. E o ensino domiciliar propõe essa particularidade para atender cada necessidade do estudante.

Outra vantagem que vale a pena ressaltar é a flexibilização. A flexibilidade possibilita a família e os filhos a se desenvolverem da maneira que lhes cabe. Não existem regras estabelecidas por outros, mas pelos próprios pais ou responsáveis que são os facilitadores e os docentes de seus filhos. O planejamento, a rotina da casa e a organização são determinados considerando todos os aspectos e membros da família. Quando há alguma adversidade, há flexibilidade.

O *homeschooling* é mais eficiente em termos de aproveitamento do tempo. O saber é transmitido de forma ampla, de acordo com o interesse da criança ou adolescente, com contextualização nas práticas do cotidiano. Por este motivo, fica evidente que há um dinamismo maior por causa do foco. Em uma escola tradicional, se perde muito tempo com chamadas, dificuldade para se conseguir a atenção e foco da turma, muitas repetições, horários em que não há conteúdo e tempo de deslocamento.

## 2. ***HOMESCHOOLING*** **E CONSTITUCIONALIDADE**

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O tema *homeschooling* tem sido alvo de debate no Brasil e tem ganhado espaço no âmbito jurídico. De um lado se encontram os pais ou responsáveis empenhando-se pelo direito individual de escolha do que julgam ser a melhor maneira de educar seus filhos e do outro lado a Constituição Federal do Brasil de 1988, que no seu o artigo 205 diz*:*

> A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988)

Uma das questões centrais no debate brasileiro sobre o ensino domiciliar gira em torno da constitucionalidade dessa prática no país. A partir da análise do artigo 205 da Constituição, tanto a Família quanto o Estado são responsáveis pela garantia da educação das crianças e adolescentes.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro não possui a tipificação legal para a prática do *homeschooling*. Porém, não há uma expressa proibição em lei que descaracterize a prática desse modelo educacional. Diante disto, muitas famílias que são *homeschoolers* preferem ser discretas ao falarem sobre a modalidade escolhida e a não frequência dos filhos em escolas. Enquanto outras, utilizam suas redes sociais como uma maneira de divulgar e demonstrar esse molde educacional, apresentando às pessoas que não o conhecem suas características.

> O ensino domiciliar, como substituto do ensino escolar, não é proibido expressamente por nenhuma norma no ordenamento jurídico brasileiro, seja constitucional, legal ou regulamentar. Nem, tampouco, é expressamente permitido ou regulado por qualquer norma. O fundamento dessa omissão é bastante simples: o assunto somente está sendo debatido no Brasil recentemente e, ainda, de forma tímida. (AGUIAR, 2016, p. 10).

Ademais, no ano de 2018 o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou ilegal a prática da educação domiciliar no Brasil. Porém, a decisão da maoria se baseou na afirmação de que no Brasil não há uma legislação que regule a prática do *homeschooling*. E não por ser um método contrário a Constituição Federal de 1988. Concluindo-se assim que não há inconstitucionalidade em tal prática.

No Recurso Extraordinário 888.815-RS, submetido à sistemática da repercussão geral, o tribunal adotou tese com o seguinte teor: "Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira" (Tema 822).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A tese constituída oculta a riqueza do debate realizado no tribunal. Visto que, durante o julgamento os ministros apresentaram argumentos, fundamentalmente, divergentes.

O Ministro Luís Roberto Barroso, o relator, antecipou seu voto sobre a temática com a seguinte opinião: se a Constituição somente se referiu ao ensino oficial, é porque somente admite esse tipo de ensino. Essa é uma leitura possível. A segunda é: se a Constituição não veda o ensino domiciliar, deve-se então respeitar a autonomia dos pais.

Nessa mesma linha, quanto à compreensão do tema, o ministro Luís Roberto Barroso argumentou que a Constituição Federal cuida com exclusividade do ensino oficial escolar, ministrado em estabelecimento público ou privado, mas não proíbe explicitamente o ensino domiciliar, resultando-se assim em uma autorização implícita.

O ensino domiciliar, nessa primeira orientação, é harmonizável com a Constituição Federal. Para tanto, os pais devem notificar as secretarias municipais previamente da opção adotada, devem observar as unidades curriculares oficiais e os educandos domésticos, assim como os estudantes de escolas públicas ou privadas, devem ser submetidos a avaliações periódicas. O *homeschooling* nessa vertente deve ser considerado como uma modalidade específica de "ensino oficial e curricular", embora realizado no lar, e não se traduz em segregação domiciliar do educando, porque este pode socializar com outros estudantes em atividades extraclasse.

Numa segunda linha, em sentido contrário, estreada pelo ministro Luiz Fux, o ensino domiciliar "não pode ser considerado meio de cumprimento do dever de educação", sendo proibido pela Constituição Federal. Pelo fato da carta estabelecer a obrigatoriedade do ensino escolar, e também, exigir dos pais a matrícula dos filhos em instituições oficiais de ensino, públicas ou privadas, assim como o dever de zelar pela frequência do educando à escola no ensino fundamental. Como segue o artigo 208, parágrafo 3º, da CF: "Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazendo-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola"

Nesse mesmo sentido, o Ministro do STF Ricardo Lewandowski, que votou contrário a proposta do *homeschooling*: "o pensamento constitucional é republicano e coletivo, e as crianças devem ouvir opiniões diferentes e isso estaria garantido na lei atual".

No julgamento, o ministro Alexandre de Morais disse que a Constituição Federal, em seus artigos 205 e 227, prevê a solidariedade do Estado e da família no dever de cuidar da educação das crianças. Já o artigo 226 garante liberdade aos pais para

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

estabelecer o planejamento familiar. Segundo ele, o texto constitucional visou colocar a família e o Estado juntos para alcançar uma educação cada vez melhor para as novas gerações. Só Estados totalitários, segundo o ministro, afastam a família da educação de seus filhos. Os votos de Gilmar Mendes e Dias Toffoli foram no mesmo sentido, afirmando que por meio de lei a modalidade de ensino pode ser experimentada.

Para essa terceira linha, o ensino é obrigatório nas idades de 4 a 17 anos e, nos termos do artigo 227 da Constituição, família, sociedade e Estado devem garantir às crianças e adolescentes uma convivência familiar e comunitária. Não sendo reconhecida e aceita as espécies de *unschooling* radical (desescolarização radical), *unschooling* moderado (desescolarização moderada) e modalidades de *homeschooling* puro, pela negativa da participação estatal solidária. Sendo admitido no Brasil apenas o "*homeschooling* por conveniência circunstancial", isto é, quando esta modalidade de ensino privado individual se revelar "alternativa útil para prover os fins educacionais de modo tão ou mais eficiente que a escola" (ensino domiciliar "utilitarista").

Nesse sentido pode-se inferir que, a Constituição estabelece princípios, preceitos e regras a serem aplicados à educação. Dentre eles a presença de um modelo curricular e a carecimento de convivência familiar e comunitária. A educação não é de responsabilidade exclusiva do poder público. O que impede a legalização do método, é a inexistência de regras, pois há obrigatoriedade de quem fornece a educação de seguir as regras. Os ministros deixaram claro que o ensino domiciliar é uma possibilidade legal, faltando apenas regulamentação para sua prática.

## 2.1 Projetos de lei e tentativas de regulamentação

Devido ao movimento crescente do *homeschooling*, algumas tentativas de regulamentação aconteceram e acontece pelo país. Em outubro de 2021, foi aprovado projeto de lei pelos deputados de Santa Catarina que versa sobre o *homeschooling*. O Projeto de Lei Complementar nº 3/2019, de autoria do deputado Bruno Souza, prevê que a educação fique sob responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis. Com supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos dos sistemas de ensino.

No entanto, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina suspendeu a lei que previa a regulamentação do ensino domiciliar no estado. Segundo o tribunal, a norma trata de um assunto que é exclusivamente da esfera da União, ou seja, que não pode ser regulado por lei estadual. O mérito da ação ainda será julgado futuramente.

Atualmente, encontra-se em processo de reconhecimento a lei do *homeschooling*. O texto base do Projeto de Lei 3.179/2022 foi aprovado na Câmara dos Deputados, no dia 18 de maio de 2022. De acordo com o texto, para usufruir da educação domiciliar, o estudante deverá estar regularmente matriculado em uma instituição de ensino, que

deverá acompanhar a evolução do aprendizado. E que pelo menos um dos pais ou responsáveis deverá ter escolaridade de nível superior ou educação profissional tecnológica em curso reconhecido. A comprovação dessa formação deve ser apresentada perante a escola no momento da matrícula, quando também ambos os pais ou responsáveis terão de apresentar certidões criminais das Justiças Federal e Estadual ou Distrital.

O projeto é um dos mais polêmicos da chamada "pauta ideológica" do governo do presidente Jair Bolsonaro (PL). Foram 264 votos a favor, 144 contra e 2 abstenções.

O deputado Bacelar, da Bahia, se posicionou contra o projeto com argumento de que "as famílias já têm o seu direito garantido para a escolha da educação de crianças e adolescentes. A lei permite aos pais, mães ou tutores que escolham qual escola, linha pedagógica e o que consideram mais adequado para a educação dos seus filhos. A educação familiar desvaloriza a profissão dos docentes e a ciência." Seguindo a mesma linha, a deputada Alice Portuga, também da Bahia, discursou pela rejeição da proposta dizendo que "o que está sendo feito é isolar crianças. A escola é majoritariamente plural, generosa, com processo de elaboração do cognitivo e do emocional, onde você aprende a ganhar e perder", declarou.

Por outro lado, o deputado Capitão Alberto Neto, do Estado do Amazonas, afirmou que a autorização é uma forma de regularizar a condição de famílias que já adotam a prática, visto que mais de onze mil crianças praticam o *homeschooling*. Pontuou que a intenção é apenas regulamentar e que o objetivo é trabalhar por todos. Nessa mesma linha o deputado federal Diego Garcia, do Estado do Paraná, afirmou que a educação domiciliar permite o favorecimento dos vínculos familiares, e que ele é um pai educador que durante a pandemia fez a opção pelo *homeschooling*.

O texto agora seguirá para o Senado, onde também precisará ser votado. Se o Senado aprovar o projeto sem alterações em relação ao texto que saiu da Câmara, ele seguirá direto para a sanção presidencial. Caso haja alterações, o projeto voltará para a Câmara.

Se o projeto virar lei, as regras entrarão em vigor noventa dias após sua publicação.

## 3. PAIS COMO REPRESENTANTES NAS ESCOLHAS EDUCACIONAIS DOS FILHOS

Os pais e responsáveis que optam e defendem o ensino domiciliar, querem ser os representantes, sem interferência estatal, dos seus filhos no âmbito educacional. Eles vão

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

em busca dessa representação, pois acreditam que a educação proposta por lei não é suficiente para suprir as necessidades dos seus infantes. Também acreditam que estes sendo os representantes das escolhas educacionais, farão de acordo com o perfil do seus filhos e adequarão ao estilo de vida e rotina da família. E para isso os genitores têm argumentos previstos na Constituição Federal.

> A luta das famílias *homeschoolers* não é contra a escola, é pela autonomia educacional da família. Desescolarizar seria entender que a escola não é o único lugar onde se pode ensinar ou produzir o conhecimento. Educadores entendem por válida a luta das famílias em defesa do ensino domiciliar, para além das questões de legitimidade na condução da educação de seus filhos e filhas, como também em função de determinados problemas que estão na pauta das discussões sobre o ensino escolar, a exemplo de tempo com locomoção e transporte, sobrecarga pesada de conteúdo, e assuntos tidos como desnecessários, sob o olhar das necessidades específicas de cada criança, bem como questões como violência, drogas, *bullying*, como anteriormente mencionados. (MOREIRA, 2017, p.58)

Os defensores do projeto educacional domiciliar baseiam-se na própria Constituição Federal de 1988. Para argumentar utilizam, entre outros artigos, o 229 da Constituição Federal de 1988, onde expressa: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores...", assim como os artigos 205 e 206, também da Constituição, onde não há determinação da matrícula escolar, garantindo portanto o direito da livre escolha e, prioritariamente, o tipo de educação que pretender para seus filhos, isso sem ir de encontro à Carta Magna que rege o país (BARBOSA, 2013).

Doravante, a educação domiciliar se inclui na condição de independência/autonomia da família em relação ao Estado. A Constituição já designou que a proteção seria a base do relacionamento do Estado para com a família, pois ela fala em proteção em vários artigos, desse modo, ao tratar sobre a família, refere-se como entidade que receberá uma proteção especial do Estado, nas palavras do artigo 226. Então, vê-se uma proteção reforçada e especial. A Constituição aborda sobre vários deveres do Estado, bem como versa a família como possuidora de inúmeros deveres.

O autor Alexandre Magno Fernandes Moreira, defensor do *homeschooling* no Brasil, esclarece que fica subtendido, que a Constituição permite à família um cenário semelhante ao do Estado. A família não é apenas uma entidade afetiva, mas também uma unidade política, que tem soberania e deve, portanto, ser respeitada pelo Estado, o qual, de acordo com a CRFB/88, só deveria interferir na família para proteger os seus membros contra a violência de acordo com Art. 226, §8º:

> A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...) § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988)

Outrossim, o Código Civil Brasileiro ao abordar sobre o poder familiar, cita que o primeiro efeito do poder familiar é o poder de conduzir a educação dos filhos. Artigo 1.634: "Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação".

Assim, entende-se que o dever fundamental da educação pertence à família, de forma que, ao dizer sobre educação domiciliar, não se trata de um direito, mas, sim, de um dever, já que esta deve ser executada por todas as famílias. Caso estas não desejam ou não possam exercer este poder, que os filhos sejam então encaminhados às instituições de ensino, públicas ou privadas, para garantir-lhes o direito ao acesso à educação.

O parágrafo único do artigo 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cita que à mãe e ao pai deve "ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei". Desta forma, o papel do Estado seria complementar à educação da família, quando esta não tem condições para dispor a educação em casa ou não quer.

### 3.1 Necessidade de amparo legal para as famílias *homeschoolers*

Educação domiciliar nunca foi ilegal no Brasil, uma vez que não há nenhuma norma tratando ou vedando este tipo de gênero educacional. O que há são as normas do ECA e da LDB, obrigando a matrícula compulsória na escola, tornando-se assim um assunto polêmico a ser decidido e normatizado. Provavelmente, à época da edição dessas normas, o legislador não tivesse conhecimento da existência do *homeschooling* e da possibilidade de se educar em casa.

No Brasil, há registro de um caso de educação domiciliar aprovado pela Justiça. Refere-se a uma família de Maringá/PR, em que o pai e a mãe, ambos pedagogos, foram autorizados a educar seus filhos em casa. Quando não renovaram a matrícula escolar das crianças, em 2007, e após algumas discordâncias com a escola, o caso foi ao judiciário. Em 2011, após algumas audiências, o juiz da Vara da Infância e Juventude autorizou, seguindo orientação do Ministério Público local, que o casal educasse os filhos (já com 11 e 12 anos) em casa, sob a condição de que fossem submetidos a avaliações periódicas –

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

de conteúdo aprendido e também de caráter psicossocial – pelo Núcleo Regional de Educação de Maringá, vinculado à Secretaria de Educação do Estado.

No ordenamento jurídico brasileiro está sendo norteada, para a resolução da situação do *homeschooling*, uma possível regulamentação. A ANED (Associação Nacional de Educação Domiciliar) aponta que mais importante que a normatização e o reconhecimento do ensino em casa, como modalidade de educação, é a pequena intervenção do estado, por ser um modelo que difere da escola formal, com suas peculiaridades. Assim, demandam que, havendo uma legislação, essa, de fato, atenda os anseios das famílias.

No atual momento, as famílias *homeschoolers* estão desamparadas por lei. Causando assim uma situação instável. E a não regulamentação tem como consequência um atraso dos estudantes da educação domiciliar, pois estes têm que entrar com demandas judiciais se submetendo a morosidade do judiciário. E além do mais é um risco que correm, pois cada tribunal tem uma opinião diferente sobre a temática. Ficando assim uma situação angustiante. Além de sofrerem uma perseguição da sociedade, conselho tutelar e judiciário.

> Ao tomarem essa atitude, baseada em seus valores éticos, religiosos, filosóficos ou mesmo por situações concretas que os impeçam de fazê-lo, os pais podem ser submetidos a um processo judicial, cujas consequências jurídicas podem ser da suspensão do poder familiar à prisão por abandono intelectual. Se houvesse alguma norma que previsse sobre a modalidade de ensino domiciliar no País, que a permitisse ou proibisse expressamente, é óbvio que a discussão acadêmica tomaria outro rumo. Mas, uma vez que a lacuna legislativa permite interpretações as mais diversas das decisões judiciais, torna-se proeminente uma abordagem que leve em consideração os aspectos axiológicos, os valores vivenciados pela sociedade, em confronto com os pressupostos deontológicos, a partir do imperativo social do dever-ser. (BERNARDES, 2019, p.20)

O método *homeschooling,* é o ensino domiciliar onde os pais são representantes dos filhos nas escolhas educacionais. É um movimento crescente no Brasil que necessita de regulamentação legal, pois as famílias que optam por tal método se encontram desamparadas legalmente.

## CONCLUSÃO

Atualmente no Brasil, a educação domiciliar não possui regulamentação em seu ordenamento jurídico, apesar do número crescente de famílias que a elegem para a

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

formação dos seus pupilos. O que existe é uma decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, de que o *homeschooling* não é inconstitucional, todavia carece de regulamentação para que seja, de fato, reconhecido no país.

Destarte, a pesquisa apresenta perspectiva sobre a legalização do ensino domiciliar. Trazendo a pauta dos pais como representantes dos filhos no âmbito educacional, sem a intervenção estatal. Pois estes acreditam que seja o melhor modelo para educação de seus filhos. Com o estudo realizado percebe-se que, são muitos os benefícios do ensino domiciliar. É uma forma que os pais encontram de proteger seus filhos do descaso que hoje a educação brasileira se encontra. Como também, é uma maneira em que muitas crianças e adolescentes se adaptam melhor como modalidade de ensino, visto que o *homeschooling* é um método que trata o estudante de forma individualizada e personalizada, tornando-se mais eficiente no processo de aprendizagem.

