

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1178

(Ano XV)

(25/11/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

QR Code do Volume 1178



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

**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1178 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 667 *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



#### **Nova lei de licitações, marketplace público, o rei, Caetano e outras reflexões**

*Jandeson da Costa Barbosa, 10.*

### ARTIGOS

#### **Precisamos retirar as perdas de energia da base de cálculo do ICMS.**

*Joao Vitor Rossi, 32.*

#### **Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica**

*Eduardo Felipe Furukawa, 35.*

#### **O direito fundamental à busca da identidade Genética no âmbito da inseminação artificial heteróloga**

*Larissa Romero de Souza, 42.*

#### **Aspectos práticos da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil Nos Juizados Especiais Cíveis**

*Stebbin Athaides Roberto da Silva, 109.*

#### **Contrato de namoro e sua (in)validade no ordenamento jurídico brasileiro**

*Victor Cypriano Correa, 128.*

#### **Aspectos relevantes da responsabilidade civil do Estado**

*Haroldo Jose Cruz de Souza Junior, 137.*

#### **Mediação e conciliação como alternativa para proteger os direitos de crianças e adolescentes envolvidos em conflitos familiares**

*Ana Karolayne Silva Firmo, 149*

#### **A usucapião no direito brasileiro**

*Gabriel Cardoso Lopes, 193.*

#### **Violência doméstica no meio evangélico**

*Camila da Silva Rodrigues de Souza, 217.*

#### **As problemáticas enfrentadas pela mulher vítima de crimes sexuais**

*Juliana Santini, 245.*

#### **A extensão do direito à educação no combate e prevenção à criminalidade no Brasil**

*Dimaikon Dellon Silva do Nascimento, 258.*

**Cooperação jurídica internacional em material criminal entre Brasil e EUA: Uma análise acerca da Ação Declaratória de Constitucionalidade 51**

*Leonardo Gelatti Backes, 265.*

**O Governo pela lei penal proibitiva: uma análise crítica da construção histórica do jus puniendi estatal e da apropriação da justiça pelo Estado Moderno**

*Leticia Vilela Locateli, 294.*

**Posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre as alterações na lei de improbidade administrativa.**

*Diogo Barros Torres de Oliveira, 305.*

**Da (im)possibilidade de aplicação das imunidades absolutas e relativas aos crimes contra o patrimônio cometidos no contexto da Lei Maria da Penha**

*Rodrigo de Souza, 314.*

**Execução provisória da pena - panorama jurisprudencial**

*Leticia Ribeiro Pires, 322.*

**O papel do Estado na tutela jurídica ao projeto de vida como um bem jurídico autônomo: uma abordagem dos precedentes nacionais e internacionais**

*Natalia das Águas Costa de Jesus, 330.*

**A jurisdição penal e o procedimento sumaríssimo**

*Stebbin Athaides Roberto da Silva, 337.*

**Dever constitucional de proteção do consumidor superendividado: questões jurídicas controvertidas sobre a Lei 14.181/2021 e o Decreto N. 11.150/2022**

*Leticia Vilela Locateli, 357.*

**Beijo lascivo enquadrado em crime de estupro – análise sob o entendimento jurisprudencial à luz dos princípios da proporcionalidade, ofensividade e razoabilidade**

*Larissa Sadi Ali de Vasconcelos, 377.*

**Processo estrutural**

*Diogo Barros Torres de Oliveira, 398.*

**Alienação Parental**

*Heitor Yoshida Martins, 404.*

**A influência da jurisprudência na aceitação do canabidiol para fins terapêuticos no Brasil**

*Natalia das Águas Costa de Jesus, 421.*

**A desapropriação no ordenamento jurídico pátrio com ênfase na jurisprudência dos tribunais superiores**

*Gabriel Cardoso Lopes, 428.*

**Psicopatia e imputabilidade penal: um enfoque jurídico-criminal à luz do ordenamento brasileiro**

*Sabrina Pereira de Lima, 454.*

**Direito de Arrependimento do Consumidor: Reflexão das Normas CDC e Resolução n° 400 da ANAC**

*Matheus Domingos Vieira Silva, 469.*

**O Superior Tribunal de Justiça e a irrevogabilidade da adoção: uma análise sobre a sua excepcionalidade**

*Renata Corrêa da Silva, 481.*

**O direito de acesso à justiça e o papel da Defensoria Pública na efetivação da assistência jurídica gratuita**

*Stebbin Athaides Roberto da Silva, 506.*

**As ações eleitorais brasileiras e suas nuances**

*Gabriel Cardoso Lopes, 524.*

**A reiteração das jornadas exaustivas de trabalho e o conseqüente reconhecimento da condição análoga à escravidão**

*Mariana Leticia Pereira Barbosa, 551.*

**Do fenômeno do “simultaneus processus”**

*Diogo Barros Torres de Oliveira, 567.*

**Justiça penal consensual**

*Karolyne Colino Santana, 574.*

**Os impactos do Processo Judicial Eletrônico no acesso à justiça sob o olhar da vulnerabilidade digital**

*Amanda Caroline Soares, 583.*

**Sentenças/decisões manipulativas (intermediárias ou normativas) e sentenças transitivas (ou transacionais)**

*Diogo Barros Torres de Oliveira, 591.*

**Acordo de não persecução penal: histórico, regulamentação, jurisprudência e atuação ministerial**

*Letícia Ribeiro Pires, 599.*

**A criação dos Juizados Especiais como forma de acesso à justiça formal à população hipossuficiente**

*Michelle Fernanda Santos de Almeida, 610.*

**Menores infratores: estatuto da criança e do adolescente, e a relação dos direitos humanos à aplicabilidade das medidas socioeducativas**

*Larissa Romero de Souza, 626.*

**Ética e Direito na visão de Immanuel Kant**

*Karolyne Colino Santana, 644.*

**A Holding Familiar Frente à Nova Reforma Tributária: Perspectivas e Desafios**

*Igor Bortoluzzi Flores, 651.*

**O fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) na jurisprudência dos tribunais superiores**

*Gabriel Cardoso Lopes, 654.*

## NOVA LEI DE LICITAÇÕES, *MARKETPLACE* PÚBLICO, O REI, CAETANO E OUTRAS REFLEXÕES

### **JANDESON DA COSTA BARBOSA:**

Mestre em Direito e Políticas Públicas. Especialista em Direito Público. Servidor membro da Consultoria Jurídica do TCU. Escritor de obras e artigos jurídicos. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas, do UniCeub. Professor de Licitações e Contratos. Advogado.