Ademais, infere-se que, os pais podem ser representantes dos filhos na escolhas de métodos educacionais, pois o Estado em sua legislação vigente não isenta a família dessa obrigação. Podendo concluir-se também que, por não ser um método expressamente proibido e/ou inconstitucional, deve-se regulamenta-lo a fim de atender e resguardar as famílias *homeschoolers.*

## REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO. **Homeschooling: ensino domiciliar no Brasil**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/homeschooling-ensino-domiciliar-no-brasil/#:~:text=Ensino%20domiciliar%20no%20ordenamento%20jur%C3%ADdico%20brasileiro,-N%C3%A3o%20obstante%2C%20h%C3%A1Text=Na20Mesma%20linha%2C%20o%20Estatuto,na%20rede%20nregular%20de%20ensino%E2%80%9D. Acesso em: 01 nov 2021

**ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇAO DOMICILIAR – ANED**. Disponível em:www.aned.org.br. Acesso em: 01 nov 2021.

BARBOSA Luciane Muniz R. **Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?** 2013.348 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo,SãoPaulo,2013.Disponívelem: www.fcc.org.br/fcc/images/pesquisa/premio_capes/pdf/LUCIANE_MUNIZ_RIBEIRO_BARBOSA_rev. pdf. Acesso em: 01 nov 2021.

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. **Homeschooling no Brasil: ampliação do direitoà educaçãoou via de privatização?** Disponível em: https://www.scielo.br/j/es/a/6gQV yGg8KYBBNfjWBhfVx6B/?format=pdf&lang=pthttps://www.scielo.br/j/es/a/6gQVyGg 8KYBBNfjWBhfVx6B/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 01 nov 2021.

BERNARDES, Cláudio Márcio. **Ensino domiciliar (homeschooling) no Brasil: Uma abordagem ético-jurídica** [recurso eletrônico] / Cláudio Márcio Bernardes -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. Disponível em: https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_e67f51567 f2c4d8897226619f50b8bfc.pdf. Acesso em: 01 nov 2021.

BORGES, Caroline. **'Homeschooling': entenda o projeto de lei aprovado pelos deputados de SC que prevê o ensino em casa**. G1 - Globo. Disponível em: https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2021/10/29/homeschooling-entenda-o-projeto-de-lei-aprovado-pelos-deputados-de-sc-que-preve-o-ensino-em-casa.ghtm l. Acesso em: 01 nov 2021.

BRASIL PARALELO. **O que é homeschooling e como funciona? 8 benefícios em relação às escolas**. Disponível em: https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/o-que-e-homeschooling. Acesso em: 01 nov 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CAVELLUCCI, L. C. B. **Estilos de apredizagem: em busca das diferenças individuais**.

COSTA, André Felipe Vilanova & MEDEIROS, Meirele de Sousa. **Homeschooling: a funcionalidade do ensino domiciliar e a antijuridicidade perante o ordenamento jurídico brasileiro.** Rev. Cient. Novas Configur. Dialog. Plur., Luziânia, v. 1, n.1, p. 34-45 2020. Disponível em: http://www.dialogosplurais.periodikos.com.br/article/10.4322/2675-4177.2020.005/pdf/dialogosplurais-1-1-34.pdf. Acesso em: 01 nov 2021.

CUNHA, Cleylton Paixão da. **Entrevista concedida a André Felipe Vilanova Costa**.Disponível em:http://www.dialogosplurais.periodikos.com.br/article/10.4322/2675-4177.2020.005/pd f/dialogosplurais-1-1-34.pdf. Acesso em: 01 nov 2021.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Homeschooling ou educação no lar**. Disponível em: https://www.scielo.br/j/edur/a/Z8rKFbJP9B3k6G7mdgbxBCt/?lang=pt. Acesso em: 01

nov 2021.

EDUCA BRASIL. **Sistema educacional brasileiro**. DIEB - Dicionário Interativo da Educação Brasileira.Disponível em: https://www.educabrasil.com.br/sistema-educacional-brasileiro/#:~:text=A%20atual%20estrutura%20do%20sistema,m%C3%A9dio%20%E2%80%93%20e%20a%20educa%C3%A7%C3%A3o%20superior.&text=Al%C3%A9m%20disso%2C%20cabe%20ao%20governo,o%20sistema%20de%20educa%C3%A7%C3%A3o%20superior. Acesso em: 01 nov 2021.

ELOS BLOG. **O que é e como funciona o homeschooling no Brasil?** Disponível em: https://blog.elos.vc/o-que-e-e-como-funciona-o-homeschooling-no-brasil/. Acesso em: 01 nov 2021.

FREITAS, FRANCISCO HELDER DE LIMA. **Homeschooling e Constituição Federal de 1988 Conteudo Juridico**. Brasilia-DF Disponivel em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54885/homeschooling-e-constituio-fe deral-de-1988. Acesso em: 01 nov 2021.

HOMESCHOOLING PARA TODOS. **10 benefícios e vantagens do homeschooling**. Disponível em: https://homeschoolingparatodos.life/10-beneficios-e-vantagens-do-homeschooling/. Acesso em: 01 nov 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalho científicos**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LARA, Studos. **Para que serve a BNCC**. Disponível em: https://studos.com.br/para-que-serve-a-bncc/. Acesso em: 01 nov 2021.

MACHADO, D. **Ensino domiciliar e o direito à aprendizagem**. Gazeta do Povo, Paraná, 2015.

MAZZON, José A. **Análise do programa de alimentação do trabalhado sob o conceito de marketing social.** 1981. Tese (Doutorado) Faculdade de Economia, Administração e contabilidade da universidade de São Paulo.

MELO, Sarah Siqueira Pessoa. **O ensino domiciliar no Brasil e o direito da família: A desescolarização e o papel da família na educação**. Universidade Federal de

Pernambuco - Centro de Ciências Jurídicas. Faculdade de Direito do Recife: Recife, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/34354/1/TCC%20Sarah%20Siqueira%20Pessoa%20de%20Melo%20048.660.594-94%202018.2. pdf. Acesso em: 01 nov 2021.

MONOGRAFIAS BRASIL ESCOLA. **Homeschooling - Perspectivas para a educação domiciliar no brasil**. Disponível em: https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/homeschooling-perspectivas-para-a-educacao-domiciliar-no-brasil.htm. Acesso em: 01 nov 2021.

MONTEIRO, M. **Decisão judicial abre debate no país sobre educação domiciliar e desescolarização**. Projeto de lei quer regulamentar educação domiciliar. 2015.

VIEIRA, A. H. P. **Escola? não, obrigado**: um retrato da homeschooling o Brasil. 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# OS IMPACTOS DO PACOTE ANTICRIME NO CRIME DE ESTELIONATO: ANÁLISE DA AÇÃO PENAL A LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA MODULAÇÃO DE EFEITOS

**DANIELE NASCIMENTO VASCONCELOS**: Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA/Manaus, AM.

**MICHELLY VIEIRA RAMOS**

(coautora)

RUBENS ALVES[88]

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise das mudanças trazidas pela lei nº 13.964, de 2019, denominada "Pacote Anticrime",de forma a formular regras mais rígidas no combate à corrupção, ao crime organizado e aos crimes violentos contra a pessoa. Contudo, no que se refere ao crime de estelionato, a legislação aprovou uma disposição mais branda, em geral exigindo-se a instauração de processo por meio de um representante da parte ofendida, o que é benéfico para o réu, pois antes a regra era que os processos criminais relativos a tais crimes eram de ação pública incondicionada. Tendo em vista a natureza substantiva do procedimento da nova norma, a retrospectividade benéfica (Artigo 5 XL do CF e Artigo 2 da CP) deve ser aplicada a ela, se houver um processo em andamento de realização retrospectiva. Este trabalho foi elaborado através de pesquisas bibliográfica comparativa, explicativa usando metodologia dedutiva. Os argumentos desenvolvidos foram subsidiados através de livros, sites, artigos formulados por grandes juristas e professores.

**Palavras-chaves:** Ação penal; Estelionato; Pacote Anticrime.

## 1. INTRODUÇÃO

Antes de entrar em vigor a Lei n° 13.964 de 2019, mais conhecida como Pacote Anticrime, a Ação Penal no Crime de Estelionato tinha seu processamento mediante Ação Pública Incondicionada, isso significa que o judiciário não dependia de provocação para

88 Bacharel em direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito. Membro Relator da 3ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, Seccional do Amazonas. E-mail: rubens.silva@ulbra.br

agir, porém com a alteração que esse dispositivo trouxe para o Artigo 171 do Código Penal, essa ação passou a ser processada por Ação Pública Condicionada a Representação. Com esse novo regramento o judiciário necessita ser provocado pelo ofendido para agir, não podendo mais proceder de ofício, salvo nos casos em que a vítima for: a Administração Pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz, nesses casos ainda se segue o antigo rito de processamento (CARDOSO, 2020). Diante disso, surgiu a dúvida sobre qual das duas modalidades de ação devia-se usar nas ações que já estavam em trâmite. Portanto, surge a indagação se deveria o novo dispositivo retroagir e alcançar essas ações ou deve ser implantado somente nas que ainda estão por iniciar e nas futuras ações.

Trata-se da hipótese da nova lei retroagir para beneficiar o réu, pois como preconiza a Constituição Federal, a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. No presente impasse, a Ação penal no Crime de Estelionato só se iniciaria com o impulso da vítima, dessa forma as ações que iniciaram antes da sua vigência deveriam ser julgadas improcedentes, visto que agora necessitam da representação da vítima para serem instauradas.

Refere-se a possibilidade de não retroação da nova regra para instauração da ação penal no crime de estelionato, pois se aplicada tal medida, as ações iniciadas antes do Pacote Anticrime deveriam ser julgadas improcedentes. Se a nova lei alcançar essas ações e o ofendido tiver, nesse momento, que apresentar representação, este não a poderia fazer porque já teria decaído o seu direito de ação, posto que o Código Penal dispõe que o ofendido tem até seis meses da descoberta da autoria para apresentar representação.

Concerne na circunstância do novo dispositivo somente ser destinado as futuras ações, uma vez que a nova norma apesar de estar disposta no Código Penal também se trata de norma processual e o Código de Processo Penal prevê a aplicabilidade da nova lei processual desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, por consequência o disposto na nova legislação deve ser aplicado apenas nas próximas ações sem prejuízo das já instauradas pelo Ministério Público. Os tribunais têm se esmiuçado em analisar a extensão dessa retroatividade.

O Assunto em exame é de extrema importância para nosso ordenamento jurídico e para dirimir as divergências que a alteração da norma em debate causou, visto que já existiam várias ações em trâmite e com a mudança do dispositivo ocasionaram-se debates acerca de como se daria a aplicabilidade na norma em relação aos processos já em trânsito.

Por meio deste trabalho busca-se analisar e identificar os pontos mais divergentes, sobre a aplicabilidade da nova norma, que estão sendo geradas no sistema Judiciário, visto que vários advogados estão entrando com ações visando anular o julgamento que não

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

ocorreu de acordo com a nova regra disposta no Pacote Anticrime. Exibindo os posicionamentos e possíveis situações poderemos ver qual está em consonância com o ordenamento jurídico para que ao fim possamos buscar uma possível solução para os conflitos em tela. Dessa forma, a motivação é realizar um estudo para que as pessoas que sofreram estelionato e já tiveram o julgamento iniciado ou finalizado não saiam prejudicadas pela nova disposição.

Demonstrada a problemática a ser discutida e a relevância da questão, seguem-se ordens de considerações que se interligam. Em verdade, o estudo utilizar-se-á como método científico o hipotético dedutivo, haja vista o presente trabalho consistirá em pesquisas bibliográfica comparativa, explicativa usando metodologia dedutiva. Os argumentos desenvolvidos serão subsidiados através de livros, sites, artigos formulados por grandes juristas e professores.

## 2. DO ESTELIONATO

### 2.1. CONCEITO

O crime de estelionato está previsto no artigo 171 do Decreto-Lei nº 2.484 de 07 de dezembro de 1940 – O Código Penal Brasileiro.

> Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:
>
> Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

O termo estelionato deriva da palavra "estellio", "onis", isso significa que camaleões e lagartos mudam de cor imitando, adaptando-se às cores de seu ambiente, para enganar predadores e facilitar a captura de suas presas. Isso significa que o autor do crime de corrupção tem as características de se adaptar ao seu ambiente comportamental para enganar a vítima e obter dela benefícios ilegítimos. No nosso ordenamento jurídico o estelionatário é o agente ativo, entendido como sendo qualquer pessoa que cometa o crime de estelionato de forma dolosa, pela livre e consciente vontade (CAVALCANTE, 2019, p. 127).

O objetivo dos golpistas é obter benefícios ilegais para si ou para terceiros, ou seja, benefícios que violam a lei. O dano a outrem aqui se refere à perda da vítima desse crime, que é o agente passivo dessa relação, ou seja, a vítima da perda patrimonial. Este crime é realizado para induzir ou cometer erro, enganar, podendo ser vítima ou outra pessoa. No

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

segundo caso, teremos um segundo agente passivo para o crime de corrupção, que poderá atuar como Canal para chegar à vítima principal, o dono da propriedade que pretende usurpar (AVENA, 2018, p. 127).

O crime de apropriação indébita de dinheiro público é praticado por meio de artimanhas, artimanhas ou outros meios fraudulentos. O ator ativo engana a vítima, induz a vítima e cria uma cena enganosa que torna difícil a sua percepção pela vítima, o que conduz a ações de criminosos para alcançar o propósito ilegal desejado. A vantagem da vítima.

De acordo com o estudioso Mirabete (2003, pag. 55)

> Quando um agente usa um dispositivo para modificar os aspectos materiais das coisas, pelo menos na superfície, existe um truque, que inclui documentos falsos ou qualquer outra falsificação, disfarce, dispositivo mecânico ou modificação eletrônica.

O entendimento de Ardil é imaterial. É utilizado pela inteligência da vítima para fazer com que a vítima produza paixão, emoção, crença ou alucinações, facilitando o comportamento ilegal de criminosos e obtendo o resultado da subtração dos bens da vítima, e não há consciência de quem é até eu ser enganado. O crime de estelionato exige quatro requisitos, obrigatórios para sua caracterização: 1) obtenção de vantagem ilícita; 2) causar prejuízo a outra pessoa; 3) uso de meio de ardil, ou artimanha; 4) enganar alguém ou a leva-lo a erro. A ausência de um dos quatro elementos, seja qual for, impede a caracterização do estelionato. Alguns golpes comuns que são enquadrados como estelionato são o golpe do bilhete premiado e o golpe do falso emprego (ACS – TJDFT, 2020).

Ocorre que antes de haver mudanças, o crime de estelionato havia algumas peculiaridades.

## 2.1. O CRIME DE ESTELIONATO ANTES DAS ALTERAÇÕES DO PACOTE ANTICRIME

O crime de estelionato antes das mudanças trazidas pela criação da Lei nº 13.964/2019, frequentemente designada “Pacote Anticrime”, onde achava-se tipificada no artigo 171 do código penal brasileiro, desta maneira:

> Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem: Disposição de coisa alheia como própria:

I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

Defraudação de penhor

III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

Fraude na entrega de coisa

IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro

V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> § 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.
>
> Estelionato contra idoso
>
> § 4º Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso. (Incluído pela Lei nº 13.228, de 2015).

No entanto, o crime em causa é sempre um processo penal público incondicional, ou seja, após a condenação e conclusão justificada, o Ministério dos Assuntos Públicos apresentará queixa em juízo mesmo que a vítima não tenha tal intenção.

De outra forma, para esta doutrina, a corrupção é considerada crime comum, o que, no que diz respeito ao agente ativo e à responsabilidade, exige que a conduta seja praticada de forma maliciosa e o reconhecimento da sua livre iniciativa e compromisso, porque qualquer fraude pode ser. Os Agentes são usados para cometer crimes que são considerados danos.

De acordo com Greco (2012, p. 98) "qualquer meio fraudulento utilizado pelo agente, seja mediante dissimulações, seja até mesmo uma reticência maliciosa, que faça a vítima incorrer em erro, já será suficiente para o raciocínio relativo ao delito de estelionato".

Em contrapartida, no entendimento de Campos, o assunto é induzir ou fazer alguém errar por meio de truques, artimanhas ou qualquer outro meio fraudulento para si ou para outros às custas de outros, obtendo assim benefícios ilegais para si ou para outros. Fato (CAMPOS, 2016. p 504).

Em relação aos objetos físicos e propriedades protegidas por lei, GREGO (2016) enfatiza o conceito de Munhoz Conde: "Todos os tipos de apropriação indébita de propriedade comum protegida legal são propriedade de terceiros em qualquer de suas partes componentes, bens móveis ou imóveis, direitos, etc. Isso pode constituir um alvo de material criminal " (GRECO, 2016, p. 631).

## 3 NOÇÃO GERAL SOBRE AÇÃO PENAL E SUAS ESPÉCIES

Tendo em vista o propósito e as limitações desta pesquisa, são necessários realizar um recorte epistemológico para sintetizar o conteúdo mais importante da análise proposta, a ação penal. Ela equivale ao direito de provocar o Estado na sua função jurisdicional para a aplicação do direito penal objetivo em um caso concreto. Também é o direito do Estado, único titular do "jus puniendi", de atender a sua pretensão punitiva.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, assegura o direito de ação, nos seguintes termos: "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Os procedimentos criminais existem para permitir que os juízes nacionais imponham sanções àqueles que violam a lei criminal do Brasil. Por meio dela, após a etapa anterior de sumarizar a existência de fortes indícios para apuração do mérito e da identidade do autor, o titular da ação penal insta a instituição judiciária a agir, que em sua ação fornecerá ao réu os meios adequados defesa e contradições, corolários do Estado Democrático de Direito e também previstos no art. 5º, da Carta Magna, em seu inciso LV.