*É um desmascarar*

*Singelo grito*

*O rei está nu, mas eu desperto porque tudo cala frente ao fato de que o rei é mais bonito nu.*

*(O estrangeiro – Caetano Veloso)<sup>1</sup>*

Narra o clássico conto de Hans Christian Andersen<sup>2</sup> que havia um rei muito vaidoso, cujo único interesse era desfilar com roupas belas, luxuosas e caras. Certo dia, dois pilantras chegaram ao Reino e ouviram falar da fraqueza do rei. Apressaram-se a se apresentar como dois especialíssimos alfaiates que confeccionavam roupas únicas: o tecido não podia ser visto por pessoas tolas ou que ocupassem um cargo sem merecê-lo.

O rei tratou de encomendar logo seus novos trajes: “Agora sim eu vou desmascarar os tolos e incompetentes desta corte”, pensou o monarca. Logo os trapaceiros se puseram a fingir que estavam confeccionando tais roupas e, quando estas ficaram “prontas”, o rei rapidamente pôs-se a “vesti-las”. A essa altura, toda a cidade já aguardava para avistar o rei em seus novos trajes tão especiais.

E o rei, bem, justo o rei não poderia dizer que nada via, pois, no fim das contas, quem seria mais sábio ou competente do que ele? Pôs-se a desfilar com as “roupas” pela cidade. O primeiro-ministro, os aristocratas, os guardas, todos bradavam a elegância

---

<sup>1</sup> VELOSO, Caetano. **O Estrangeiro**. *In*: Estrangeiro. Rio de Janeiro: Philips, 1989. Faixa 1. Disco de vinil.

<sup>2</sup> ANDERSEN, Hans Christian. **A roupa nova do imperador**. *In*: SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Educação. Ler e escrever: livro de textos do aluno / Secretaria da Educação, Fundação para o Desenvolvimento da Educação; seleção dos textos, Claudia Rosenberg Aratangy. 3. ed. São Paulo: FDE, 2010.



de suas novas roupas. “Que luxo!”, exclamavam os súditos nas ruas. Afinal, ninguém se julga tolo ou muito menos incompetente. Tudo corria bem até que uma criança começa a rir insistentemente: “O que tem tanta graça, garoto?”. De repente, um grito do infante abriu a visão cognitiva de todos: “O rei está nu!”.

## 1. O rei está nu

Noutro artigo discorreremos sobre os desafios que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA) distribui “a todos: acadêmicos, administradores e servidores públicos, juristas, agentes do mercado, agentes dos órgãos de controle”, que “consiste no esforço de procurar esmiuçar e colocar em prática as potencialidades hermenêuticas do seu texto, de modo a se promover a inovação, a eficiência e a eficácia”.<sup>3</sup>

Nós, afiliados ao sistema jurídico romano-germânico, sempre esperamos da lei, do diploma legal, a solução para todos os problemas. Não foi diferente com a NLLCA. É de conhecimento geral que tínhamos até então um regime legal de licitações e contratos (Lei 8.666/1993) obsoleto, arcaico, que desenhava um arquétipo jurídico que impunha, por vezes, o atraso ao serviço público. Contudo, não eram muitos os que se preocupavam com tal fato, afinal, “uma nova lei está por vir”. E ela veio, mas, pasmem-se, não revolveu os problemas do mundo – nem das licitações públicas brasileiras.

É verdade que muitos avanços do ponto de vista da governança e da inovação foram promovidos sobretudo pelas famosas instruções normativas do Ministério do Planejamento (e todos os nomes que o órgão teve desde 1993), mas é difícil colocar “remendo novo em vestes velhas”. Além disso, as instruções tinham, em regra, observância obrigatória apenas ao Poder Executivo da União, deixando de fora os demais Poderes e unidades federativas. Tais experiências, contudo, serviram de esboço para muitos dos avanços promovidos pela NLLCA. Mas precisamos de mais.

Se o nobre leitor chegou até aqui, naturalmente está se perguntando se este autor não vai comentar a respeito do conto e da música acima transcritos. Vamos a eles, ou melhor, desafio-o a encontrar o nexos entre tais referências e os trechos legais abaixo.

---

<sup>3</sup> BARBOSA, Janderson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. MACIEL, Francismary Souza Pimenta. **Aspectos hermenêuticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Revista do Tribunal de Contas da União. Edição 147, 2021. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1695>>. Acesso em: 12 set 2023.

Decreto nº 2.926/1862 (Império):

Art. 1º Logo que o Governo resolva mandar fazer por contracto qualquer fornecimento, construcção ou concertos de obras cujas despesas corraõ por conta do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, o Presidente da junta, perante a qual tiver de proceder-se á arremataçãõ, fará publicar annuncios, convidando concurrentes, e fixará, segundo a importancia da mesma arremataçãõ, o prazo de quinze dias a seis mezes para a apresentaçãõ das propostas.<sup>4</sup>

Decreto nº 4.536/1922 (República Velha):

Art. 50. A concorrência publica far-se-á por meio de publicação no Diario Official, ou nos jornaes officiaes dos Estados, das condições a serem estipuladas e com a indicação das autoridades encarregadas da adjudicação, do dia, hora e logar desta.

Art. 51. § 3º As propostas serão entregues lacradas, abertas e lidas deante de todos os concurrentes que se apresentarem para assistir a essa formalidade. Cada um rubricará a de todos os outros e antes de qualquer decisão serão publicadas na integra.<sup>5</sup>

Decreto-Lei nº 200/1967 (Regime Militar):

Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação.

Art. 129. A publicidade das licitações será assegurada

I - No caso de concorrência, mediante publicação, em órgão oficial e na imprensa diária, com antecedência mínima de trinta dias, de notícia resumida de sua abertura, com indicação do local em que os

---

4 BRASIL. **Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862.** Coleção de Leis do Império do Brasil - 1862, Página 126 Vol. 1 pt. II (Publicação Original).

5 BRASIL. **Decreto nº 4.536, de 28 janeiro de 1922.** Coleção de Leis do Brasil - 1922, Página 62 Vol. 1 (Publicação Original).

interessados poderão obter o edital e tôdas as informações necessárias.

II - No caso de tomada de preços, mediante afixação de edital, com antecedência mínima de quinze dias, em local acessível aos interessados e comunicação às entidades de classe, que os representem.

Parágrafo único. A Administração poderá utilizar outros meios de informação ao seu alcance para maior divulgação das licitações, com o objetivo de ampliar a área de competição.<sup>6</sup>

Lei nº 8.666/1993 (Nova República):

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 15. § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:  
I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;  
II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;  
III - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material.

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências e tomadas de preços, embora realizadas no local da repartição

---

<sup>6</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 27 de junho de 1967**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1967 (Publicação Original).

interessada, deverão ser publicados com antecedência, durante 3 (três) dias consecutivos, obrigatória e contemporaneamente: [...]<sup>7</sup>

Lei nº 14.133/2023 (NLLCA):

Art. 40. § 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;

III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação.<sup>8</sup>

O que todos esses trechos – do Brasil Império à NLLCA – têm em comum?

O modelo direcional de contratação pública: a Administração publica um edital ou instrumento qualquer de chamamento descrevendo minuciosamente o que pretende adquirir e os fornecedores enviam propostas dos seus produtos.

---

7 BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1993 (Publicação Original).

8 BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2023**. Com alterações posteriores. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm)>. Acesso em: 14 set 2023.

O Império publicava *anuncios*, a República Velha o fazia por meio de *Diário Oficial* ou *jornais oficiais*, o Regime Militar, no *órgão oficial* e na *imprensa diária*, a Nova República realizava a publicação dos *resumos dos editais* na imprensa oficial e em jornal de grande circulação (a Lei do Pregão não mudou, nesse aspecto, muita coisa), e enviava suas *cartas-convite*. Por fim, a NLLCA determina a publicação de editais no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e... em diário oficial e jornal de grande circulação.

Mas você, nobre leitor, pode se insurgir lembrando das dispensas de licitação em razão do valor. Nesse particular, tivemos a regulamentação do Executivo federal transformando-as em *um mini-pregão*. Tem até nome próprio: Dispensa Eletrônica. E a notícia foi dando como se isso fosse uma coisa boa! Vejamos trecho da Instrução Normativa Seges/ME nº 67/2021:

Art. 6º O órgão ou entidade deverá inserir no sistema as seguintes informações para a realização do procedimento de contratação:

I - a especificação do objeto a ser adquirido ou contratado;

II - as quantidades e o preço estimado de cada item, nos termos do disposto no inciso II do art. 5º, observada a respectiva unidade de fornecimento;

III - o local e o prazo de entrega do bem, prestação do serviço ou realização da obra;

IV - o intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta;

V - a observância das disposições previstas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

VI - as condições da contratação e as sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

VII - a data e o horário de sua realização, respeitado o horário comercial, e o endereço eletrônico onde ocorrerá o procedimento.

Parágrafo único. Em todas as hipóteses estabelecidas no art. 4º, o prazo fixado para abertura do procedimento e envio de lances, de que trata o Capítulo III, não será inferior a 3 (três) dias úteis, contados da data de divulgação do aviso de contratação direta.<sup>9</sup>

É com a devida vênia, e prestando o mais absoluto respeito e gratidão aos responsáveis pela implantação narrada – e reconhecendo os incontáveis desafios pelos quais passa o servidor público que tente inovar, bem como os ganhos em relação às ferramentas anteriores – que tecemos as críticas a seguir. Mas é como se tivesse sido realizado um investimento pesado em um aplicativo para utilização de táxi na era... do *uber*, *99*, etc. Uma lei nova, um regulamento novo, um sistema novo para um modelo velho.

E o que tudo isso tem em comum? O aspecto direcional: a Administração publica um ato de chamamento com a descrição pormenorizada do que pretende adquirir, após um custoso e laborioso procedimento preparatório, para comprar bens padronizados. É a Administração quem descreve o objeto e direciona sua vontade de contratar ao mercado, que responde por meio de propostas. Aí começa a miscelânea de problemas que já conhecemos: é fornecedor tentando encaixar à força produto ruim à especificação, é a Administração descobrindo que não especificou com a precisão adequada o objeto... tudo isso para comprar bens simplórios.

E aqui o leitor já percebeu que nos referimos apenas às compras de bens comuns adquiridos em pequenas ou médias quantidades, não abarcando serviços, obras, bens especiais ou mesmos grandes compras de bens comuns. Não é pertinente um paralelo a todo instante com a iniciativa privada, mas, nesse caso, é necessário: qual empresa faria isso? Existe um ganho do ponto de vista da concretização de direitos fundamentais ou de execução de políticas públicas que justifique isso?

Alguém poderia perquirir: qual o problema desse (custoso) modelo? A Administração Pública existe para custar pouco? Não! A Administração existe para concretizar direitos fundamentais.<sup>10</sup> E tal modelo traz prejuízos diretos: a utilização de

---

9 BRASIL. Ministério da Economia. **Instrução Normativa Seges/ME nº 67/2021**. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-67-de-8-de-julho-de-2021>>. Acesso em: 14 set 2023.

10 Ver: DEZAN, Sandro Lúcio. & CUNHA, R. A. V. (2017). **O substancialismo jurídico na administração pública concretista de direitos fundamentais: a juridicidade administrativa como instrumento de justiça constitucional**. Revista Justiça Do Direito, 31(2), 304-328. Disponível em: <<https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.6974>>. Acesso em: 10 set 2023.

servidores públicos que poderiam ser alocados em atividades-fim a implementar tais direitos, a utilização de recursos financeiros que igualmente poderiam ser alocados no atendimento direto à população. E o principal: a ineficiência dos serviços públicos. É máquina de ressonância magnética parada aguardando o procedimento para a compra de uma peça, é escola sem funcionar porque não tem bebedouro de água, e a cornucópia de exemplos é infindável.