Encontra-se disposta no Código Penal, nos arts. 100 a 106, e no Código de Processo Penal, no art. 24 ao 62. De acordo com Avena, ensina que:

> O crime é um ato que prejudica os direitos das pessoas e da sociedade. Portanto, sua prática produziu o poder e a obrigação do Estado de punir. Uma vez que esta pena não pode ser arbitrária, nem pode acontecer sem garantia pessoal, é necessária uma etapa de verificação preliminar para assegurar o direito de defesa, os procedimentos de confrontação e a produção de provas para os possíveis responsáveis. Então, aqui, o comportamento criminoso aparece como o comportamento inicial desse processo cognitivo, e sua base é propor o direito de aplicar sanções ao Estado quando confrontado com a interferência nas regras criminais de condenação (AVENA, 2018, p. 249).

De acordo com brasileiro, as características da ação penal são de maneira didática. Considerada a ação penal um direito, suas principais características são:

> **a) direito público**: as atividades judiciais de fomento são de natureza pública. Portanto, há quem diga que o processo penal é um direito público. Mesmo nos casos em que o Estado transfere a possibilidade de ir ao tribunal para a vítima (por exemplo, via de regra, nos crimes contra a honra), essa conduta ainda é um direito público, razão pela qual se utiliza o comportamento criminoso ativo privado. Expressão-ver exemplos de arte. Artigo 100, Artigo 2 e Artigo 3 do CP. Além disso, uma vez que o direito de litigar é contra os juízes nacionais, a expressão "para apresentar uma queixa contra

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Tício" é geralmente usada nas alegações, em vez da expressão "para apresentar uma queixa contra Tício".

**b) direito subjetivo**: O titular do direito de processo penal pode solicitar aos juízes nacionais que atribuam jurisdição relacionada com casos específicos;

**c) direito autônomo**: Não confunda o direito de processo penal com a lei material que se pretende proteger;

**d) direito abstrato**: Mesmo quando o juiz indefere o pedido de condenação do réu, o direito ao litígio ainda existe e será exercido. Em outras palavras, o direito de litigar não depende da fonte da alegação ou demissão;

**e) direito determinado**: Os direitos de litígio estão instrumentalmente relacionados a fatos específicos porque buscam resolver reivindicações de direitos materiais;

**f) direito específico**: O direito processual penal tem um conteúdo, ou seja, o objeto de atribuição, ou seja, o ato criminoso de que o ato é atribuído ao arguido (LIMA, 2020, p. 292).

Quanto às condições do processo penal, a doutrina divide-os em duas categorias: geral, ou seja, a legitimidade, os benefícios comportamentais e a possibilidade jurídica dos pedidos (no processo cível, segundo o entendimento da maioria dos estudiosos, não é mais uma condição de ação) e justificativa; especiais, dependendo do crime, como o representante da vítima, a solicitação do procurador-geral ou um laudo pericial sobre o crime de violação de bens imateriais (LEMOS, 2020, p. 295).

No que tange aos tipos de processos penais, existem os privados e os públicos. Este é ainda subdividido em incondicional e sujeito ao pedido do representante da vítima ou do Ministro da Justiça; o primeiro, ligado ao público, é muito pessoal e totalmente privado. O processo penal público incondicional é a regra do direito penal brasileiro, portanto, na ausência de qualquer disposição em contrário quanto aos tipos de crimes condenados, este será o tipo de processo penal (LIMA, 2020, p. 296).

Aquela que está condicionada ao representante condiciona a atuação do Ministério Público a uma única condição, ou seja, à solicitação do representante ou do auxiliar administrativo do ofendido. Em contrapartida, os processos penais privados estão relacionados com crimes que violam os próprios interesses da vítima, razão pela qual o

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

sistema jurídico acredita que é melhor transferir a legitimidade de irritar o judiciário para ela ou seu representante legal. De acordo com Brasileiro:

> Outra condenação do comportamento criminoso é o comportamento criminoso ativo privado. Certos crimes violam gravemente os interesses da vítima, de modo que o próprio Estado transfere a legalidade da acusação para o seu representante legal. Como será visto em mais detalhes ao lidar com a legalidade de atos criminosos ativos privados, em circunstâncias especiais, pesquisas apropriadas serão conduzidas. O processo criminal pode ser iniciado não apenas pela vítima ou seu representante legal, mas também por um tutor especial (CPP, art. 33), os herdeiros da vítima, em caso de morte ou ausência declarada (CPP, art. 31), ainda por entes e órgãos da administração pública, direta ou indiretamente, ainda que não haja lei da personalidade, e especificamente concebida para defender a Associação de Direitos e Interesses do Consumidor (Lei no 8.078/90, art. 80, c/c art. 82, III e IV).

Os processos penais privados exclusivos são regras relativas aos processos penais privados, pelo que, se não for especificado, acrescenta-se que assim é. Em situações muito privadas, as queixas só podem ser apresentadas pela vítima e a herança processual não é permitida; é a do art. 236, do CP.

Por sua vez, a filiação do público depende da inércia do Ministério Público nos crimes públicos. Segundo Rogério Sanchez (2020), mesmo quando o órgão ministerial tomar medidas, o ministério público vai configurá-lo, mas estas ainda estão na agência. Portanto, procuramos delinear os fundamentos do assunto para auxiliar na compreensão do objeto de pesquisa.

## 4. DAS MUDANÇAS DO CRIME DE ESTELIONATO NO PACOTE "ANTICRIME"

Consoante ensina Nucci (2008, p. 729), o crime de estelionato protege a propriedade, incluindo a obtenção de vantagem indevida induzindo ou fazendo com que alguém cometa um erro. Antes das alterações provocadas pelo Pacote Anticrime, este crime era um processo penal público incondicionada, mas no caso do artigo 182 do Código Penal, quando o estelionato era cometido em prejuízo do cônjuge desquitado ou judicialmente separado, de irmão, legítimo ou ilegítimo ou de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita. Nesses casos, o estelionato se transformava em crime de ação penal pública condicionada à representação.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

No entanto, com a promulgação da legislação anti-crime, a natureza do crime de apropriação indébita de fundos públicos mudou, e a agência da vítima é a condição. Ou seja, embora ainda seja submetido pelo setor público, vai depender da disposição da vítima em ver o autor do crime condenado. A Lei n. 13.964/19 determinou, contudo, hipóteses em que o estelionato continuará a ser crime de ação penal pública incondicionada, que são quando a vítima for: a Administração Pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz (LIMA, 2020, p. 71-72).

Compete também tratar da aplicação dessa lei penal no tempo. Segundo entendimento de Cunha (2020b, p. 65), "se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. [...] se a incoativa ainda não foi oferecida, deve o MP aguardar a oportuna representação da vítima ou o decurso do prazo decadencial".

Diante disso, Andrade e Ávila (2020, p. 147) acreditam que as mudanças nos procedimentos dos crimes de corrupção têm um aspecto positivo, pois fortalecem o papel das vítimas nos processos penais, e os processos penais passam a ocupar mais representantes. Participação ativa.

Além disso, esta medida também significa que, em face da resolução de conflitos privados, o retrocesso do autoritarismo estatal, dando às partes maior autonomia para resolver problemas fora do campo do direito penal. Em última análise, essa mudança ajudará a reduzir as prisões em grande escala no país e buscar alternativas para encarcerar pessoas indesejadas (ANDRADE; ÁVILA, 2020).

Sendo assim, tendo em vista essa modificação do crime de apropriação indébita de fundos públicos, é óbvio que, ao transformar o comportamento público em comportamento condicional de agência, o pacote anticrime dificulta a instauração de processos criminais e dá às vítimas opções possíveis. Portanto, pode-se concluir que, ao contrário de outras alterações causadas pela lei anti-crime no direito penal, esta mudança legislativa oportuna representa um enfraquecimento do poder punitivo do Estado, e é reconhecido que os crimes que visam proteger bens jurídicos podem ter outro ramo do direito, como civil ou administrativo.

Vale lembrar que há Lei nº 14.155/21, efetuou três alterações no art. 171 CP, anterior a modificação provinda do pacote anticrime, inseriu o §2º-A, prevendo a qualificadora do estelionato mediante fraude eletrônica, acrescentou o §2º-B, com uma causa de aumento de pena relacionada com o §2º-A e modificou a redação da causa de aumento de pena do §4º, conforme exposto:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> § 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo. (Incluído pela Lei nº 14.155, de 2021).
>
> § 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional. (Incluído pela Lei nº 14.155, de 2021).
>
> § 4º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável, considerada a relevância do resultado gravoso. (Redação dada pela Lei nº 14.155, de 2021)

O crime de estelionato em regra, antes das alterações provinda do pacote anticrime, era uma ação penal pública incondicionada, ou seja, após formar o seu convencimento e concluir pela existência da justa causa, o Ministério Público tinha o poder de oferece a denúncia em juízo.

No entanto, com as mudanças advinda do pacote anticrime, o legislador entende que o estelionato é um crime que de certa forma trás consigo um constrangimento para a vítima, no sentido de se sentir desconfortável para ir até a delegacia comunicar que foi enganada, ou seja, foi vítima de um golpe.

Diante disso, os legisladores entendem que o setor privado tem interesses maiores: Com o lançamento do plano de combate ao crime, o crime de corrupção costuma se tornar um processo penal público que está condicionado à representação.

Portanto, mesmo que a ação deva ser movida pelo Ministério Público, a vítima também deve passar por um agente, na esperança de processar o infrator. O artigo 100 da Lei de Processo Penal prevê o procedimento penal.

> Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> § 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

As mudanças legislativas no crime de corrupção, promovidas pelo pacote "anti-crime", têm criado divergências entre os grupos nos tribunais superiores para o julgamento do direito penal. O cerne da questão é: até que ponto pode responder a nova lei que exige que os representantes das vítimas iniciem um processo penal.

## 4.1 OS IMPACTOS DO PACOTE ANTICRIME NO CRIME DE ESTELIONATO

Conforme ja mencionado, com as alterações trazidas pela lei 13.964/2019, o crime de estelionato que, o crime de estelionato que antes era ação penal pública incondicionada, passou a ser de ação penal pública condicionada à representação.

Muitas dúvidas surgiram com a entrada em vigor da nova legislação, um deles é se essa mudança considera-se como *novatio legis in mellius* (lei nova mais favorável que a anterior) ou *novatio legis in pejus* (lei nova mais severa do que a anterior) (BRITO, 2019).

De acordo com Brito (2019) claramente refere-se do fato jurídico da *novatio legis in mellius* (lei nova mais favorável que a anterior), uma vez que se a ação penal é pública incondicionada, é possível instaurar um processo penal independentemente da vontade ou não da vítima, e a nova lei deverá representar a pessoa ofendida (BRITO, 2019).

Sendo assim, ainda de acordo com a autora "tem que retroagir para beneficiar o réu, alcançando fatos anteriores à sua vigência, respeitando o princípio constitucional da retroatividade da lei penal benéfica'.

Surgem problemas ao verificar que existem vários fatos antes da eficácia do pacote anti-crime e que eles já têm um processo em andamento. Infelizmente, a Lei nº 13.964 / 2019 não estipula com clareza o que acontecerá com um caso de corrupção em andamento, e depende do operador de ciência jurídica para analisar essa questão com o apoio de princípios. Por ser notória e pacífica perante a doutrina do direito penal, nos processos penais em processos penais público condicionado, a representação é condição de procedibilidade. Se o crime foi investigado ou processado quando o órgão é requerido, sua natureza jurídica será condição para sua continuidade (CAMBI, 2019, p.95).

Na falta de manifestação, a analogia será aplicada ao prazo previsto no artigo 91 da Lei nº 9.099/95, pois com a entrada em vigor da Lei nº 9.099 / 99 mudou o delito de lesão corporal leve, ou seja, até então, é de um processo penal público incondicional a um processo penal público baseado em um representante (CUNHA, 2020, p. 85).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

## 4.2. DIVERGÊNCIAS DE OPINIÕES ENTRE ESPECIALISTA E DO STJ EM MATÉRIA SOBRE AS MUDANÇAS NO CRIME DE ESTELIONATO E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE

As mudanças na matéria têm gerado muitos litígios na área jurídica, gerando divergências de posições e opiniões entre o Tribunal Superior e os juristas, que se manifestam publicamente e defendem suas posições.

Portanto, creio que um dos fatores para essas mudanças é a aplicabilidade do princípio retrospectivo do direito penal, caso a condenação não tenha sido proferida e sentenciada, isso afetará a investigação policial e o processo em andamento. Sendo assim, enquanto o caso ainda se encontra em fase de investigação policial, a vítima deve ser novamente citada à delegacia e manifestar-se formalmente em continuar a investigação policial, assinando uma cláusula representativa por não ter assinado. As vítimas durante o mandato do representante não podem ser acompanhadas durante as investigações policiais.

De outra forma, no caso de processo em andamento, o juiz convoca a vítima para que assine cláusula de agenciamento de interesse em processar o autor, possibilitando a continuação do processo, ou seja, caso a vítima não assine no prazo da agência, será declarado inválido de acordo com os regulamentos o art. 107, V do CP:

> Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

Dessa maneira, pode-se observar e analisar alguns posicionamentos sobre as mudanças no crime de estelionato. De acordo Sanches (2020, S/N);

> Tencionando que a necessidade de representação traz consigo institutos extintivos da punibilidade, a regra do § 5º deve ser analisada sob a perspectiva da aplicação da lei penal no tempo. Aqui temos de diferenciar duas hipóteses:
>
> a) se a incoativa ainda não foi oferecida, deve o MP aguardar a oportuna representação da vítima ou o decurso do prazo decadencial, cujo termo inicial, para os fatos pretéritos, é o da vigência da nova lei.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> b) se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento de que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver prosseguir o processo. Essa lição transforma a natureza jurídica da representação de condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade. A lei nova não exigiu essa manifestação (como fez no art. 88 da Lei 9.099/1995).

Em conformidade com de Arthur Marchette Fernandes (2020, S/N), explica que essas mudanças trazidas pelo pacote anti-crime são prejudiciais;

> Para o promotor de Justiça em Minas Gerais André Luis Melo, a mudança prejudica o combate ao estelionato pois esse delito é, por natureza, mais difícil de ser provado. "No cotidiano há mais golpes, estelionatos, porém há mais processos por furtos por serem mais fáceis de serem provados", diz. Segundo ele, quem tem "tendência a cometer crimes e recebe ensino formal muda de furto para estelionato, não deixam de cometer crimes como se imagina".

Já de acordo com o criminalista Welington Arruda explica que "as alterações trazidas são irrazoáveis e descabidas, pois a polícia não será capaz de investigar crimes de estelionato sem que haja a formal representação da vítima, diretamente como ocorre hoje com delitos de injúria" (BATISTA, 2021).

Portanto, pode-se observar que nas diferentes opiniões sobre as mudanças recentes, algumas pessoas ainda podem enxergar fatores positivos, por outro lado, algumas pessoas acreditam que essas mudanças não combateram o crime no crime de corrupção, e ainda assim os trazem para a vítima, pois as mudanças representam um risco porque estas alterações são consideradas mais benéficas para o arguido.

## CONCLUSÃO

Na atual pesquisa, as mudanças no direito penal brasileiro têm como base um objetivo geral, especialmente no que diz respeito à corrupção, que é um crime contra o patrimônio. As alterações ocasionadas pela nova lei têm revisado a legislação e o código penal. Procedimentos criminais.

Além disso, no caminho que conduziu aos resultados desta investigação, todas as alterações ao artigo 171.º foram demonstradas, analisando e evidenciando a posição dos especialistas sobre o tema em questão, o que tem desencadeado discussões entre eles e, assim, demonstrado a vitimização. Até que ponto os participantes estão dispostos ou não querem ser afetados por algumas novas regras. Ressalte-se que, via de regra, a vítima é

obrigada a assinar durante o período de representação, mas esse entendimento ainda não se esvaiu no que se refere à obrigatoriedade de afetar ou não a todos os casos.

Outro destaque da pesquisa é a pesquisa sobre a aplicabilidade do princípio retrospectivo, discutindo a aplicabilidade do procedimento no caso da etapa policial ou mesmo judicial antes de sua criação. E a eficácia da nova lei chamada de pacote anti-crime.

Em conclusão, de acordo com os resultados deste estudo, pode-se confirmar que por se tratar de um evento recente e por não haver consenso, o assunto ainda está em estudo, embora o STJ já tenha julgado um caso quanto à aplicabilidade do princípio retrospectivo. Obtenha qualquer confirmação. Portanto, nossa única certeza de todas essas mudanças são os requisitos expressos no art. 5º I a IV dos crimes estudados.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Andressa Paula; ÁVILA, Gustavo Noronha. Pacote anticrime: procedibilidade e prosseguibilidade no crime de estelionato. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. Pacote Anticrime: Reformas Penais. Florianópolis: Emais Editora, 2020.

AVENA-KOENIGSBERGER, Andrea; MISIC, Bratislav; SPORNS, Olaf. Communication dynamics in complex brain networks. Nature Reviews Neuroscience, v. 19, n. 1, p. 17-33, 2018.

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. Acesso em: 22/04/2022.

CAMPOS, Evelyn Cristine Andrade. CRIMES VIRTUAIS: Uma Breve Análise da Lei 12.737/12. 2016.

CARDOSO, Luiz Eduardo; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Do Pacote Anticrime ao Código Penal: uma análise comparativa da disciplina da perda alargada na Lei n. 13.964/2019. 2020.

CAVALCANTE, Patrick. Lei "Anticrime" e o Sistema Penitenciário Federal: velhos rumos de uma política penitenciária de exceção. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. Pacote Anticrime: Reformas Penais. Florianópolis: Emais Editora, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2020a.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei n. 13.964/19 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020b

DE AVILA, Thiago Pierobom. A ESTRUTURA ACUSATÓRIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: ANÁLISE A PARTIR DA LEI N. 13.964/2019. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 19, n. 32, p. 1-31, 2021.

LEMOS, Marcelo Geraldo; LEMOS FILHO, Marcelo Geraldo. Alteração da ação penal do crime de estelionato pela Lei nº 13.964/2019 e seus reflexos na prática forense. Revista Amagis Jurídica, v. 1, n. 16, p. 185-194, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. Atualização: Rejeição de vetos ao Pacote Anticrime. Salvador: Juspodivm, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 15 edição. Editora Atlas, v. 23, 2003.