Enfim, todos nos acostumamos com o modelo até então adotado, inconscientemente fingimos ver os benefícios de tal desenho direcional, mas o fato é que, em se tratando de compras públicas de bens comuns, sobretudo em quantidades menores... o rei está nu!

## 2. *Marketplace* público: entre dificuldades e possibilidades

Mas, afinal, é preciso indagar como que nós, as pessoas naturais e também as empresas, na década de 20 do século XXI, costumamos comprar produtos (bens comuns). A resposta é óbvia: em *marketplaces*. Em termos simples, *marketplace* é “um canal voltado para a compra e venda de produtos”<sup>11</sup>, um “site que reúne diversos vendedores com diferentes ofertas. Dessa forma, o consumidor tem acesso a uma grande variedade de produtos e condições”<sup>12</sup>.

Basicamente, o *marketplace* é uma espécie de mercado virtual, um sítio eletrônico em que uma empresa cadastra diversas outras e lhes proporciona um ambiente virtual e padronizado para que essas empresas cadastradas possam oferecer os seus produtos. Os “mercados virtuais” mais sofisticados têm poderosas ferramentas de indexação com as quais um algoritmo compara as ofertas de um mesmo produto e sugere ao cliente a melhor opção de preço, prazo de entrega, valor de frete etc.

Outros serviços agregados podem ser oferecidos pela empresa que administra o *marketplace*, como garantia de devolução de valores em caso de problemas

---

KENICKE, Pedro Henrique Galloti, e outros. **A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.** In: VALIATI, Thiago Priess, e outros. A Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 628.

BARBOSA, Jandeson da Costa. **O interesse público constitucional numa formulação à luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 79.

<sup>11</sup> FERREIRA, Livia. **O que é marketplace e quais as suas vantagens?** Disponível em: <<https://www.nuvemshop.com.br/blog/o-que-e-marketplace/>>. Acesso em: 11 set 2023.

<sup>12</sup> Idem.

com a entrega do produto, assinaturas que proporcionam ao cliente gratuidade de frete de uma gama de produtos mediante o pagamento de um valor fixo mensal, uma intrincada (e às vezes polêmica) tecitura logística de entregas, e uma miríade de outras possibilidades.

Então, agora que descobrimos que o rei está nu, no sentido de que resta claro o descompasso do modelo de contratações públicas de bens comuns em relação à atualidade, o leitor deve estar se perguntando: por que não vestimos o rei? Sem metáforas: por que não fazemos (fazem) um *marketplace* público? Aquele leitor mais propositivo pode estar se perguntando: o que falta para termos um *marketplace* público? Este autor vai tentar estabelecer algumas respostas.

A primeira delas é óbvia e vem sendo trabalhada desde a primeira linha deste artigo: porque o rei está nu, e são muitos aqueles que não enxergam ou não querem ver que o rei está nu. Para boa parte da Administração Pública, o *marketplace* público parece ser uma realidade absolutamente distante. Veja-se pela dificuldade de implementação da NLLCA, sobretudo em municípios menores, mas também em diversos órgãos e entidades de todos os entes subnacionais.

É inconteste “a enorme discrepância entre as unidades federativas em seus níveis federal, estadual e municipal”<sup>13</sup>. Para além da distinção “dos aparatos financeiros e de pessoal”<sup>14</sup>, os entes diferem no nível de maturação das compras públicas:

“[...] enquanto a União, principalmente o Executivo federal, amadureceu bastante na temática das contratações públicas através de suas instruções normativas, sistemas informatizados e outros instrumentos, há municípios que detêm praticamente o mesmo instrumental da entrada em vigor da Lei nº 8.666/1993”.<sup>15</sup>

Contudo, entendemos que o maior entrave para o *marketplace* público não é a falta de percepção quanto à sua necessidade ou mesmo a assimetria entre os entes

---

13 BARBOSA, Jandeson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. MACIEL, Francismery Souza Pimenta. **Aspectos hermenêuticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Revista do Tribunal de Contas da União. Edição 147, 2021. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1695>>. Acesso em: 12 set 2023.

14 MACIEL, Francismery Souza Pimenta. BARBOSA, Jandeson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. CHIOATO, Tânia Lopes Pimenta. **Nova Lei de Licitações: poema de sete prazos**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/61822/nova-lei-de-licitaes-poema-de-sete-prazos>>. Acesso em: 12 set 2023.

15 Idem



subnacionais. Há quem imagine que o problema seja técnico: o desafio de se criar um sítio eletrônico que viabilize as operações. Não é.

O difícil, o raro, o *valioso* é a criação do novo. Certamente a criação dos primeiros *marketplaces* exigiu genialidade e percepção ímpar aos seus criadores. Mas a construção de tecnologia da informação (TI) desse tipo de *site* não é, há muito, novidade. A falta de conhecimento com profundidade quanto a determinada temática costuma levar o tomador de decisões a supervalorizar a parte errada do trabalho. O fato é que, hoje, qualquer empresa especializada nessa área da TI realizaria com certa tranquilidade esse empreendimento.

As reais dificuldades de implementação do *marketplace* público – abstraindo por ora de outras considerações para além de questões meramente técnicas – são as mesmas de sempre na Administração Pública: juridicidade e processo de trabalho.

Por juridicidade, entenda a conformação com o sistema jurídico. O princípio da juridicidade administrativa complementa e dá novas cores ao conhecido princípio da legalidade administrativa. Caso o leitor tenha interesse em aprofundar esse assunto, o remetemos a outra obra<sup>16</sup> de nossa autoria. Para o escopo deste artigo, basta-

---

16 “Segundo Marçal Justen Filho, a ‘concepção de um Estado Democrático de Direito é muito mais afirmada (semanticamente) na Constituição do que praticada na dimensão governativa’. E conclui o autor que isso ‘deriva da ausência de incorporação, no âmbito do direito administrativo, de concepções constitucionais fundamentais’.

É oportuno frisar que cabe à academia, aos operadores do direito, aos administradores públicos, e não apenas ao legislador, a tarefa de formatar o direito administrativo ao novo paradigma constitucional. Cabe, aqui, citar trecho de Carlos Ayres Britto:

‘Assim como o Direito “não é filho do céu” (TOBIAS BARRETO), mas um produto da História, os princípios jurídicos não surgiram de uma noite para o dia. Eles foram evoluindo com o próprio tamanho das Constituições e a forma jurisprudencial-doutrinária de interpretá-las.’

Portanto, deve ser superada no direito administrativo a vinculação estrita do administrador público à lei formal. Este passa a ter que obedecer a um bloco de legalidade, ou vinculação ao Direito. Deve haver, então, a mudança de paradigma ‘com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade’.

A juridicidade administrativa, portanto, tem como premissa que o intérprete considerará para a tomada de decisão todo o sistema jurídico em que está imerso, partindo das normas-regras constitucionais e legais e também das normas- princípios, a fim de encontrar a melhor interpretação dentre as diversas possíveis para aquele caso concreto.

Esse novo paradigma resulta, ou deve resultar, em mudanças estruturais no direito administrativo. Podemos citar: substituição da legalidade como vinculação exclusiva à lei pelo princípio da juridicidade administrativa; necessidade de interpretação da lei de modo a fomentar o gerencialismo na Administração Pública;

nos a afirmação de que, nesta quadra histórica do direito administrativo brasileiro, a falta de previsão legal não é, necessariamente, empecilho para que a Administração Pública realize determinada inovação.

Mas se a ausência de previsão legal não é empecilho, a sua falta exige certa “engenharia jurídica” e algum diálogo institucional<sup>17</sup> a fim de viabilizar ideias inovadoras. É nesse ponto que reside a dificuldade. É aí o *locus* no qual está a necessidade do difícil, do raro, do *valioso*.

Essa observação pode parecer contraditória com os comentários iniciais deste artigo quanto ao nosso hábito de esperar a solução de todos os problemas com a edição de um diploma legal. Mas essa contradição é apenas aparente. Primeiro porque a observação feita nas primeiras linhas do presente texto se referia à expectativa de que uma lei, por si só, pudesse resolver os problemas da gestão pública. Ademais, é incontestado que o “melhor dos mundos” do ponto de vista da segurança jurídica para a execução de algo na Administração Pública é, sem dúvidas, a sua expressa autorização legal. Portanto, estamos nos referindo à edição de uma lei *somada* à estruturação de algo novo. E nesse ponto podemos nos servir de dois exemplos antagônicos.

Vários institutos inovadores das compras públicas foram previstos primeiro em ato normativo infralegal e somente depois acrescentados à legislação ordinária. De igual modo, muitos dos instrumentos previstos em lei apenas em 2021 pela NLLCA já tinham sido regulamentados através de instruções normativas do Ministério do Planejamento, como já citado, ou mesmo tinham sido montados por construção da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU).

---

democratização da Administração Pública através da participação, processualização e transparência; consensualismo; substituição do princípio da supremacia do interesse público pelo respeito à proporcionalidade e aos direitos fundamentais; redução da discricionariedade da Administração Pública e controle pelo Poder Judiciário, dentre outros.

Como recorte metodológico, vamos analisar, a seguir, aspectos relacionados à substituição da legalidade como vinculação exclusiva à lei pelo princípio da juridicidade administrativa, e a necessidade de interpretação da lei de modo a fomentar o gerencialismo na Administração Pública, duas questões umbilicalmente ligadas.” *In*: BARBOSA, Jandeson da Costa. **Uma teoria hermenêutica para a gestão pública do século XXI**. *In*: DEZAN, Sandro Lúcio, e outros (org.). *Hermenêuticas do Direito e Processo Administrativo*. Curitiba: Editora CRV, 2021, p. 22 a 23.

<sup>17</sup> Seria um trabalho para a recém-criada Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) do TCU? A proposição de inovações não é propriamente uma das suas atividades, mas a construção de um desafio jurídica e socialmente (veremos) complexo como o *marketplace* público deve envolver o diálogo entre diversos atores e – provavelmente – a realização de audiências públicas.

Na direção temporal oposta, a NLLCA determinou a criação de uma série de instrumentos a serem incorporados pelo Portal Nacional das Contratações Públicas (PNCP) sem praticamente nenhuma das ferramentas tecnológicas estar pronta, o que causou (e ainda causa) uma ansiedade na Administração em geral e uma “correria” no então Ministério da Economia para saldar todas as promessas feitas pela NLLCA.<sup>18</sup>

Desse modo, a solução jurídica que daria maior segurança jurídica é, obviamente, a previsão do *marketplace* público em lei ordinária. O que poucos sabem é que já tivemos a primeira tentativa. Na tramitação da Medida Provisória nº 1.167/2023, que por primeiro prorrogou a vigência da Lei nº 8.666/1993, foi apresentada a Emenda 13, que criava o “Sistema de Compra Instantânea (Cix)”, o que na prática viabilizaria o *marketplace*.

A justificação da Emenda tece severas críticas à eficiência do pregão eletrônico (o que diriam do “mini-pregão”, a nova Dispensa Eletrônica?). Vale a leitura<sup>19</sup>. Para o leitor mais apressado, transcrevemos o ponto fulcral:

---

<sup>18</sup> E aqui cabe um elogio ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS), e a outros TCE’s, o qual – até onde sabe este autor – foi grande vanguardista de diversas das soluções incorporadas ao PNCP. Isso reforça a observação de que, mesmo quando a Lei inova na criação de ferramentas concretas, estas foram desenvolvidas, em algum grau, com base na gradual experiência de algum ator.

<sup>19</sup> “Os modelos licitatórios, em sua grande maioria, priorizam o estabelecimento de ritos com rígido controle - que impõem custos e prejudicam a eficiência do processo de contratação pública - em detrimento da eficiência econômica. Muitas vezes o custo administrativo gerado pelo cumprimento desses ritos consome mais recurso do que a própria contratação.