BATISTA, Waldryanny Silva. As alterações no crime de estelionato, após a aplicação da Lei nº 13.964/2019, comumente denominado "pacote anticrime" Conteúdo Jurídico, Brasilia-DF: 22 nov 2021. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/57502/as-alteraes-no-crime-de-estelionato-aps-a-aplicao-da-lei-n-13-964-2019-comumente-denominado-pacote-anticrime. Acesso em: 22 nov 2021.

CAMBI, Eduardo (org.). Pacote Anticrime. Primeiro Volume. Curitiba/PR: Escola Superior do Ministério Público do Paraná, 2020.

CAMPOS, Pedro Franco de [et al.]. Direito penal aplicado: parte geral e parte especial do Código Penal. - 6ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 570.

Código Penal Comentado, Ed. Impetus (Rogério Sanches Cunha).

COELHO, Yuri Carneiro. Curso de Direito Penal Didático. vol. único, 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019. Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodium, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FREDERICO MARQUES, José. Tratado de Direito Penal. Volume 1, São Paulo: Saraiva, 1964. GIUSINO, Manfredi Parodi. I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale. Milano: Giuffrè, 1990.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte especial do Código Penal. - 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção Esquematizada/Coordenador Pedro Lenza).

GRECO, Rogério. Código Penal: comentado. 10. Ed. – Niterói/RJ: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2007. p. 242.

MARCHETTE FERNANDES, Arthur. Revista Consultor Jurídico, 18 de abril de 2020. Disponível em: <www.conjur.com.br>.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1960. p. 457.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

**EVERALDO GONÇALVES PEREIRA**: Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo. [89]

LILIANE DE MOURA BORGES [90]

(orientadora)

**RESUMO:** A Lei nº 13.140/2015, regula a Mediação, como um meio de autocomposição aplicado na via judicial e extrajudicial. Com a conhecida morosidade da justiça pelo acúmulo de processos, a ideia de nomear terceiro privado para intermediar os diálogos, tende a ser mais eficiente ao passo que as partes detêm a liberdade de escolher tanto o seu mediador quanto a Câmara respectiva. Neste sentido, o presente trabalho objetiva apresentar a mediação extrajudicial como meio adequado de solução de conflitos. A pesquisa tem por finalidade descrever o uso do instituto na sua forma extrajudicial, tecendo análise sobre a evolução histórica da mediação, princípios e procedimentos. Para tanto, o resultado da pesquisa é apresentado em capítulos que tratam da evolução histórica da mediação, como um meio específico de resolução de conflitos, a apresentação da lei que rege a Mediação Extrajudicial no Brasil, e a verificação de como se dá a criação das câmaras privadas de mediação, assim como descrever o procedimento das audiências. A metodologia aplicada constitui-se uma pesquisa descritiva baseada em textos legais, doutrinários e artigos científicos, assim como enunciados em sítios oficiais.

**Palavras-chave:** Mediação; Câmara Privada; Solução de Conflitos; Extrajudicial.

## INTRODUÇÃO

É inegável a constante interação social ente os seres humanos. Em decorrência de suas diferenças, seja de classe social, pensamentos ou valores, o ambiente está vulnerável ao surgimento de divergências e controvérsias.

Estes conflitos não são exclusivos das relações advindas de determinadas pessoas, segmentos ou grupos sociais, eles acontecem em todos os meios sociais, nas relações afetivas como relacionamentos conjugais, familiares e também nas relações profissionais e comerciais.

89 E-mail: everaldo2010.42@hotmail.com.

90 BORGES, Liliane de Moura, Advogada, Mediadora de Conflitos, Professora Mestra no Curso de Direito da Faculdade Serra doCarmo. E-mail: prof.lilianeborges@fasec.edu.br

O fato é que o conflito é comumente interpretado como contraproducente e que deve ser afastado. Mas na teoria moderna o conflito deve ser percebido como uma oportunidade de conhecer a divergência de interesses ou de crenças, cuja solução acaba por interferir nos interesses de uma ou outra parte. Partindo desse raciocínio quando um conflito se desenvolve, há diferentes caminhos possíveis de resolvê-lo para amenizar as consequências danosas para as partes envolvidas na controvérsia.

É conhecido que o sistema judiciário brasileiro vive uma crise decorrente, de modo geral, da morosidade no trâmite dos processos e no elevado custo financeiro. O Conselho Nacional de Justiça consubstanciado em dados do Judiciário constatou que há uma alta taxa de congestionamento de processos e que o maior número de processos envolve o Poder Público. No entanto, os reflexos dessa situação, é sentido por toda a sociedade.

Nomear um terceiro imparcial para solucionar os conflitos é uma ideia presente desde os tempos antigos da humanidade, e por isso, apresenta-se como uma ideia cômoda, que resultou no comportamento denominado "cultura do litígio", que é entregar ao Estado-juiz a responsabilidade de solucionar as adversidades entre as pessoas.

A alternatividade de solução de controvérsias já existe há muito tempo, mas, estava adormecido em razão da política paternalista adotada por muitos governantes no Brasil, mas está sendo resgatado como uma possibilidade de combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea, que crê na jurisdição como a única via pacificadora de conflitos como entende muitos representantes renomados da comunidade jurídica. A partir dessa perspectiva, o governo brasileiro, juntamente com o Conselho Nacional de Justiça, e muitos representantes da sociedade civil têm implantado esforços para promover a mudança normativa e consequentemente a quebra de paradigma com o objetivo de melhorar a prestação jurisdicional do Estado.

Os instrumentos, como Mediação, Conciliação e Arbitragem são eficazes para alcançar a solução de conflitos, assim como, um processo onde busca o equilíbrio e a harmonia entre as partes, trata-se de campo vasto e fértil a ser explorado no Brasil. Há um esforço de implantação desses métodos na esfera judicial pelo CNJ, no entanto, percebe-se ainda uma deficiência no que diz ao uso da mediação extrajudicial. A Arbitragem é um método heterocompositivo e muito se alinha com o processo judicial. A Conciliação e a Mediação são métodos autocompositivos, sendo que a conciliação é mais comumente utilizada desde a edição da Lei 9.099/95 com a implantação dos Juizados Especiais. Para este estudo, nos interessa a Mediação, também, um método autocompositivo podendo ser utilizada na esfera judicial ou extra judicial. Diante destas questões surge a seguinte

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

problemática de pesquisa: Como são compostas e se operam as Câmaras Privadas de Mediação?

A pesquisa objetiva, de modo geral, descrever o instituto da mediação privada para solucionar conflitos no âmbito extrajudicial. Para tanto, foram realizados, estudos sobre: evolução histórica da mediação como um meio específico de resolução de conflitos, apresentação da lei que rege a Mediação Extrajudicial no Brasil, e a verificação de como se dá a criação das câmaras privadas de mediação, assim como descrever o procedimento das audiências.

A metodologia utilizada para elaboração deste artigo constitui-se em pesquisa descritiva, pelo método de revisão bibliográfica baseado em textos legais, obras doutrinárias e periódicos publicados por autores especializados na temática e em diretrizes dos Conselhos Nacionais e Tribunais Superiores, assim como em experiências de advogados empreendedores da atividade jurídica extrajudicial.

O trabalho foi fragmentado nos seguintes capítulos: 1) Breve histórico sobre a Mediação como meio de Solução de Conflitos, 2) Aspectos legais da Mediação, 3) Diretrizes para a criação de Câmaras Privadas no Brasil, 4) Procedimento para realizar audiências de mediação extrajudicial e A mediação online.

Ao final, o trabalho nos leva a concluir que inobstante a sua aplicabilidade no contexto judicial a Mediação Extrajudicial se apresenta como ferramenta sólida de resolução alternativa de divergências, através de suas Câmaras Privadas de Mediação.

## 1. BREVE HISTÓRICO SOBRE A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A solução de conflitos pautados na harmonia, educação, liderança moral e tratamento legal já existiam na filosofia de Confúcio na China pré-imperial (séc. III, a.c.), que pregava que a harmonia se daria nas relações cotidianas, quando o líder projetasse uma conduta moral sobre os mesmos. (SILVA, 2020, p. 36).

Traçando as informações sobre a mediação em várias partes do mundo, MARTINEZ (2005, p. 02) assim explana:

> No contexto ocidental, as tendências em direção à mediação obtêm cada vez mais espaço como alternativa para a solução dos conflitos. Na União Europeia, seu maior destaque está na tratativa de uma Diretiva Comunitária a respeito da Mediação de Conflitos, cujos prévios efeitos em Portugal resultaram na criação dos "Julgados de Paz". (...) Inspirados em parte nos Juizados Especiais do Brasil, os "Julgados de Paz" de Portugal, criados pela Lei portuguesa n.78/2001,



Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> têm como diferencial seu direcionamento e incentivo ao processo da mediação dos conflitos. Com a designação de jurisdição de "**paz"**, essa lei reserva como princípio geral dos Julgados, a busca pela "justa composição dos litígios por acordo das partes". Na Espanha, principalmente ao se tratar dos casos de conflitos familiares, a mediação avança suas possibilidades, existindo atualmente em vigor, na província da Catalunha, a Lei 1/2001, exatamente mediação familiar, em convergência com o Código de Família Catalão (Lei 9/1998).

A solução pacífica de conflitos não assente só no sistema judiciário e normativo de um país, segundo LEITE (2016, p.01) "apresenta-se como um fenômeno sem fronteiras, presente em costumes ou nas religiões. Modernamente, a mediação vem firmando como modo de regulação da conduta humana, traduzindo-se, portanto, como prática social."

No Brasil a mediação ocorreu com a Ordenação Filipina, que segundo MARTINEZ (2005, p. 01): "(...) primeira manifestação no Brasil decorreu das Ordenações Filipinas, depois, regulamentada nacionalmente na Carta Constitucional do Império, de 1824, a reconhecer a atuação conciliatória do Juiz de Paz ante o desenvolvimento dos processos."

A mediação já foi reconhecida no Brasil imperial, mas o seu avanço e diretrizes remonta ao mundo contemporâneo.

BACELLAR ( 2016, P. 110) clarifica: "A mediação nasceu e chegou ao Brasil como uma forma extrajudicial de resolução de conflitos." Fato é que atraiu a atenção do Poder Judiciário que buscava um meio de promover maior acesso a justiça para o cidadão brasileiro. E assim, essas práticas foram regulamentadas pela Resolução no 125/2010 do conselho Nacional de Justiça, compondo a Política Judiciária Nacional de Solução de Conflitos.

O foco do trabalho consiste na compreensão da mediação extrajudicial como uma modalidade de mediação que tem requisitos particulares no que diz respeito ao procedimento, ao profissional habilitado e ao âmbito em que ocorre.

## 2. ASPECTOS LEGAIS DA UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Na estrutura do Estado Democrático de Direito brasileiro, coube ao Poder Judiciário, a solução dos conflitos gerados na sociedade, mediante o confronto da situação fática com o regramento jurídico vigente.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Como promessa de gerar economia processual e fomentar o desenvolvimento da cidadania, a Mediação começou a se tornar uma realidade no Brasil com a edição da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

A citada resolução dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, e adota outras providências. Em seu texto original, incumbia aos órgãos do poder judiciário oferecer mecanismos de solução de controvérsias, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação (CNJ, 2010).

Posteriormente, o legislativo anuiu à ideia de se instituir meios extrajudiciais de composição de conflitos com a edição do Novo Código de Processo Civil em 2015, e a criação da Lei Federal nº 13.140, em 26 de junho de 2015, chamada de Lei da Mediação.

Diferentemente do rito processual do Judiciário e da figura do julgador como detentor da palavra final, a mediação assim como a conciliação, nas palavras de DIDIER JÚNIOR (2017, p. 308) apresenta a seguinte conceituação:

> Mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem: o mediador/ conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito. Não são, por isso, espécies de heterocomposição do conflito; trata-se de exemplos de autocomposição, com a participação de um terceiro. Ambas são técnicas que costumam ser apresentadas como os principais exemplos de "solução alternativa de controvérsias" (ADR, 11a sigla em inglês: alternative dispute resolution). O adjetivo, no caso, funciona para contrapor essas formas de solução dos conflitos à jurisdição estatal.

A mediação e a conciliação são instrumentos de autocomposição, que se contrapõem ao escopo tradicional da justiça. Neste instrumento, as partes do conflito chegam de *per si* à solução mais adequada ao seu caso, com a participação de um terceiro que auxilia na condução da negociação, mas sem qualquer interferência ou decisão.

Nos termos do art. 2º da Lei de Mediação, a mediação será orientada pelos princípios da isonomia, imparcialidade do mediador, autonomia de vontade, oralidade, busca do consenso, informalidade e confidencialidade. (BRASIL, 2015)

Depreende-se que o mediador há que se propiciar igualdade de tratamento e de liberdade, deve ser imparcial, competindo às partes exprimirem sua vontade com

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

autonomia (sem imposição do mediador), em um diálogo aberto, voltado para a ponderação e bom senso, de modo confidencial e informal.

Dos princípios elencados, o da autonomia de vontade guarda particular relevância, conforme preleciona GODOY (2017, p. 02):

> A autonomia da vontade é um elemento essencial para o desenvolvimento da mediação, no sentido de se buscar uma solução consensual para o conflito existente. Por esse princípio temos a implementação da liberdade conferida aos mediados para a escolha da melhor situação para o encaminhamento da controvérsia. Por se tratar de um processo voluntário, a responsabilidade pelas decisões que forem tomadas no decorrer do processo de mediação é conferida às partes envolvidas, ou seja, aos mediados. Temos nesse caso a participação ativa dos envolvidos no curso do procedimento. Através da autonomia da vontade as partes poderão decidir se participarão da mediação, quais serão as regras que nortearão o procedimento, bem como quais temas serão abordados, ou seja, a respeito do que realmente estão dispostos a conversas. E, ainda, poderão, a qualquer momento, optar pela interrupção ou até mesmo pela finalização do processo de mediação. (...) As únicas restrições existentes e que limitarão a autonomia de vontade são os casos de imposições legais, como também as questões de ordem pública e bons costumes. Fora dessas situações as partes tem a liberdade para desenvolver e construir a melhor solução para o problema que estão enfrentando.

As partes na mediação têm participação ativa e total na condução dos trabalhos e liberdade para a escolha dos temas abordados, solicitarem interrupções e inclusive o fim do procedimento. A única ressalva a esta autonomia de vontade são os casos de imposições legais e às afetas a questões de ordem pública e bons costumes.

Não obstante ter uma lei específica dispondo sobre a Mediação, o Código de Processo Civil, regulamentado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 privilegiou sobremaneira a aplicação da mediação seja ela judicial ou extrajudicial, reservando uma seção específica para tratar da temática.

Conforme art. 166 do Código de Processo Civil: "as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

mediação." Há neste aspecto, a liberdade reservada às partes de definirem o local, bem como o conciliador ou mediador respectivo que irá atuar na lide.

## 2.1 Mediação judicial e extrajudicial

Além da disposição comum entre os institutos da conciliação e mediação como meios adequados de solução de conflitos. O presente estudo debruça sobre a classificação e a diferenciação no uso da mediação trazidas pela própria Lei de Mediação quando trata da mediação extrajudicial a partir do artigo 21 e da mediação judicial no artigo 24 e seguintes.

Assim, é incontestável que as mediações poderão ser feitas no âmbito do Judiciário (judiciais) ou fora dele (extrajudiciais), e em aplicação geral, poderão ser obrigatória, induzida ou acordada. Explicando cada uma destas categorias, MAZZOLA (2016, p. 01) esclarece:

> Em linhas gerais, a mediação pode ser obrigatória, induzida ou acordada. Obrigatória porque decorre de expressa previsão legal, como, por exemplo, nas ações de família (art. 695 do NCPC). Explica-se: mesmo que nenhuma das partes queira, a mediação será realizada, pois o comando do legislador é claro "(...) o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação". Induzida porque, embora sua realização seja a regra (art. 334 do NCPC) e caiba ao Juiz estimular, sempre que possível, a busca do consenso (arts. 139, V, e 359 do NCPC), isso não significa que a mediação acontecerá. É o que ocorre nos casos em que não se admite autocomposição ou quando ambas as partes manifestam desinteresse na composição consensual (art. 334, § 4º do NCPC). Convencionada porque os contratantes podem pactuar as chamadas cláusulas de paz, prevendo a realização de mediação antes da judicialização da questão1. Nesse caso, havendo expressa previsão contratual, o litígio não pode ser iniciado antes da tentativa de autocomposição (art. 2º, § 1º, da Lei nº 13.140/15). O contrário também é possível, isto é, os contratantes podem acordar desde logo a falta de interesse na mediação, inserindo cláusulas opt-out, cuja aplicabilidade, porém, pode ser relativizada pelo Judiciário.

Como se extrai do excerto, a mediação é *obrigatória* quando decorre de expressa previsão legal, *induzida*, quando fomentada pelo juiz, mas a sua realização depende da vontade das partes, ou *acordada* quando a sua realização está prevista em contrato.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

As duas formas de mediação estão definidas em subseções apartadas na Lei de Mediação, como já mencionado. Sendo, portanto, mediação judicial, aquela que ocorre dentro das instalações do Poder judiciário, ou a serviço do Judiciário, como aquelas que são realizadas por instituições credenciadas em um tribunal e que por ele, são designadas conforme previsto na Resolução n. 125/2010 do CNJ.

Ainda, na análise do instituto da mediação judicial é preciso compreender o momento em que ela se dá do ponto de vista do processo. Oportuno esclarecer que no âmbito do poder Judiciário foi instituído o procedimento "pré-processual", um evento importante na perspectiva do tratamento adequado dos conflitos porque garante ao jurisdicionado acesso à justiça antes e independentemente de processo. Neste caso, a mediação que ocorre neste procedimento é pré-processual porque ainda não tem processo formalizado, mas ainda assim ela é judicial porque ocorre dentro do CEJUSC-Centro judiciário de Solução de conflitos e Cidadania. Na mediação judicial, conforme a Lei de Mediação, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, e estas deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, fatores que diferem significativamente da extrajudicial (BRASIL, 2015). No item seguinte será abordada a mediação extrajudicial.

## 2.2 Mediação extrajudicial pública e mediação extrajudicial privada

A mediação extrajudicial ocorre fora das instalações do Poder judiciário e também não é designada por ele no curso de um processo judicial.