A Controladoria-Geral da União (CGU) divulgou um estudo sobre a eficiência dos pregões realizados pelo Governo Federal. O trabalho analisou 16.188 pregões realizados em 2016, mediu os custos administrativos decorrentes desses processos e comparou com a economia gerada pelo certame. Os resultados mostram que, no modelo de licitações atual, 85% dos órgãos federais são considerados deficitários, o que significa que mais de 30% dos pregões realizados por eles têm custo administrativo superior à redução no preço decorrente da disputa.<sup>2</sup> A média de duração desses pregões foi de 37 dias em sua fase interna (após publicado o edital), pressupondo-se ao menos igual período para a fase anterior à publicação. recursos do que o necessário e levará, em média, 74 dias para concluir a contratação.

Isso significa que mesmo ao licitar por meio do pregão - modalidade considerada por muitos instrumento de celeridade e eficácia nas contratações públicas - o administrador tem grande chance de gastar mais recursos do que o necessário e levará, em média, 74 dias para concluir a contratação.

Os trâmites burocráticos e a onerosidade do sistema não ampliam os custos apenas para o licitante, mas também para o fornecedor interessado, restringindo a competitividade e majorando o preço alcançado na licitação.

Além disso, mesmo com todas as barreiras impostas ao processo seletivo, ele não se torna inviolável. Pelo contrário, o grau de corrupção ainda existente no âmbito das contratações públicas evidencia a necessidade

A nova Lei de Licitações pouco avançou no que se refere a modernização, trazendo modelos licitatórios repletos de ritos rígidos de controle e repetindo a lógica burocrática e formalista, sem incluir as inovações tecnológicas e sociais que poderiam evitá-los.<sup>20</sup>

Noutro giro, sustentamos que há alternativas de viabilização do *marketplace* público sem a necessidade de edição de lei ordinária, a partir das normas já postas pela NLLCA. Das diversas possíveis, este autor vai destacar duas: o credenciamento e o sistema de registro de preços (SRP).

A utilização do instrumento auxiliar “credenciamento” é possivelmente a mais óbvia das alternativas. Não à toa, o próprio texto da Emenda nº 13 à MP nº 1.167/2023 denominava o CIX como um sistema que se destinaria “à aquisição, por meio de credenciamento em mercado fluido [*sic*], de bens padronizados e previamente selecionados pela Administração Pública...”.

Ora, se trata de um modo de utilização de um instrumento já previsto em Lei, é porque é juridicamente possível já com base na sistemática atual. A dificuldade seria encaixar as compras do *marketplace* público no conceito de mercado fluido. É plausível, apesar de originalmente o legislador ter pensado o inciso III do art. 79 da NLLCA para outras situações. Contudo, como se diz no jargão de Brasília: “tem que combinar com os russos” (no caso, os órgãos de controle). Na verdade, é relativamente simples a execução, apesar da complexidade do desenho.

Não se ignora a possibilidade de utilização dos incisos I (“caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas”) e II (“com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação”) do citado artigo. O fator dificultador, nesse caso, é a obrigatoriedade de fixação prévia do preço pela própria Administração (art. 79, parágrafo único, inciso III, da NLLCA). Seria uma opção razoável para um “*marketplace* de serviços” a absorver mão de obra desempregada, por exemplo.

---

de modernização do sistema. Possivelmente um sistema de contratação informatizado e simplificado, com menos intermediários, poderia ser mais eficiente no combate à corrupção.”. *In*: BRASIL. Congresso Nacional. Emenda nº 13 à Medida Provisória nº 1.167/2023. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9312159&ts=1692892074486&disposition=inline&ts=1692892074486>>. Acesso em: 10 set 2023

20 BRASIL. Congresso Nacional. Emenda nº 13 à Medida Provisória nº 1.167/2023. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9312159&ts=1692892074486&disposition=inline&ts=1692892074486>>. Acesso em: 10 set 2023.

A segunda possibilidade, bem menos dinâmica e mais trabalhosa, é fazer uma regulamentação específica e engenhosa de sistema de registros de preços (SRP) com adjudicações conjuntas e mistas, a se desenvolverem por trás da límpida tela do *marketplace*, na qual o usuário que lançasse os olhos sobre os produtos disponíveis não teria ideia da complexidade exigida para ali se chegar.

Os leitores mais especializados em SRP possivelmente apontarão diversas dificuldades jurídicas para utilizá-lo como instrumento de viabilização do *marketplace* público. Nesse ponto, vale a máxima popular segundo a qual “se fosse fácil, já teriam feito”.

Assim, na primeira parte deste artigo chegamos à conclusão de que *o rei está nu*, uma metáfora para retratar o contrassenso que é o atual desenho direcional das contratações públicas brasileiras de produtos comuns. Já nesta segunda parte, levantamos algumas possíveis explicações à *nudez real* bem como soluções concretas, concluindo que a dificuldade para viabilizar o *marketplace* público não é inerente à tecnologia da informação, mas é jurídica e de formatação de processo de trabalho.

Nesse contexto... se o rei está nu, se sabemos o porquê de ele estar nu e como vesti-lo, a solução não é simplesmente pôr-lhe as roupas de uma vez? Veremos que não. A dificuldade técnica (aí incluídos os aspectos jurídicos e de processo de trabalho) é apenas o aspecto inicial a ser observado para a implementação do *marketplace* público. Há outras questões que devem ser consideradas. Sigamos o texto.

### **3. Mas eu desperto porque tudo cala frente ao fato de que (por enquanto) o rei é mais bonito nu**

A inovação na Administração Pública é realizada por... pessoas. E como tal, o passo, o compasso e o descompasso da Administração estão inerentemente ligados às tendências nas quais estão emergidos os agentes públicos. Nessa bolha, da qual este autor faz parte, é comum a influência de dois *complexos* que, por vezes, estão a explicar *la raison pour laquelle les choses sont* (a razão pela qual as coisas são assim). São eles: o complexo ou “síndrome de Gabriela” e o “complexo de vira-lata”.

Quanto ao primeiro, dispensa-se apresentações. O “trecho da música escrita por Dorival Caymmi e interpretada por Gal Costa fez sucesso na TV na década de 1970, quando foi tema da personagem central da telenovela Gabriela — uma adaptação

da obra do autor baiano Jorge Amado<sup>21.22</sup> Em resumo: “A trama mostra uma mulher que não conseguia se adaptar aos costumes da época e se recusou a moldar seu jeito espontâneo e um pouco rude para se enquadrar na cidade em que vivia”<sup>23</sup>.