Para clarificar a diferenciação entre um procedimento e outro Sandra Regina Garcia Olivan Bayer em artigo recente descreve:

> A mediação extrajudicial pública é a que se realiza em programas de mediação fomentados pelo Poder Público. Isso inclui, a título de exemplo, os programas das secretarias e ministérios do Poder Executivo, sobretudo o Ministério da Justiça e as secretarias estaduais de Justiça, que mantêm programas, sobretudo, em áreas como o direito do consumidor; (...)
>
> Já a mediação extrajudicial privada difere em relação ao ambiente de atuação. A mediação privada é realizada por mediadores autônomos, por empresas de prestação de serviço de mediação privada, ou ainda, mais especificamente, por câmaras de mediação, que muitas vezes são espaços que gerenciam também procedimentos arbitrais (as câmaras de mediação e arbitragem). Essa mediação privada pode

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> acontecer também em vários temas de aplicação: mediação empresarial, mediação comercial, mediação familiar. ( BAYER, 2022, P. 7)

Assim, a mediação extrajudicial privada, é o objeto do presente estudo, foi a primeira forma de mediação experimentada no Brasil, e está regulamentada a partir do artigo 21 da Lei da Mediação.

Ela pode ou não advir de uma cláusula contratual, um ânimo de atribuir a outro a solução, neste caso, uma instituição independente do Poder Judiciário, que fará convite a outra parte, para iniciar o procedimento de mediação. O contrato que previu a mediação deve conter o prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, local da primeira reunião de mediação, critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação e penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação (BRASIL, 2015).

Sobre o procedimento extrajudicial também destacamos sobre os honorários do mediador, devem estar previstos na cláusula contratual ou devem ser aceitos no documento que firmam o aceite sobre a realização do procedimento de mediação.

No que diz respeito a presença do advogado, o artigo 10 da lei dispõe que as partes podem, mas não devem estar obrigatoriamente acompanhadas de advogado, diferentemente da judicial. Embora haja essa abertura da lei, o que ocorre na prática é as partes estarem acompanhadas dos profissionais do direito que reconhecem as vantagens do instituto.

A Lei de Mediação, no parágrafo único do seu artigo 20, e o Código de Processo Civil, em seu artigo 784, dispõe que, se da mediação extrajudicial resultar acordo, será ele título executivo extrajudicial. Entretanto, é possível também que o acordo seja revestido da força de título executivo judicial, bastando, para tanto, que as partes levem, por meio de seus advogados, esse acordo para homologação judicial, conforme o artigo 515, inciso III do CPC.

Após as considerações sobre a mediação e as normas correlatas, serão tratadas no próximo capítulo, as diretrizes para criação de Câmaras Privadas.

## 3. DIRETRIZES PARA A CRIAÇÃO DE CÂMARAS PRIVADAS NO BRASIL

As diretrizes e competências para a criação das Câmaras de Mediação Extrajudicial e Judicial estão dispostas na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Por ser o objeto deste estudo será dado ênfase para a mediação extrajudicial privada.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A previsão para criação das Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação está disposta na Seção III-B da referida resolução e foi incluída pela emenda no 2 de 9 de março de 2016, e funcionarão, mediante seu cadastro e dos mediadores e conciliadores no Tribunal de Justiça do respectivo Estado, sendo facultativo este cadastro na realização de sessões de mediação ou conciliação pré-processuais. (CNJ, 2015).

As câmaras de conciliação, mediação e arbitragem, são empresas denominadas centros ou núcleos especializados nos métodos adequados de solução de conflitos e precisam obedecer às diretrizes do CNJ para atuarem conjuntamente com os Tribunais de Justiça, como empresa habilitada ou independente. Neste capítulo vamos explicar os requisitos exigidos pela legislação.

De acordo com o Tribunal Arbitral e Mediação de Maringá (TJAEM, 2020), existem três passos básicos para se instalar uma Câmara Arbitral:

> Existem três passos básicos para **montar uma câmara arbitral**. O primeiro é a constituição de uma empresa (ou seja, adquirir o seu CNPJ). O passo seguinte é formular um regulamento para a arbitragem e outro regulamento para a mediação. Somente a partir desses regulamentos, será possível para as pessoas que procuram a câmara assinar um contrato (seja de arbitragem, seja de mediação) baseando-se no que está registrado neles, isto é, nas regras definidas pela própria câmara. Nesse caso, é necessário conhecer mais a fundo o que é arbitragem, o que é mediação, seus requisitos, suas principais características, e assim por diante. Um terceiro passo é contar com um ou mais árbitros ou mediadores. Além disso, é importante para a câmara contar com juízes arbitrais especializados, que sejam qualificados principalmente para realizar cálculos financeiros e rotinas de trabalho, pois assim o próprio juiz arbitral poderá solucionar eventuais questões técnicas sem precisar recorrer à contratação de um perito.

Pelo procedimento elencado no excerto há que primeiramente constituir uma pessoa jurídica, em seguida, elaborar uma regulamentação para mediação e outra para arbitragem, e o terceiro passo é estruturar a Câmara com pessoal capacitado, com equipe composta de juízes arbitrais, mediadores e árbitros.

Outro aspecto importante que deve ser definido no momento da constituição da empresa é estabelecer se a Câmara será com ou sem fins lucrativos. Com o auxílio de um

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

contador e/ou advogado a empresa com fins lucrativos deverá definir a sua personalidade jurídica, o seu planejamento financeiro, preferencialmente com o auxílio do SEBRAE, e elaborar o fluxo de caixa, contemplando custeios fixos e investimentos. Recomenda-se a aplicação do mesmo processo às empresas sem fins lucrativos ante a necessidade de esta ser sustentável (CONIMA, 2019, p. 3-4).

Há de se ressaltar o que dispõe o art. 12-D da Resolução nº 125/2010 (CNJ, 2010):

> Art. 12-D. Os Tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, com o fim de atender aos processos em que foi deferida a gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento, nos termos do art. 169, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, respeitados os parâmetros definidos pela Comissão Permanente de Solução Adequada de Conflitos *ad referendum* do Plenário.

Mesmo as empresas com fins lucrativos precisam garantir um percentual de audiências não remuneradas em obediência ao princípio da gratuidade da justiça, adotando-se o critério da contrapartida do seu respectivo credenciamento no judiciário.

Após estas definições iniciais, o interessado deve inscrever a Câmara no Cadastro Nacional. Contextualizando esta prática, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020) em seu sítio eletrônico estabelece:

> As informações sobre o procedimento de cadastro de câmara privada no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores (CCMJ) devem ser obtidas diretamente no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) do tribunal, órgão responsável pelo cadastramento. O Conselho Nacional de Justiça não possui essa atribuição.

Os Tribunais estaduais precisam criar núcleos permanentes de métodos consensuais que serão as entidades responsáveis por delegação do Tribunal para efetivar este cadastramento. Na escolha do nome da Câmara, o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, não recomenda a utilização dos que estejam associados ao Tribunal a que está vinculado, e nem o uso de símbolos ou brasões oficiais. (TJAEM, 2020).

Acerca da formação e capacitação dos mediadores e árbitros o CONIMA, no Roteiro para a Constituição de uma Câmara, faz as seguintes considerações (CONIMA, 2019):

> Árbitros. 7.1.1 Os árbitros não precisam de nenhuma capacitação específica para o exercício da função, já que a Lei 9307/96 exige apenas que eles tenham a confiança das partes. Recomenda-se que sua indicação seja em função da credibilidade e/ou experiência técnica. 7.1.2. É recomendável que os candidatos a árbitros conheçam a arbitragem e suas características, bem como as responsabilidades legais de um árbitro. Assim, sugere-se que façam um curso de conhecimento sobre arbitragem, curso esse que deverá ser ministrado por profissionais de reconhecida experiência na arbitragem – teórica e prática. 7.1.3. Carteiras de juiz arbitral ou semelhantes são proibidas. Caso o CONIMA tome conhecimento de sua existência, denunciará às autoridades competentes.
>
> Mediadores 7.2.1. Os Mediadores precisam de capacitação e estágio supervisionado, e no caso de exercício em âmbito judicial, com carga horária determinada em lei, em instituição de reconhecida reputação na área.

O quadro de trabalhadores destas Câmaras privadas necessita de capacitação específica e especializada para poderem atuar como mediadores ou árbitros.

Em recente obra intitulada Mediação de Conflitos: temas atuais (2022, p.5), Sandra Bayer comenta:

> A Lei de Mediação, ao tratar da figura do mediador, dispôs, do artigo 4º ao 8º, sobre a atuação ética do mediador, de modo comum para mediadores judiciais e extrajudiciais. Da mesma forma que a definição de mediação é comum ao ambiente judicial e extrajudicial, também a atuação do mediador é, genericamente falando, a mesma. Para que seja mediador extrajudicial, define-se que deve ser capaz e ter a confiança das partes, além de ser capacitado para fazer mediação, independentemente de qualquer tipo de associação a conselho ou entidade de classe. Isso parece bem diferente, e até menos rigoroso, do que a exigência feita ao mediador judicial, de que essa capacitação seja especificamente feita em escola autorizada, mediante um programa de curso definido pela própria Resolução 125/10 do CNJ, além de ter que ser graduado em nível superior há dois anos, em instituição reconhecida pelo MEC.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Acerca da remuneração da Câmara Privada o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010) esclarece que: "a remuneração da câmara privada pela atuação incidental a processos judiciais pode ser fixada pelos tribunais, respeitadas as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)", como já informado anteriormente, as Câmaras devem reservar um percentual de atendimento em gratuidade como contrapartida ao Tribunal à que se vinculam.

Quanto aos direitos e deveres da Câmara Privada, o Conselho Nacional de Justiça estabelece (CNJ, 2010):

> A Câmara Privada possui, com as devidas adaptações, os mesmos direitos e deveres dos mediadores judiciais e conciliadores (artigo 175, parágrafo único, do Código de Processo Civil). Além disso, se pretende atuar incidentalmente a processos judiciais, deve ser credenciada no tribunal. Como contrapartida a esse credenciamento, a câmara privada deve suportar um percentual de audiências não remuneradas, a ser estabelecido pelos tribunais de acordo com parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (artigo 169, § 2º, do Código de Processo Civil, e artigo 12-D da Resolução CNJ n. 125/2010).

Não existe uma norma que fixa os vencimentos das Câmaras Privadas, deste modo, as mesmas deverão elaborar Tabela de Custas e Honorários para Arbitragem e Mediação, utilizando-se de seu plano de negócios e a média das taxas cobradas por outra Câmara. (TJAEM, 2020)

Sendo assim, as Câmaras Privadas detêm o direito de fixar as suas custas, sem efetuar qualquer repasse ao Tribunal de Justiça respectivo, entretanto, tem como dever reservar um percentual de gratuidade de seu trabalho como contrapartida pelo credenciamento.

De qualquer sorte depreende-se que tanto os Tribunais de Justiça Estaduais quanto os Conselhos instituídos para este fim, fornecem todo o suporte para a implantação de Câmaras Extrajudiciais de Mediação e no fomento para a composição consensual dos conflitos.

## 4. PROCEDIMENTO PARA REALIZAR AUDIÊNCIAS DE MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Como em qualquer Estado Democrático de Direito, para a garantia dos princípios fundantes de seu sistema jurídico, o procedimento é a diretriz que congrega a segurança jurídica do processo e isonomia do tratamento.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Conhecer as etapas de um procedimento proporciona nitidez e traz transparência para os interessados e a sociedade em geral. Nesta linha, a Ordem dos Advogados do Brasil do Estado de Goiás – OAB/GO, trouxe a lume as etapas da Mediação Extrajudicial, assim elencadas (OAB-GO, 2017):

> 1. Fase Preparatória: Iniciada a sessão, o mediador se apresentará e apresentará as partes. Em seguida fará uma breve explicação do procedimento da mediação, indicando suas fases, preparando um ambiente favorável para uma comunicação produtiva e estabelecendo uma relação de confiança, sanando dúvidas e esclarecendo sua função como condutor do procedimento. O conhecimento pleno de como a mediação se desenvolve constitui um dos fatores que contribuem para a sua credibilidade como processo de resolução de conflitos. Esse conhecimento, transmitido pelo mediador durante sua Declaração de Abertura, momento em que oferece aos participantes a segurança de não ser surpreendidos por qualquer movimento inesperado ou desconhecido, capaz de abalar a sua estabilidade emocional ou desestabilizar o equilíbrio processual.

A fase inicial da mediação extrajudicial se estabelece com a apresentação das partes e explicação sucinta do procedimento mediatório. O mediador criará um ambiente favorável para comunicação das partes interessadas, tirando dúvidas e tecendo esclarecimentos, estabelecendo o *rapport* entre os mediandos.

Esta etapa reflete a segurança do mesmo na condução do procedimento e deve ser feita de maneira apropriada e demonstrando conhecimento e clareza para não abalar emocionalmente ou surpreender qualquer das partes.

Como segunda etapa proferida pela OAB/GO, (OAB-GO, 2017) tem-se a:

> 2. Investigação do conflito:
>
> Durante essa fase, o mediador:
>
> • Escutará as questões apresentadas pelos interessados;
>
> • Fará um resumo das questões de forma prospectiva, utilizando uma linguagem positiva e neutra com o intuito de organizar as falas e recapitular tudo que foi exposto até o momento;

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

• Anotará todas as informações referentes aos mediandos e as questões apresentadas;

• Definirá a ordem em que as questões serão colocadas;

• Reunirá todas as informações que possam o auxiliar no entendimento do caso apresentado.

A segunda etapa refere-se à investigação do conflito, em que o mediador ouvirá todas as questões postas pelo interessado, resumindo as respectivas falas de forma neutra, para que sejam recapituladas de modo adequado.

O mediador anotará todas as informações e questões apresentadas durante a investigação e estabelecerá a ordem em que as questões serão colocadas para auxiliar na compreensão dos fatos narrados até o momento.

A terceira e quarta etapa correspondem à Agenda e Reestabelecimento da Comunicação, que são delineadas da seguinte forma (OAB-GO, 2017):

> 3. Agenda
>
> Nessa fase, o mediador organizará a agenda: regulará o tempo de cada sessão e verificará a quantidade de encontros necessários, o que é especialmente importante quando o conflito envolve mais de um problema.
>
> 4. Restabelecimento da comunicação Organizada a agenda, o mediador procurará restabelecer a comunicação produtiva entre os mediandos com o fim de tornar o diálogo possível e de construir uma relação pautada na colaboração.

A agenda, tal como definida no excerto, corresponde ao cronograma das sessões e sua respectiva durabilidade, levando-se em consideração a natureza e complexidade do conflito e o quantitativo de aspectos a serem solucionados.

Uma vez definida estas questões, o mediador retomará a comunicação dos mediandos na busca de um diálogo construtivo, em que a colaboração impere nesta busca de solução conflituosa com enfoque prospectivo.

No tocante a Quinta e Sexta etapas acontecem os seguintes procedimentos (OAB-GO, 2017):

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> 5. Levantamento de alternativas: o mediador facilitará a solução das controvérsias apresentadas, através do diálogo orientado, da compreensão das narrativas, do reenquadramento da situação, mostrando aos interessados as diversas possibilidades de solução das questões apresentadas.
>
> 6. Registro das soluções encontradas: Por fim, o mediador e as partes irão testar a solução alcançada e, sendo ela satisfatória, redigirão um acordo escrito, se as partes assim o quiserem. Em caso de impasse, será feita uma revisão das questões e interesses das partes e também serão discutidos os passos subsequentes a serem seguidos.

Por meio de um diálogo orientado e pautado na compreensão das controvérsias e na apresentação de várias soluções pertinentes ao caso, para análise e verificação pelas partes interessadas, o mediador auxilia o entendimento das partes (5ª fase).

No Registro das soluções encontradas, ou seja, a sexta etapa, os partícipes testarão a solução encontrada e, se assim firmarem, redigirão o acordo por escrito. Se houver impasse serão revistas às questões remanescentes de solução, e os passos subsequentes que serão tomados.

Por fim, o sétimo passo destina-se à redação do acordo propriamente dito (OAB-GO, 2017):

> 7. Redação do acordo: a redação do acordo é etapa essencial do processo de mediação, uma vez que nesse momento serão formalizados todos os avanços até então alcançados. Se as partes conseguiram se harmonizar e chegar a um consenso, o passo seguinte é escrevê-lo. Todavia, vale destacar que esse acordo deve ser passível de execução em caso de inadimplemento, um indicativo de que a mediação foi bem desenvolvida sem esquecer que o melhor consiste no adimplemento espontâneo do acordo construído. O intuito de qualquer processo de resolução de disputas é pacificar por meio de critérios justos. De fato, o propósito da mediação é fazer com que as partes saiam satisfeitas do processo, por terem alcançado um acordo justo para todas as partes. O acordo obtido na mediação é reduzido a termo, e constitui título executivo extrajudicial podendo, a critério das partes, ser homologado judicialmente, hipótese em que se converterá em título executivo judicial (parágrafo único, do artigo

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> 20, da Lei de Mediação). Esta etapa, especialmente, requer a atenção e expertise dos advogados que estão a representar os interessados, notadamente em razão da capacidade executiva que possui o termo.

Nesta última fase parte-se para a formalização do acordo obtido mediante consenso entre as partes. O acordo deverá ser passível de execução em caso de descumprimento, embora o objetivo da mediação seja a consecução espontânea da obrigação firmada.

Por ser um termo decorrente de ajustes da vontade das partes interessadas denota-se que o pacto assentido seja justo para os partícipes e uma vez reduzido a termo, reveste-se de título executivo judicial, nos termos do disposto na Lei de Mediação.

## 4.1 AAVANÇO DA MEDIAÇÃO *ONLINE DURANTE A PANDEMIA*

Dentre várias inovações estampadas pelo novo Código de Processo Civil - CPC de 2015, a conciliação e a mediação ganharam destaque no ordenamento jurídico, tanto na via judicial quanto no âmbito privado.