A síndrome, inclusive, recebe por estas terras alcunha científica, e é descrita como “sendo observado em pessoas que acreditam que não precisam mudar ou adaptar seu comportamento a situações que não lhe agradam”<sup>24</sup>. A nós brasileiros é suficiente a auto explicação do trecho de Caymmi: “Eu nasci assim, eu cresci assim, eu sou mesmo assim, vou sempre assim...Gabriela”<sup>25</sup>.

Não é incomum ouvir na Administração Pública expressões como “sempre foi assim”, “para que mudar?” ou simplesmente “não pode” quando se indaga a necessidade de inovações em qualquer área. Se essa “síndrome de Gabriela coletiva” não é exclusividade do serviço público, por aqui ela encontra características que lhes são propícias: estabilidade, remuneração desatrelada a resultados, impossibilidade de a ineficiência “quebrar” o órgão etc. Mas não pense o leitor que este autor acredita que um órgão ou ente público deve ser visto como uma empresa, na verdade essa visão cognitiva é própria da outra síndrome: o complexo de vira-lata.

O termo foi criado por Nelson Rodrigues para descrever “a inferioridade em que o brasileiro se coloca, voluntariamente, em face do resto do mundo”<sup>26</sup>. Segundo o dramaturgo e escritor, a “inferioridade em que o brasileiro se coloca, voluntariamente, em face do resto do mundo”<sup>27</sup>. Prossegue com formidável metáfora: “O brasileiro é um

---

21 SBIE. Sociedade Brasileira de Inteligência Emocional. **Conheça a “Síndrome de Gabriela” e como se desenvolve nos relacionamentos**. Disponível em: < <https://www.sbie.com.br/conheca-sindrome-de-gabriela-e-como-se-desenvolve-nos-relacionamentos/>>. Acesso em: 15 set 23.

22 Até aqui, já devemos ao glorioso estado da Bahia por: Caetano Veloso, Dorival Caymmi, Gal Costa e Jorge Amado.

23 SBIE. Sociedade Brasileira de Inteligência Emocional. **Conheça a “Síndrome de Gabriela” e como se desenvolve nos relacionamentos**. Disponível em: < <https://www.sbie.com.br/conheca-sindrome-de-gabriela-e-como-se-desenvolve-nos-relacionamentos/>>. Acesso em: 15 set 23.

24 Idem.

25 CAYMMI, Dorival. **Modinha Para Gabriela**. *Tr: Gabriela - Trilha Sonora Original*. Rio de Janeiro: Som Livre, 1975. Faixa 7. Disco de vinil.

26 RODRIGUES, Nelson. “Complexo de vira-latas”. Publicado originalmente em: Revista Manchete esportiva, 31/05/1958. *Tr: À sombra das chuteiras imortais*. São Paulo: Cia. das Letras, 1993. p.51-52.

27 Idem.

narciso às avessas, que cospe na própria imagem. Eis a verdade: não encontramos pretextos pessoais ou históricos para a autoestima”<sup>28</sup>.

Se o brasileiro, em regra, não consegue ver o próprio valor do seu país, da sua cultura e das suas qualidades, pondo-se numa situação de inferioridade frente a outras nacionalidades – geralmente acompanhado da irritante expressão “quer o que, isso aqui é Brasil” –, a metáfora pode ser estendida a parcela dos servidores públicos que acreditam que “só é bom o que vem da iniciativa privada” e que “na Administração Pública tudo é pior”, afinal, “quer o que, isso aqui é serviço público”.

Essa visão é, de fato, equivocada. As áreas pública e privada têm, cada uma, qualidades a serem copiadas e vicissitudes a serem mitigadas. Se o setor privado costuma ser um ambiente mais propenso à inovação, à racionalidade e à economia de recursos decorrentes da incessante busca do lucro, o serviço público é exemplo de análise responsável dos riscos, humanismo na gestão de pessoas (ao menos deveria e tem os requisitos para ser), busca da evolução coletiva e do bem comum. Isso sem contar que a maioria das grandes inovações e dos inventos da iniciativa privada não ocorreriam sem o anterior e pesado investimento em pesquisa de base ou fomento do setor público.

Assim, se ambos os *complexos* – de Gabriela e de vira-lata – são conceitualmente distintos, eles têm consequências em comum: o sucateamento da Administração Pública e o fato de constituírem obstáculo à concretização de direitos fundamentais dos cidadãos; um pelo desprezo à racionalidade e à evolução (síndrome de Gabriela) e outro por igual desprezo a si próprio, indiferença aos cidadãos e servilismo burlesco aos detentores do capital (complexo de vira-lata).

E, claro, apesar de nos referirmos a parcelas (pequenas mas barulhentas) de servidores públicos, esses dois complexos podem ser observados em diversos agentes de fora da Administração Pública, que a enxergam de igual modo. Deve, contudo, causar mais espanto tais complexos naqueles agentes que ganham a vida na Administração pública e que “não se importam com a evolução do serviço público” ou que são “servidores públicos que não acreditam no serviço público”. Felizmente, ambos são uma minoria, mas, repita-se, uma minoria barulhenta.

Para além dos malefícios gerais ao serviço público que ambos os complexos causam, estes servem como alertas para o debate e a implementação do

---

<sup>28</sup> Ibidem.

*marketplace* público, ante a sua inegável característica de ruptura do atual modelo público de contratações.

A síndrome de Gabriela serve de sinal para repudiarmos o argumento de que o *marketplace* não é necessário porque “sempre foi desse jeito” e “do jeito que está funciona”. O questionamento não é *se funciona*, mas a que custo *funciona*, quais os benefícios que a população auferir por *funcionar* dessa e não de outra forma, e, por principal, em que medida esse *modus* auxilia na concretização de direitos fundamentais.