Ao tratar a matéria o § 7º do art. 334 do Código de Processo Civil dispõe que:

> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
>
> (...)
>
> § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

Em que pese a previsão de mediação em via judicial e extrajudicial, o CPC ainda disciplinou a possibilidade de realização de mediação e conciliação em meio eletrônico. De igual modo, o art. 46 da Lei nº 13.140/2015 estabelece que: "a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo." O CNJ (Conselho Nacional de Justiça), através da Emenda nº 02 de 8 de março de 2016, ampliou e aprimorou a Resolução CNJ 125, de 29 de novembro de 2010, dispondo no inciso X do art. 6º que:

> X - criar Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos e, havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para



Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> atuação em demandas em curso, nos termos do art. 334, § 7º, do Novo Código de Processo Civil e do art. 46 da Lei de Mediação.

A mediação e conciliação *online* já é uma realidade no país, inclusive no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça é possível agendar uma audiência à distância, sobre a temática, SILVA; GONÇALVES (2020, p. 107) prelecionam:

> Denota-se a relevância do uso da cibercultura, favorecida pela virtualidade real como meio de solução de litígios, com o uso da Mediação Online. Baseando-se num momento da história em que a sociedade está literalmente conectada, isto permite facilidade de acesso aos meios de informação, processamento e geração de novos conhecimentos.

As facilidades advindas do acesso via remoto, vem ao encontro com a realidade da sociedade atual, que demandam a cada dia instrumentos hábeis para tornar a sua vida mais prática e que tomem o menor tempo possível.

Diante da atipicidade enfrentada pelo mundo em decorrência da pandemia pelo COVID19 a partir de 2020, medidas tecnológicas foram incorporadas às atividades precípuas dos poderes do Estado e dos diversos órgãos públicos.

O *lockdown* implantado por diversos municípios e Estados da federação brasileira em razão dessa pandemia suspenderam as audiências no Poder Judiciário, realizadas de modo presencial, e fomentaram os encontros conciliatórios de forma remota.

Tal medida pode ser observada na matéria veiculada pelo TJDF, em seu sítio eletrônico oficial (BRASIL, TJDF, 2020):

> (...) CEJUSCs, passa a oferecer aos jurisdicionados a possibilidade de realização das audiências de conciliação e mediação por videoconferência, por meio das diversas ferramentas tecnológicas disponíveis. As pessoas interessadas em participar de uma audiência por videoconferência poderão registrar seus pedidos diretamente pelo Canal Conciliar. O atendimento poderá ser realizado, nos casos processuais e pré-processuais, nos quais ainda não existe processo em andamento, desde que ambas as partes envolvidas no conflito concordem com a providência. A participação na audiência de conciliação e mediação é facultativa, não sendo aplicada qualquer sanção ou penalidade para quem não aceite a opção. O objetivo é

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> possibilitar o diálogo facilitado por um profissional capacitado, o conciliador/mediador, adiantando a solução do conflito ou, ao menos, a realização de uma etapa processual. É importante esclarecer que a Portaria Conjunta 33/2020 do TJDFT suspendeu os prazos processuais e as audiências, portanto, a audiência de conciliação por videoconferência é uma alternativa que se oferece às partes sem qualquer prejuízo processual. Em caso de não aceitação da opção, a audiência presencial será designada assim que retornarem os prazos e, em caso de participação, mas não celebração de acordo, os prazos igualmente só serão contados a partir da determinação da Administração Superior. Por outro lado, em sendo celebrado acordo, o ajuste será imediatamente homologado judicialmente.

As ferramentas digitais foram exploradas para a devida prestação de serviços jurisdicionais tanto no âmbito judicial como extrajudicial. O uso da tecnologia era algo que já vinha ganhando espaço no Judiciário brasileiro, ocorre que a pandemia promoveu o aceleramento da prática digital tanto no serviço público como no privado.

Não se pode olvidar que a mediação e conciliação *online*, tornam as relações mais modernas e eficazes, pois, resolve de maneira prática, rápida e menos traumática o litígio, haja vista não haver o confronto presencial, tornando o procedimento mais democrático. (SILVA; GONÇALVES, 2020, p. 108).

Para além de propiciar economia e eficiência a mediação e conciliação online ainda promovem uma redução nos custos para os interessados, eis que, por este método não há necessidade de deslocamento dos mediandos e as taxas fixadas são inferiores às taxas de procedimento presencial (VASCONCELOS, 2016, p. 01)

A tecnologia tornou mais célere a tramitação processual com a instituição do processo eletrônico, e da mesma forma, as audiências online demonstram ser uma inovação eficiente e econômica de solução de conflitos, por transpor as barreiras logísticas e favorecer a sua utilização pelos litigantes.

## CONCLUSÃO

O sistema judiciário brasileiro vive uma crise decorrente, de modo geral, da morosidade na tramitação dos processos e no elevado custo financeiro. O Conselho Nacional de Justiça debruçou-se sobre os números no Judiciário constatando que há uma alta taxa de congestionamento de processos e que o maior número de processos envolve o Poder Público. No entanto, os reflexos dessa situação, é sentido por toda a sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A possibilidade de usar meios adequados de solução de controvérsias, como a mediação, já existe há muito tempo, mas, estava sufocado pelo modo de vida judicante da sociedade contemporânea, onde as demandas são entregues ao Estado juiz para a solução, e agora está sendo resgatado como uma forma de se efetivar o princípio constitucional de acessibilidade judicial e também, como uma forma do jurisdicionado resolver a sua demanda devidamente assistido.

A partir dessa perspectiva, o Governo Brasileiro e a Comunidade Jurídica têm implantado esforços para promover a mudança normativa e consequentemente a quebra de paradigma com o objetivo de melhorar a prestação jurisdicional do Estado.

Tomam grande significado no ordenamento jurídico brasileiro, a Mediação, Conciliação e a Arbitragem como instrumentos eficazes para alcançar a solução de conflitos, assim como, um processo onde busca alcançar o equilíbrio e a harmonia entre as partes.

Inobstante a sua aplicabilidade no contexto judicial a Mediação Extrajudicial se apresenta como ferramenta sólida de resolução adequada de divergências, através das Câmaras Privadas de Mediação.

A composição das Câmaras privadas é orientada pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA e Conselho Nacional de Justiça, com total suporte dos Tribunais de Justiça Estaduais e requerem mediadores e conciliadores capacitados e cumprimento de requisitos formais para sua implantação.

Para além da eficiência das Câmaras Privadas de Mediação, a mediação por meio eletrônico já ocorre no Brasil e demonstra ser um meio ágil e menos dispendioso na busca pela autocomposição usado tanto pelo Poder Judiciário quanto pelas Câmaras Privadas.

A presente pesquisa buscou fomentar a discussão da matéria e contribuir com a atividade acadêmica, de reflexão sobre a atividade privada como aliada do serviço público, sem contudo, exaurir o debate, havendo espaço para novas e aprofundadas pesquisas.

## REFERÊNCIAS

BAYER, Sandra.**Mediação de conflitos : temas atuais** / organizadoras: Samantha Pelajo, Samantha Longo, Dulce Nascimento, Sandra Bayer – Brasília: OAB Editora, 2022.

BRASIL. Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. **Roteiro para a constituição de uma Câmara de Mediação, Arbitragem, Conciliação e demais**

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

**métodos extrajudiciais de solução de conflitos**. 2019. Disponível em: < https://conima.org.br/mediacao/roteiro-montar-cam-med/> Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 01, de dez. 2010. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156> Acesso em: 16 out. 2020.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____.Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.
Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

_____. Ordem dos Advogados do Brasil. **Manual Prático de Mediação para Advogados**. Goiás. 2017. Disponível em: < https://www.oabgo.org.br/arquivos/downloads/4733a-cartiha-comissao-de-mediacao-317141617.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. Tribunal Arbitral e Mediação de Maringá. **Como abrir uma Câmara Arbitral**. 2020. Maringá, PR. Disponível em: < https://tjaemmaringa.jusbrasil.com.br/artigos/863333916/como-abrir-uma-camara-arbitral> Acesso em: 07 nov. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **TJDFT promove audiências de conciliação e mediação por videoconferência**. Abr. 2020. Disponível em: < https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/abril/nupemec-possibilita-audiencias-de-conciliacao-e-mediacao-por-videoconferencia> Acesso em: 20 nov. 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

GODOY, Rodrigo B. **O Princípio da Autonomia de Vontade na Mediação.** 2017. Disponível em: < https://migalhas.uol.com.br/depeso/265451/o-principio-da-autonomia-da-vontade-na-mediacao> Acesso em: 16 out. 2020.

LEITE, Gisele. **Um breve Histórico sobre Mediação**. 2016. Disponível em: < https://professoragiseleleite.jusbrasil.com.br/artigos/437359512/um-breve-historico-sobre-a-mediacao#:~:text=A%20media%C3%A7%C3%A3o%20ressurgiu%20no%20final,para%20o%20Canad%C3%A1%20e%20Fran%C3%A7a.> Acesso em: 07 nov. 2020.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigues. Mediação para a paz: ensino Jurídico na era medialógica. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6863/mediacao-para-a-paz> Acesso em: 09 nov. 2020.

MAZZOLA, Marcelo. **Qual a Relação entre mediação extrajudicial, precedentes e negócios jurídicos processuais?**. 2016. Disponível em: < https://migalhas.uol.com.br/depeso/239654/qual-a-relacao-entre-mediacao-extrajudicial--precedentes-e-negocios-juridicos-processuais> Acesso em: 17 out. 2020.

SILVA, Liliam de Oliveira Lopes; GONÇALVES, Jonas Rodrigo. A viabilidade da mediação On Line. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**. Ano XI, v. XI, n.40, jan./jun. 2020.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de Disputas: Métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VASCONCELOS, Anna Luiza di. **Mediação Eletrônica e suas inúmeras vantagens**. 2016. Disponível em: < http://www.fecema.org.br/arquivos/2248> Acesso em: 20 nov. 2020.

www.conteudojuridico.com.br

# A PROPAGANDA ELEITORAL NA INTERNET: SEUS DESAFIOS E LIMITES JURISPRUDENCIAIS

**LUCIANO LEITE PEREIRA**: Agente de Polícia Legislativa – Câmara dos Deputados do Distrito Federal; Especialização em Direito Constitucional pela Faculdade de Tecnologia e Ciências do Alto Parnaíba – FATAP; Especialização em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá – UNESA;

**RESUMO:** Verificou-se, durante o vácuo legislativo, que o TSE editou resoluções que buscavam usar a analogia comos outros meios e o bom senso para regulamentar a matéria, já que a internet e, consequentemente, as redes sociais, apresentavam-se como uma grande novidade, semprecom a enorme preocupação de não violar o direito à liberdade de expressão, mas, também,que ali não se tornasse um local onde se pudesse praticar qualquer tipo de ato, tendo algumas situações sido reguladas recentemente por Lei, permanecendo todavia, a discussão sobre alguns pontos. O fato é que foram suscitadas questões limitativas quanto ao uso das redes sociais, como, por exemplo, a gratuidade da sua utilização e quando poderia ser usada, tendo a corte eleitoral sempre buscado decisões que não violassem o direito à liberdade de expressão dos cidadãos, em geral.

## 1.PROPAGANDA ELEITORAL NA INTERNET: PANORAMA LEGISLATIVO

No presente tópico, faremos um panorama acerca da evolução legislativa sobre o tematortuoso da propaganda eleitoral na internet. Parte-se da previsão geral da chamada Lei das eleições, Lei nº. 9.504, de 30 de setembro de 1997 (BRASIL, 1997), que, a priori, não dispôs, sobre a propaganda eleitoral pela internet, já demonstrando uma inicial falta de previsão normativa sobre o tema, muito ocasionada diante do ainda não evoluído uso da internet como meio de comunicação de massa.

Diante do inicial vazio legislativo, e munido de seu poder regulamentar disposto constitucionalmente, o Tribunal Superior Eleitoral, quando da edição da Resolução n.º 20.106,de 04 de março de 1998, a qual estabelece instruções sobre a propaganda das eleições de1998, editou regras gerais de propaganda e de forma tímida estatui no §3º, do artigo 13, que as disposições deste artigo aplicam-se aos sítios mantidos pelas empresas de comunicação social na Internet e demais redes destinadas à prestação de



Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

serviços de telecomunicações de valor adicionado (Lei nº 9.504/97, art. 45, § 3º).", sendo assim, a primeira vez que a questão da propaganda eleitoral na internet foi tratada.

Ante o descompasso existente entre realidade social e legislação das eleições, as demais Resoluções do TSE foram incluindo novidades, na medida em que o uso da internet e sua exploração, foi ficando cada vez mais massivo. Nas eleições municipais de 2000, tivemos a edição da Resolução n.º 20.562, de 02 de março de 2000 (BRASIL, 2000), que inaugurou, finalmente, a permissão (e previsão) para a realização da propaganda eleitoral pela internet, sendo que, logo em seguida, com a Resolução n.º 20.988, de 21 de fevereiro de 2002 (BRASIL, 2002), atinente às eleições de 2002, incluiu-se a possibilidade de realização de debates pela internet, a possibilidade de manutenção de sítio próprio do candidato e a vedação de realização de propaganda em páginas de provedores de serviços de internet.

Vê-se que, gradativamente, diante da necessidade de embasamento legal para o tema, a legislação foi evoluindo para garantia de regulamentação do assunto. Nas eleições de 2004, já se via a preocupação em regular o uso de redes sociais, o que se repetiu em seguida nas demais eleições.

A primeira grande alteração na temática da propaganda eleitoral na internet, e para fins do nosso trabalho, que finalmente sedimentou a possibilidade do uso das redes sociais para campanha, ocorreu com a edição da Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009 (BRASIL, 2009) que chegou alterando regras extremamente rígidas anteriormente (vez que considerava lícita somente propaganda em sítio hospedado em domínio oficial) estabelecendo mais opçõespara o candidato obter a atenção dos eleitores, através de sítio do candidato informado à Justiça Eleitoral, através de mensagem eletrônica e por meio de blogs e redes sociais.

A grande repercussão em seguida fica por conta da Lei 13.165, de 29 de setembro de 2015 (BRASIL, 2015) com diversas alterações em todo o âmbito legislativo eleitoral, ao ponto de ser chamada de minirreforma eleitoral, trouxe regras específicas no tocante à propaganda eleitoral na internet, trazendo ainda a previsão de um crime para certas condutas adotadas na rede mundial de computadores.

Inicialmente, trouxe a previsão do artigo 36-A, na Lei das Eleições, que trata sobre propaganda eleitoral antecipada, informando que não configura propaganda eleitoral antecipada quando o pré-candidato ou alguma outra pessoa faz em meios de comunicação, na internet e outras formas de mídia, menção à pretensa candidatura ou

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

exaltação às qualidades pessoais de pré-candidatos, desde que não haja pedido expresso de votos.

Alterou ainda o artigo 57-A da Lei das eleições, estabelecendo um prazo para início permitidolegalmente para propaganda eleitoral na internet, qual seja, 15 de agosto do ano eleitoral e prevendo agora direito de resposta em ofensas na internet.

Além disso, conforme o artigo 57-A da Lei das eleições, será considerado crime, com detenção de 2 a 4 anos e multa de R$ 15 mil a R$ 50 mil, contratar direta ou indiretamente grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação. A pena de prisão poderá ser aplicada a quem contratar e também aos que forem contratados para esse fim.

Vê-se que, ao contrário de um início totalmente alheio às necessidades sociais com relação à evolução da internet e seu uso pelas pessoas de maneira constante e sem qualquer barreira ou limite, trouxe uma série de problemas com relação à regulamentação e cuidado no tocante à propaganda eleitoral na internet.

## 2.LIMITES TEMPORAIS E ANÁLISE DA GRATUIDADE.

As duas maiores polêmicas com relação aos limites da propaganda eleitoral na internet atravésdas redes sociais diz respeito ao lapso temporal em que é permitida, e assim, até que ponto estar-se-ia diante ou não de uma propaganda eleitoral antecipada, bem como a questão dos custos que a permeiam, já que como uma das características marcantes do uso das redes sociais é seu alcance e sua explícita gratuidade.

A questão do lapso temporal é uma problemática intensa no presente tema, uma vez que, com a edição da Lei nº 13.165 (BRASIL, 2015), ficou estabelecido o início da propaganda eleitoral, inclusive pela internet, a partir de 15 de agosto do ano do pleito, regra que só existia através das Resoluções do TSE sobre eleições expedidas em todo pleito. Até esta previsão legal, não havia estabelecimento específico de início do prazo da realização da propaganda namodalidade internet.

Em razão da "brecha" legal existente antes da minirreforma eleitoral, havia uma discussão acerca da existência ou não de propaganda eleitoral antecipada pela internet, o que parece, a priori, ter sido sanado com a previsão do artigo 36-A na Lei das Eleições, dispondo que não é propaganda antecipada quando o pré-candidato ou alguma outra pessoa faz em meios de comunicação, na internet e outras formas de mídia, menção à pretensa candidatura ou exaltação às qualidades pessoais de pré-candidatos, desde que não haja pedido expresso de votos.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Ocorre que, conforme explanado anteriormente, a internet é um meio volátil de informações, onde pessoas podem passar anônimas em suas opiniões, onde a informação alcança milhares na "rapidez da luz" e eventuais notícias ou polêmicas falsas ganham contornos perenes em seus efeitos, logo vindo a questão: como controlar esse tipo de situação?

No atual momento, com as previsões legais acima expostas, parece ter havido um consenso noestabelecimento de prazo para efetivo início de propaganda eleitoral na internet, diluindo as dúvidas na questão do tempo e na aplicabilidade de vedações legais também para o uso da internet em sede de propaganda eleitoral, bem como se estabeleceu quais seriam as hipóteses de não configuração de propaganda eleitoral antecipada, sendo qualquer outra situação fora a descrição legal, passível de enquadramento na vedação da lei.

Outra questão é com relação à gratuidade, já que, legalmente, é proibida a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet, bem como a venda de cadastro de endereços eletrônicos, vedação que permanece mesmo com as recentes alterações na legislação eleitoral.

De maneira geral, identifica-se as vedações com relação aos custos de propaganda na internet.A primeira vedação existente inclusive para propagandas gratuitas, qual seja, a veiculação de propaganda eleitoral em sítios de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, e em sítios oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta daUnião, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, ainda que por meio apenas de Link de acesso.

É vedado o anonimato nesse tipo de propaganda, bem como a realização de cadastros ou acesso a cadastros públicos de pessoas para fins de envio de mensagens de cunho eleitoreiro, sendo ainda vedada a venda de cadastro de endereços eletrônicos (art. 57-E, § 1º, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997).

Sabe-se que grande parte do conteúdo explorado na internet é de acesso gratuito, porém, a identificação de eventuais pagamentos para que pessoas utilizem esse meio de comunicação para profissionalizar a propaganda eleitoral na rede mundial é de difícil prova e de identificação de autoria ainda pior.

Mas nem tudo são críticas, um grande ponto favorável à ampliação da possibilidade de uso dainternet para propaganda eleitoral é a difusão da informação de maneira mais ampla e com maior espaço a partidos pequenos e figuras sem grandes poderios econômicos aptos a financiar uma campanha eleitoral, tradicionalmente cara.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Com as recentes alterações legislativas em matéria eleitoral, viu-se cada vez menor o espaço conferido aos partidos menores e novos usufruírem a propaganda eleitoral gratuita, existindo, assim, espaço ilimitado e amplo da internet para compensar tais desigualdades e conferir voz às minorias sem representatividade nos espaços de poder, a par de todos os problemasacarretados por tal falta de limites na rede mundial, o que já vem sendo enfrentado pelo Judiciário, conforme será trabalhado no próximo tópico.

## 3.ANÁLISE DE JULGADOS DO TSE SOBRE PROPAGANDA ELEITORAL NAINTERNET ATRAVÉS DAS REDES SOCIAIS

Neste capítulo, superados os obstáculos tratados nos tópicos acima, bem como diante do panorama, cheio de "brechas legislativas" sobre o tema, passaremos a analisar alguns julgados verificados pelo Tribunal Superior Eleitoral nas duas últimas eleições ocorridas no País.

Uma primeira decisão que merece debate aconteceu no julgamento do Resp nº 7464, onde o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que manifestações políticas feitas pelo Twitter não podem ser denunciadas como propaganda eleitoral antecipada, debate que gerou grandepolêmica em razão dos parâmetros utilizados para sua conclusão.

O foco era acerca dos seguintes elementos: o Twitter como rede social aberta, onde mesmo pessoas não cadastradas como usuárias conseguem visualizar as mensagens, seria um mecanismo hábil para configuração da propaganda extemporânea, pois permite a difusão de informações em espaço aberto e amplo.

Em divergência, os Ministros abriram alguns fundamentos que devem ser levados em consideração quando da projeção do uso das redes sociais nas próximas eleições, invocando princípios constitucionais para embasar suas teses.

Defenderam que a Justiça Eleitoral e as regras de propaganda eleitoral não podem ferir ou atacar a livre manifestação do pensamento e a liberdade de expressão, bem como definiram que, mesmo que redes sociais, como o twitter, sejam abertas, as pessoas que o acessam tem a liberdade de aderir ou não à ideia da pessoa que está se manifestando através da internet, havendo ainda certa discricionariedade no acesso ao próprio conteúdo veiculado, diferente dasformas tradicionais de propaganda, como televisão e rádio.

Trecho importante do julgado definiu da seguinte forma o fundamento do não reconhecimento de propaganda extemporânea: "Entende, assim, que a noção de propaganda tradicionalmente adotada pela jurisprudência do TSE não se acomoda aos limites do Twitter, mesmo que algunsmilhares de destinatários possam ser alcançados".

Critério curioso foi utilizado pelos Tribunais Regionais Eleitorais que, antes da definição do assunto pelo TSE, analisavam a questão da propaganda antecipada do ponto de vista da insignificância medida através do número de "seguidores" da pessoa responsável por determinada postagem de cunho político, como no julgamento pelo TRE/MG da Representação nº 635948, concluída no Acórdão de 26/08/2010.

Posição contrária à assumida pelo TRE/RS, que analisando situação fática parecida, concluiu no julgamento pela "Irrelevância da questão atinente ao número de pessoas alcançadas pela divulgação ao efeito de desequilibrar o pleito." no momento de definir se havia ou não propaganda extemporânea. (Recurso Eleitoral nº 278847, Acórdão de 01/07/2010).

Em outro momento, durante o julgamento do Recurso na Representação nº 1825-24/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, em 15.3.2012, o TSE definiu que o twitter assemelha-se ao conceito de "sítios de mensagens instantâneas e assemelhados", previsto no art. 57-B, da Lei 9.504/97, havendo portanto possibilidade de exercício de direito de resposta sobre mensagens publicadas nesse veículo, dando maior importância e força para o alcance da rede, do que deu quando da análise da propaganda eleitoral antecipada.

O twitter é uma rede social conhecida por ser uma espécie de microblog, de fato, muito posicionada com relação à política de maneira geral, o que justifica a existência de diversas decisões sobre sua utilização, porém o TSE já se posicionou sobre outras redes sociais, comoo Facebook, famosa rede social conhecida por ser um conjunto de páginas pessoais com compartilhamento e publicações de maneira geral.

No julgamento do REspe nº 2949 de 05 de agosto de 2014, mais uma vez estava-se analisandoa questão da propaganda eleitoral antecipada, porém, executada, em tese, através do facebook.O TSE defendeu que ainda que seja necessário que a Justiça Eleitoral analise esse tipo de situação, essa atividade deve ser exercida com a menor interferência possível nos espaços de debate democrático da população.

Vê-se assim, que a Justiça Eleitoral age com cautela ao trabalhar os casos que envolvem o usoda internet e principalmente das redes sociais, uma vez que acaba vendo nesse tipo de meio decomunicação e difusão de informação, uma espécie de arena de debate, de manifestações individuais de cada membro da sociedade e que não pode ser tolhido de maneira injustificável.

## 4.CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Com a edição da Lei 13.165, tivemos traçados, com maior objetividade, os contornos da propaganda eleitoral na internet, seja no que toque ao seu período permissivo, seja no tocanteà sua gratuidade ou não. Porém, como a legislação foi editada no final de 2015, veremos sua prática, e problemáticas, apenas em breve.

Cumpre destacar, inicialmente, que alguns doutrinadores discutem sobre a incidência ou não da referida norma nas eleições de 2016, uma vez que entrou em vigor em dezembro de 2015, logo, após o prazo exigido pelo artigo 16 da Constituição Federal para normas que alterem as regras do pleito eleitoral e, sendo assim, a norma só valeria para as eleições de 2018. Há, contudo, os que defendem que a legislação, no tocante ao tema da propaganda eleitoral, não afeta em si o pleito eleitoral, razão pela qual seria aplicada sim, para as eleições de 2016, sem qualquer violação à norma constitucional.

Diante disso, verificou-se no capítulo anterior a preocupação que é identificada nos julgados sobre o tema, da Justiça Eleitoral em limitar ao máximo a possibilidade de interferência sobre a utilização das redes sociais para campanhas eleitorais, havendo duas problemáticas principais: a questão do lapso temporal de permissão, aparentemente resolvida com o estabelecimento de norma legal editada pela Lei nº 13.165 de 2015, seja em razão da gratuidade das redes, porém, riscos de gastos ilícitos com pessoas orientadas apenas para fins de uso desse meio para campanha, o que parece também regulamentado com a inclusão do crime de contratar direta ou indiretamente grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação, também editado pela minirreforma eleitoral de 2015.

Nessa questão das limitações, que demonstram a preocupação do TSE, pode ser visualizada uma orientação a ser seguida nas eleições de 2016 e próximos pleitos, extraída do julgamento do REspe nº 2949 de 05 de agosto de 2014 pelo TSE, que trata da interferência justificável da Justiça no uso das redes sociais para fins de campanha eleitoral: "(...) quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos". Assim, ofensas e pedidos explícitos de votos, fora do período eleitoral permitido pela lei, seriam as duas hipóteses que autorizariam a interferência do Judiciário, sendo que, a questão do pedido explícito acabou de ser regulamentada pela Lei nº 13.165 de 2015.

Identificada a preocupação com direitos subjetivos alheios, tal qual já demonstrado em diversos julgamentos famosos relacionados ao conflito entre dois direitos fundamentais, há o estabelecimento de uma limitação à liberdade de expressão e de comunicação em geral, consagrado na Constituição Federal, onde o limitador é a própria liberdade e dignidade de terceiros.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

As redes sociais e a internet, de maneira geral, surgem trazendo uma nova realidade no palco eleitoral, envolvendo, conforme visto acima, propaganda antecipada, difamação de candidatos, pirataria digital e até a prática de crimes como a contratação de pessoas exclusivamente para difundir propaganda nas redes sociais, temas com contornos já primariamente definidos pela legislação, porém de grande desafio prático para os operadores do direito e políticos.

Pensar nessa nova realidade é encarar que o próprio Direito Eleitoral foi construído com base em outros paradigmas e em uma realidade diferenciada, quebrada pela rede mundial de computadores e pela difusão da comunicação através das redes sociais.

A importância das redes sociais na sociedade contemporânea reside principalmente na ampliação de um espaço de debate que coaduna com os ideais de nosso Estado Democrático de Direito, através do exercício da liberdade de expressão e na livre manifestação do pensamento, havendo apenas a necessidade de interferência judicial quando da transposição dos limites, agora estabelecidos legalmente pela Lei nº 13.165, no âmbito da propaganda eleitoral e que ainda necessitam de atenção casuística para identificação ou não de abusos queacabem afetando o bom andamento das eleições e o exercício livre dos direitos políticos dispostos na Constituição Federal.

## 5.REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Augusto Lins da Costa. **A Propaganda Eleitoral na Interne**t. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3472/a-propaganda-eleitoral-na-internet> Acesso em 17 Set. 2015. Brasil.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. 9ª. Ed. Bahia: Juspodivm, 2015

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 Abr. 2016.

BRASIL. **Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em 04 Abr. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 19 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 04 Abr. 2016.

BRASIL. **Lei Nº 9.504 de 30 de Setembro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Lei Nº 14.034 de 29 de Setembro de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. **Lei Nº 13.165 de 29 de Setembro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. **Resolução TSE Nº 20.106, de 04 de Março de 1998**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>. Acesso em: 05 abr. 2016. BRASIL. **Resolução TSE n. 20.287, de 6 de agosto de 1998.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>. Acesso em: 04 abr. 2016.

BRASIL. **Resolução TSE Nº 20.562, de 02 de Março de 2000**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>. Acesso em: 04 abr. 2016.

BRASIL. **Resolução TSE Nº 20.988, de 21 de Fevereiro de 2000**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>. Acesso em: 04 abr. 2016.

CASTRO, Edson de Resende**. Curso de Direito Eleitoral**. 7ª Ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2014.

BRASIL**. Código Eleitoral Anotado e Legislação Complementar.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral-anotado/codigo-eleitoral> Acesso em 17 .Set. 2015. Brasil.

**Comissão de Ciência e Tecnologia Rejeita Novas Regras para Propaganda Eleitoral naInternet.**
Disponívelem:<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/politica/485565-comissao-de-ciencia-e-tecnologia-rejeita-novas-regras-para-propaganda-eleitoral-na-internet.html> Acesso em 22 Set. 2015. Brasil.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda Eleitoral.** 10ª Ed. Curitiba. Juruá, 2010.

COSTA, Renata. **Quando Começaram as Propaganda Políticas no Brasil?** Disponível em:http://revistaescola.abril.com.br/historia/fundamentos/quando-comecaram-propagandas- politicas-brasil-499085.shtml> Acesso em 04 Dez. 2015. Brasil.

**Facebook tem 89 Milhões de Usuários no Brasil**. Disponível em :<http://www.meioemensagem.com.br/home/midia/noticias/2014/08/22/Facebook-tem-89- milhoes-de-usuarios-no-Brasil.html > Acesso em 26 Set. 2015. Brasil.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LAINETI, Otiz Rafael. **Propaganda Eleitoral na Internet e o Papel das Redes Sociais.** Disponível em**:** <http://www.raadvogados.adv.br/blog/propaganda-eleitoral-na-internet-e-o-papel-das-redes-sociais> Acesso em 22 Set. 2015. Brasil.

MACEDO, Roberto Gondo. QUEIROZ, Adolpho Carlos Françoso. **A propagada Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: https://solpoliticos.files.wordpress.com/2010/03/propaganda-politica-nobrasilsolpoliticos.pdf. Acesso em 04 Dez. 2015. Brasil.

Links Patrocinados em Redes Sociais são Propaganda Eleitoral Paga**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-21/links-patrocinados-facebook-sao-propagandaeleitoralpaga > Acesso em 26 Set. 2015. Brasil.**

**Pela 1ª vez, acesso à internet chega a 50% das casas no Brasil, diz pesquisa**. Disponívelem:http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/09/pela-1-vez-acesso-internet-chega-50-das- casas-no-brasil-diz-pesquisa.html.> Acesso em 19 mar 2016. Brasil.

PINTO, Emmanuel Girão de Castro. **Aspectos Jurídicos da Propaganda Eleitoral na Internet**.Disponívelem:<http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed1/artigos/aspectos_juridicos_propaganda_eleitoral.pdf >. Acesso em 17 Set 2015. Brasil.

PIVA, Rodrigo. **A influência das Redes Sociais no Processo Eleitoral**. Disponível em:http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes/n-6-juldez-2014/integra/2014/11/a- influencia-das-redes-sociais-no-processo-eleitoral/index.html. Acesso em 17 Set. 2015. Brasil.

PORTIERI, Alexandre. **O Twitter na Justiça Eleitoral: A visão do TSE e dos TRE's Sobre Essa Nova Mídia Social.** Disponível em:<http://alexandrepontieri.jusbrasil.com.br/artigos/134137664/o-twitter-na-justica-eleitoral- a-visao-do-tse-e-dos-tre-s-sobre-essa-nova-midia-social> Acesso em 29 Abr 2016. Brasil.

Propaganda **Eleitoral.** Disponível em:< http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/propaganda-eleitoral> Acesso em 29 abr 2016. Brasil.

QUEIROZ, Adolpho Carlos Françoso. **As Mídias Sociais e os Desafios da Comunicação Digital em Rede**. Disponível em: <www.adolphoqueiroz.com.br/?p=208> Acesso em 04 Dez. 2015. Brasil.

QUEIROZ, Adolpho Carlos Françoso. **Marketing Político, História e Evolução no Brasil** Republicano. Disponível em: <www.adolphoqueiroz.com.br/?p=204> Acesso em 04 de Dez.2015. Brasil.

QUEIROZ, Adolpho Carlos Françoso. **Das Origens e Perspectivas Sobre o Marketing Político no Brasil**. Disponível em: <www.adolphoqueiroz.com.br/?p=160> Acesso em 04 de Dez. 2015. Brasil.

QUEIROZ, Adolpho Carlos Françoso. **Marketing Político e Mídias Sociais Avanços e Retrocessos**. Disponível em: <www.adolphoqueiroz.com.br/?p=177> Acesso em 04 Dez. 2015. Brasil.

**TSE Libera Propaganda Antecipada nas Redes Sociais**. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-09-13/tse-libera-propaganda-eleitoral-antecipada-nas-redes-sociais.html> Acesso em 26 Set. 2015. Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# FEMINICÍDIO E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

**JACIARA FERREIRA RODRIGUES**: Acadêmica de Direito na Universidade Brasil – Campus Fernandópolis

ALEXANDRE YURI KIATAQUI

(orientador)

**RESUMO**: O presente trabalho tem como objetivo discutir o crime de feminicídio, a violência de gênero, analisar a Lei 13.104 de 09 de março de 2015 e Lei 11.340/2006 no qual temo enfoque no feminicídio. Vendo os fundamentos e a aplicação da legislação penal para homens, namorados, maridos, companheiros que matam em razão do gênero. Foram apresentados também a relação da desigualdade de gênero e a violência contra a mulher, e como este assunto perdura com o passar dos séculos e é um assunto atual na realidade brasileira, fazendo-se necessária uma legislação adequadano sentido de prevenir, punir e erradicar esta violenta covardia da nossa sociedade.

**Palavras-chave:** Violência de gênero. Feminicídio. Mulher. Desigualdade de gênero.

**ABSTRACT**: This paper aims to discuss the crime of femicide, gender violence, analyze laws 13,104of March 9, 2015 and law 11,340/2006 which focuses on femicide. Seeing the fundamentals and application of criminal law for men, boyfriends, husbands, partnerswho kill because of their gender. The relationship between gender inequality and violence against women was also presented, and how this issue has persisted over the centuries and is a current issue in the Brazilian reality, requiring adequate legislation to prevent, punish and eradicate this violent cowardice of our society. However, this is not exactly how it happens, in certain cases, even with adulthood, children receive child support.

**Keywords:** Gender violence. Femicide. Woman. Gender inequality.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. VIOLÊNCIA DE GÊNERO. 3. FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. 3.1. Violência Sexual. 3.2. A Violência Psicológica e Moral. 3.3. Violência Patrimonial. 3.4. Violência Física. 4. FEMINICÍDIO: A RELAÇÃO ENTRE VIOLÊNCIA DE GÊNERO EVIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 4.1. A Lei Maria da Penha. 4.2. Feminicídio – Lei 13.104/2006. 5. A VIOLÊNCIA E O FEMINICÍDIO NO BRASIL. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

## 1.INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo abordar e gerar de forma sistematizada o feminicídio e a desigualdade de gênero, no que se trata do homicídio em desprezo a mulher em razão de ser do sexo feminino, em um cenário de violência familiar e doméstica. Ressalta que este trabalho surge diante de um cenário em que esta violência vem ao longo dos séculos, traumatizando e interrompendo vidas de mulheres que lutam por seus direitos.

No decorrer de décadas, a mulher conquistou seu espaço no mercado de trabalho, nos estudos e no meio político. Houve um avanço significativo no Código Civil Brasileiro e Código Penal Brasileiro. Reconhecendo a mulher como um indivíduo, com seus direitos previstos na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5°, que versa sobre o direito de igualdade entre homens e mulheres, brasileiros e estrangeiros.

O feminicídio praticado contra as mulheres se inicia com a desvalorização, humilhação e chantagem. Depois vem puxão de cabelo, um empurrão, e cada vez o ato aumenta, com tapas no rosto, socos, pontapés, surras, quebra de membros, o que pode gerar incapacitação da mulher ou ocasionar a maior consequência de todas: a morte.

A Lei n.º 11.340 de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, representa um marco na proteção aos direitos das mulheres, pois tem como premissa coibir e prevenir todas as formas de violência doméstica e familiar. No entanto, nos 6 primeiros meses de 2020 tiveram aumento no número de mulheres vítimas de violência doméstica no Brasil.

O estudo irá verificar a Lei 13.104/15 e os seus benefícios, de forma a protegerde maneira específica as mulheres da violência de gênero. Para tanto, serão abordados aspectos efetivos trazidos pela referida implementação legislativa, com especial enfoque na abrangência de sua aplicação.

## 2.VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Cinco Estados: São Paulo, Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro e Ceará, registraram juntos 409 feminicídios em 2021, ou seja, homicídios de mulheres cometidos em função da vítima ser do gênero feminino. A constatação é da Rede de Observatórios da Segurança, que monitora a violência nos Estados.

São Paulo teve aumento de 27% nos registros em relação ao ano de 2020 e chegou a 929 eventos monitorados: 157 feminicídios, 501 agressões e tentativas de feminicídios e 97 estupros.

Atrás de São Paulo vem o Rio de Janeiro. O Estado apresentou um crescimento de 18% nos registros em 1 ano. Foram 375 casos de feminicídio e violência contra a mulher com 456 tipos de violência (um único evento pode ter mais de um tipo de violência).

Pernambuco vem em sequência, com 311 registros de crimes contra mulheres. Segundo a Rede de Observatórios, é o Estado do Nordeste com o maior número de casos e o segundo entre os 5 Estados em feminicídios, com 91 registros.

Na Bahia, acontece um caso de violência contra a mulher a cada dois dias. No entanto, houve queda de 31% nos registros da Rede. "Porém, quando analisamosos tipos de violência sofridas por essas vítimas, podemos ver que não há grande variação quando se trata de feminicídio: foi de 70 em 2020 para 66 casos em 2021", diz o levantamento.

Já o Ceará apresentou queda de 20% nos casos de violência contra a mulher. Foram registrados 160 casos de violência no ano de 2021.

A distinção existente entre homens e mulheres é cultural, propagada no decorrer dos anos mesmo como toda a evolução da civilização humana. Em algumasculturas a mulher é considerada divina, mas de uma forma geral constata-se que é comum em sua maioria, o tratamento como um ser inferior.

Não são somente as características que tornam cada ser humano diferente, acultura social machista propõe que a mulher é diferente apenas por fazer parte dessegênero, ultrapassando os limites biológicos, chegando à desvalorização do gênero emsi.

A violência de gênero exprime a propagação de uma cultura patriarcal, aparentemente longe de terminar, uma vez que mesmo com toda independência quea mulher conquistou, ainda é "objeto" social de dominação.

A violência de gênero, em um entendimento precípuo, reflete qualquer ato violento praticado em razão do sexo de uma pessoa, seja homem ou mulher. Contudo, no que diz respeito a mulher, essa violência é muito mais notável. A figura feminina é violentada apenas por pertencer a esse gênero, não se pode generalizar, mas é fato que se torna quase impossível tomar conhecimento de que alguém tenha sido agredido por ser homem.

## 3.FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Não é novidade que em âmbito internacional, as culturas patriarcais mantêmem comum, comportamentos que desmerecem a figura feminina. A violência de gênero de forma clara, é em geral praticada contra a mulher, apenas por pertencer aosexo feminino.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A violência contra a mulher de forma específica – mas que acontece, em regra geral, contra qualquer indivíduo – pode ser definida como atos propagados contra indivíduo do sexo feminino que lhe violam a integridade psicológica, moral, sexual, física, patrimonial e em estágio mais gravoso, à morte.

A conduta violenta contra a mulher pode ser omissiva ou comissiva, em que se constata a ocorrência de agressão, discriminação, coerção, que levam a danos fisiológicos, emocionais, psicológicos, patrimoniais, entre outros, podendo ocorrer emlocais públicos ou privados.

Em uma análise sociológica, percebe-se que a violência contra a mulher foi legitimada principalmente no ambiente familiar, onde os números mostram a ocorrência e lamentavelmente, sua recorrência.

No capítulo seguinte, será abordado os tipos mais recorrentes de violência contra a mulher. Ela ocorre de forma física, psicológia ou moral.

## 3.1 VIOLÊNCIA SEXUAL

A violência contra a mulher na esfera sexual pode ser compreendida como um ato violento silencioso, já que muitas vezes não deixa sequer vestígios e, a vítima carrega consigo a "vergonha" de ter passado por essa situação.

Não são desconhecidas as sociedades que cultivam a cultura de promoção ao estupro, onde a violência sexual é "autorizada". A exemplo disso, existe relatos de duas irmãs na índia "condenadas" ao estupro coletivo, por seu irmão ter se relacionadoe "fugido" com uma mulher casada de casta superior.

A ocorrência do estupro é situação que coloca temor em toda a sociedade, mas, no que se refere a mulher tem proporções ainda maiores. A mulher, infelizmente, é "culpabilizada" por ser vítima. Julgam-se seus comportamentos, suas vestimentas, olocal em que estava. Muitas mulheres deixam de sair, de fazer o que desejam, por medo de que ocorram situações como essa.

## 3.2 A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA E MORAL

As formas como ocorrem a violência psicológica e moral ainda não são totalmente compreendidas, inclusive é notório que as "doenças" voltadas a essa, ainda são relativizadas. Contudo, é certo o entendimento que a violação a integridade psicológica e moral traz efeitos, muitas vezes, maiores dos que os que ocorrem na esfera física.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Essa conclusão tem fundamento mais sólido quando se percebe que a culturada sociedade – em grande parte – ainda é machista. Julgando como errada a mulher requerer os direitos e igualdade que lhe é assegurada. Bem como, a forma como secomporta, fala, anda, se veste. Como se esses itens fossem requisitos autorizadores da violência.

É nesse campo que se pode compreender a ocorrência de violência psicológica e moral desde a concepção, por exemplo, quando um pai rejeita o filho por nascer mulher. Quando o marido, após o casamento, revela-se possessivo e agressor em seu tratamento com a esposa, fazendo com que ela acredite ter sua existência dependente dele.

## 3. 3 VIOLÊNCIA PATRIMONIAL

Aponta-se como violência patrimonial os casos em que as mulheres são submetidas a situações de assaltos, sequestros e meios criminosos.

A Lei Maria da Penha no seu artigo 7°, IV, estabelece a violência patrimonial sendo: condutas que configure destruição parcial ou total de objetos da mulher, subtração, retenção de documentos pessoais, recursos econômicos, valores e instrumentos de trabalho.

No âmbito doméstico, como noticiados nos relatos de maridos que "vivem às custas" da esposa, violentando sua integridade psicológica, fazendo com que elas se vejam como dependentes dos mesmos, na tentativa de mascarar a realidade.

## 3.4 VIOLÊNCIA FÍSICA

A violência física deixa vestígios. É o comportamento mais comum a ser notado e também aquele tido como normal, uma vez que se justifica que todo mundojá ultrapassou seus limites e surtou alguma vez na vida.

Prevista também no Código Penal, porém de forma genérica, a violência físicaé tipificada penalmente a partir do artigo 129, que prevê a ocorrência e sanção da lesão corporal.

A respeito da violência física, o números de casos de que mulheres são agredidas são exorbitantes, principalmente em âmbito familiar. Agressões essas, que muitas vezes, terminam com a ocorrência de feminicídio, em que após tantos atos físicos violentos, a vítima acaba por perder sua vida.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

## 4.FEMINICÍDIO: A RELAÇÃO ENTRE VIOLÊNCIA DE GÊNERO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

### 4.1 A LEI MARIA DA PENHA

A Constituição Federal de 1988 é reconhecida como sendo uma carta cidadã. Ela consolidou no cenário jurídico brasileiro, proteção aos direitos considerados fundamentais e essenciais a vida humana, priorizando a proteção e dignidade.

Contudo, apesar de todas as previsões protetivas e igualitárias em relação a mulher, essa ainda continua sendo vítima de violência e desigualdade social. Atos violadores, praticados e mantidos culturalmente, principalmente no seio familiar, sem instrumentos que tenham a devida efetividade para sua diminuição.

A Lei 11.340/200645, conhecida como Lei Maria da Penha, foi promulgada nesse contexto de acalorados debates, objetivando a criação de formas legais que possam punir, coibir ou, ao menos, prevenir a violência contra a mulher, uma vez que os casos se arrastavam por anos sem solução prática.

Até a promulgação da lei em comento, o caminho foi árduo, marcado por manifestações dos movimentos ligados a confecção dos projetos de leis que visavam instituir esse mecanismo, até o posicionamento direto da Corte Internacional de Direitos Humanos.

De fato, Maria da Penha Maia Fernandes representa as inúmeras vítimas que foram e são todos os dias, tratadas como culpadas por uma sociedade com raízes extremamente machistas, que não se conforma com o espaço e notoriedade que uma mulher pode ter, indivíduo de vontades, força, garra e determinação. Sociedade esta, que ainda vê a mulher como um objeto.

### 4.2 FEMINICÍO – LEI 13.104/2006

Feminicídio, termo utilizado para fazer referência a morte de mulheres. Qualificadora agregada ao Código Penal para alterar o rol de homicídios qualificados. Em resumo, morte em razão do gênero. Em razão  de ser mulher.

A Lei 13.104/2015 conhecida como Lei do Feminicídio alterou disposição do artigo 121, § 2º, VI do Código Penal, para determinar agravante para o crime de homicídio com base no gênero biológico da vítima.

O feminicídio é o ápice da violação do direito fundamental à vida, praticado contra uma mulher que, na história da sociedade,  é vista como “sexo frágil”.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A Lei 13.104/201557 entrou em vigor em março de 2015, prevendo ainda causas de aumento de pena para o crime contra vida, consumado. Esse tipo penal surgiu do clamor social, por maior eficácia na punição dos agressores e homicidas demulheres.

Pela literalidade da lei, apenas a mulher, no sentido genérico, pode ser sujeito passivo de tal infração penal. Na hipótese de um transexual ou travesti, mesmo que este tivesse alterado fisicamente seu sexo, por meio de cirurgia, continuariam a ser, em seus genes, homens, o que afastaria a aplicação da Lei Maria da Penha, em sede de direito penal, analogia ´´in malam partem´´.

Percebe-se que, em razão da alteração do registro civil de homem para mulher, o homem passa a ser considerado, no mundo jurídico, como uma mulher, de modo que, ´´in caso´´, se torna juridicamente possível que o transexual seja tido como sujeito passivo de quaisquer das condutas descritas na Lei Maria da Penha, bem como seja vítima do feminicídio previsto no art. 121, § 2.º, VI, do CP.

Recentemente, em 06/04/2022 a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu que casos de violência doméstica ou familiar contra transexuais também se aplica a Lei Maria da Penha. Considerando que para a incidência da Lei, a mulher trans também é uma mulher, nos termos do artigo 22 da lei 11.340/2006, após o aumento do número de casos de violência contra os transexuais.

## 5.A VIOLÊNCIA E O FEMINICÍDIO NO BRASIL

A violência contra mulher está longe de ser uma realidade erradicada, ao contrário, sobram leis e faltam medidas efetivas que possam mudar esse triste e infelizcenário: em que pessoas tem sua integridade e seus direitos violados apenas por pertencerem a um gênero “desigual”.

Mesmo com o advento de leis, que regulamentam a violência contra as mulheres, todos os dias é possível encontrar notícias de mulheres que são vítimas.

As vítimas de feminicídio são as mesmas que sofrem anos com a violência doméstica. Muitas delas, cansadas com a situação, relatam às autoridades e pedem medidas protetivas, mas ainda assim, seus agressores continuam impunes, causando mais medo e insegurança.

O Brasil ocupa 5ª posição no ranking de país com maiores números de mortede mulheres, conforme aponta o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). O país perde apenas para países como El Salvador, Colômbia,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Guatemala e Rússia, em casos de homicídios de mulheres, com números48 vezes maiores que o Reino Unido.

Após a promulgação da Lei do Feminicídio, os casos de violência contra a mulher dispararam. Em muitos, a vítima já havia denunciado, mas o agressor continuouimpune.

As mortes em razão da violência de gênero não é algo restrito ao Brasil, o que retrata a continuidade de culturas machistas em todo o mundo, cenários que colocam a mulher em situação de desigualdade e inferioridade, que a estabelece como objeto e propriedade dos homens.

## 6.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme tratado neste artigo, a situação de desigualdade e violência de gênero propriamente dita, coloca a mulher em posição de inferioridade desde sua existência e, mesmo com todo o avanço existente nos dispositivos legais parapositivação de seus direitos e a proteção de sua integridade, as notícias diárias mostram que a lei apesar de "bela" na teoria, carece de eficácia na prática.

A sociedade ainda culpa a mulher pelo mal que lhe sobrevém. Não são raros os relatos de vítimas que ao denunciar uma agressão foram questionadas: "qual roupa você estava usando? Onde você estava? Em briga de marido e mulher não se mete a colher!". E por conta dessa infeliz cultura de culpabilização, muitas deixam de denunciar e sofrem caladas, ou mortas após várias denuncias.

Infelizmente, como um sujeito de direitos, a mulher ainda é extremamente relativizada. Após a promulgação da Lei Maria da Penha, pôde-se constatar que falta efetividade nos mecanismos de coibição, prevenção e punição quanto a violência contra mulher.

Nessa luta por justiça de gênero, a criminalização do feminicídio, além de umcaráter simbólico das normas jurídicas, é importante como um dos meios para garantira efetivação da igualdade de gêneros e no mínimo, dignidade humana.

Assim, a legislação específica implica na luta pela erradicação da violência contra a mulher e na inserção do Feminicídio como uma política de Estado, pois a morte de mulheres, decorrente da discriminação e violência de gênero, ultraja a consolidação dos direitos humanos.

Por fim, compreende-se que é necessário uma mudança de conceitos e forma de tratamento, apesar da Lei disciplinar que todos são iguais sem distinção de raça, cor, sexo,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1098 de 25/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

religião e outros fatores, a mulher continua sendo tratada em posição de desigualdade, violando previsão de direito fundamental da Constituição Federal.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACAYABA, Cinthia. Informação postada no site **Globo G1**, em 29 de abril de 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/04/29/casos-de-feminicidio-aumentam-76percent-no-1o-trimestre-de-2019-em-sp-numero-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-cai.ghtml. Acesso em: 9 de nov. de 2021.

BEZERRA, Juliana. Lei Maria da Penha. Informação postada no site **Toda Matéria.** Disponível em: https://www.todamateria.com.br/lei-maria-da-penha/. Acesso em: 9 denov. de 2021.

BRASIL**.** (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 8 de nov. de 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara aprova aumento de pena para feminicídio. Informação postada no site **Câmara.leg,** em 28 de novembro de 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/548778-camara-aprova-aumento-de-pena-para-feminicidio/. Acesso em: 7 de nov de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Formas de violência contra a mulher. Informação postada no hiperlink Programas e ações: Lei Maria da Penha, no site do **CNJ**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/lei-maria-da- penha/formas-de-violencia. Acesso em: 7 de nov de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Lei Maria da Penha. Informação postada no site **CNJ.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/lei-maria-da-penha/ Acesso em: 9 de nov. de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponívelem: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 8 de nov. de 2021.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, 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 deViolência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, oCódigo Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 10 de nov. de 2021.

BRASIL**. Lei n. 13.104, de 9 de março 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm#art1. Acesso em: 10 de nov de 2021.

CABELEIREIRA é morta pelo ex-marido com sete tiros dentro de salão de beleza emMinas Gerais. Informação postada no site **O GLOBO**, no hiperlink Brasil, em 21 jan. 2010, Minas Gerais. Disponível em: http://oglobo.globo.com/brasil/cabeleireira-morta-pelo-ex-marido-com-sete-tiros-dentro-de-salao-de-beleza-em-minas-gerais-3065361. Acesso em: 9 de nov. de 2021.

CALAZANS, Myllena. **O processo de criação, aprovação e implementação da LeiMaria da Penha** *in* CAMPOS, Carmen Hein de (org.) Lei Maria da Penha comentadaem uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Amini Haddad e CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos humanos das mulheres**. Curitiba: Juruá, 2007.

CONEGERO, Daniel. O Que Significa a Lei do Levirato?. Informação postada no site**Estilo adoração.** Disponível em: https://estiloadoracao.com/lei-do-levirato/. Acesso em: 7 de nov. de 2021.

CUNHA, Carolina. **Direitos femininos**: uma luta por igualdade e direitos civis.Informação postada no site **UOL**. Disponível em:http://vestibular.uol.com.br/resumo- das-disciplinas/atualidades/direitos-femininos-uma-luta-por-igualdade-e-direitos- civis.htm. Acesso em: 8 de nov. de 2021.

CUNHA, Carolina. Feminicídio - Brasil é o 5º país em morte violentas de mulheres nomundo. Informação postada no site **Vestibular** Uol. Disponível em: https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/feminicidio-brasil-e- o-5-pais-em-morte-violentas-de-mulheres-no-mundo.htm?. Acesso em: 10 de nov. de2021.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça:** a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARCEL, Fernando. Vizinhos chamaram polícia oito vezes antes de mulher ser mortapor marido no PR. Informação postada no site **Paraná Portal UOL,** no hiperlinkcidades, em 15 mar. 2019, Curitiba – PR. Disponível em: https://paranaportal.uol.com.br/cidades/vizinhos-chamaram-policia-oito-vezes-antes-de-mulher-ser-morta-por-marido-no-pr/>. Acesso em: 11 de nov. de 2021.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Violência sexual.** Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-sexual

PEREIRA, Rogério da Cunha. O que é violência patrimonial contra a mulher?Disponível em: https://www.rodrigodacunha.adv.br/o-que-e-violencia-patrimonial- contra-mulher/. Acesso em: 11 de nov. de 2021.