De igual modo, e com igual jogo de palavras, o alerta do complexo de viralata deve nos fazer questionar frente ao modelo a ser importado da iniciativa privada: qual será o custo para o *marketplace* público *funcionar*, quais os benefícios que a população auferirá por *funcionar* dessa e não de outra forma, e, novamente por principal, em que medida esse *modus* auxiliará na concretização de direitos fundamentais.

Em relação ao custo, em que pese serem necessários estudos específicos, parece ser lugar comum a constatação de que a extrema simplificação do procedimento reduzirá significativamente o número de agentes públicos envolvido, além de outros recursos, o que se traduzirá em economia do custo da contratação pública e, na prática, irá disponibilizar essa mão de obra para a execução de atividades finalísticas dos órgãos, com o conseqüente incremento na melhoria das políticas públicas.

Já quanto aos benefícios auferidos pela população, ter-se-á diretamente a maior agilidade na disponibilização de produtos necessários à implementação de políticas públicas e a sensível redução na descontinuidade de serviços públicos causada pela falta de algum insumo ou componente.

O problema que exige maior atenção à implementação do *marketplace* público está, contudo, naquele que deve ser o principal (ou, ao final, o único) objetivo da Administração Pública: a concretização de direitos fundamentais. A análise de tal objetivo em um tema de atividade-meio como as contratações públicas é tarefa complexa e que exige atenção.

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), as contratações públicas representam formidáveis 12,5% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.<sup>29</sup> A Administração Pública é o maior comprador do mercado e o seu

---

<sup>29</sup> BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise**. Brasília: Ipea, 2019. Disponível em: <[https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td\\_2476.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf)>. Acesso em: 14 set 23.



comportamento enquanto adquirente de bens e serviços, obviamente, tem gigantescos impactos econômicos e sociais.

Em 2023, os governos compraram de micro e pequenas empresas o equivalente a 30% do montante das compras governamentais<sup>30</sup>. Não custa lembrar que são os pequenos negócios que geram cerca de 7 a cada 10 dos empregos no país<sup>31</sup>. Não à toa, a NLLCA alterou o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte com o fito de incentivar a participação dessas empresas nas contratações públicas e criar mecanismos para coibir a utilização indevida dessa condição.

Se por um lado, o incentivo à participação dos pequenos negócios fomenta a geração de empregos à população, há diversos mecanismos de compras públicas – a serem melhorados e expandidos – que são verdadeiramente políticas públicas de melhor distribuição de renda e que têm outros benefícios indiretos, como a fixação de populações no campo, melhoria da alimentação escolar, acesso a água potável, e diversos outros modelos que, através das compras públicas, concretizam diretamente direitos fundamentais.

Nesse contexto, há muito já foi percebido o potencial indireto e até direto das contratações públicas na execução de políticas públicas e consequente concretização de direitos fundamentais. Nesta senda, o *marketplace* público pode ser, a depender, um importante indutor de transformação social ou, caso seja implementado sem a devida e complexa teia de regras a direcioná-lo a promover tal transformação, pode ter consequências devastadoras.

Não é exagero tal afirmação. A implementação do *marketplace* pode gerar três efeitos imediatos: concentração das vendas em grandes empresas, aprofundamento das desigualdades regionais e sensível debilidade à economia das pequenas cidades.

Caso não seja bem desenhado, o *marketplace* público facilitará a oferta de produtos por grandes empresas, as quais detêm melhores condições de preço, logística, crédito e redução de custos. Isso causaria um exponencial desemprego, eis que as micro e pequenas empresas, maiores empregadores, perderiam a importante parcela do mercado

---

30 PODER 360. **Vendas de pequenos negócios para o governo somam R\$ 17 bi em 2023**. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/poder-empresendedor/vendas-de-pequenos-negocios-para-o-governo-somam-r-17-bi-em-2023/>>. Acesso em: 16 set 2023.

31 BRASIL. Agência Brasil. **Micro e pequenas empresas criam sete de cada 10 empregos no país**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-07/micro-e-pequenas-empresas-criam-sete-de-cada-10-empregos-no-pais>>. Acesso em: 16 set 2023.

que são as compras governamentais. Além disso, haveria maior concentração de capital, aumento da mão de obra ociosa, redução da renda dos micro e pequenos empreendedores e todas as consequências econômicas bastante conhecidas.

A medida aprofundaria, ainda, as desigualdades regionais. Sem os devidos cuidados, os polos industriais nacionais – geradores de empregos, renda, impostos e tudo mais – concentrariam essa fatia do mercado ante o seu estado avançado de desenvolvimento, prejudicando as já tímidas medidas em sentido contrário e consolidando a situação de *estados produtores e estados consumidores*.

Por fim, o *marketplace* público poderá debilitar as em regra já combalidas economias das pequenas cidades, que costumam depender em grande medida das compras municipais. Com a facilidade do *marketplace* e as inegáveis condições privilegiadas que terão as empresas das cidades maiores, é factível a previsão de enxugamento da circulação de recursos na economia local.

Em sentido contrário, a implementação do *marketplace* público pode ser decisiva para a democratização das compras públicas, desde que os diversos atores governamentais envolvidos no seu desenho jurídico e procedimental tenham esse objetivo como premissa primeira. Caso isso não ocorra, o caminho natural do *marketplace* público será aprofundar os problemas citados.

Em curta conclusão: o modelo de compras públicas atual é arcaico, um *desmascaro*, mas, enquanto a opção for a implementação do *marketplace* público sem os cuidados descritos, é melhor deixar, por ora, tudo como está.

Voltemos às metáforas. O conto de Andersen comumente é utilizado para retratar situações em que uma verdade incômoda deve ser desvelada, o que ocorre sob a ruidosa expressão “o rei está nu”. Caetano Veloso canta que é um “desmascaro, singelo grito”, chegando à mesma conclusão de Andersen ao exclamar que, de fato, “o rei está nu”.

Fosse pouca a profundidade expressa pelo conto, o baiano do recôncavo, na música “O estrangeiro”, a complementa em tom ácido e genial de dar inveja ao nosso conterrâneo Gregório de Matos<sup>32</sup>: “mas eu desperto porque tudo cala frente ao fato de que *o rei é mais bonito nu*”. De fato, o rei está nu. Mas, enquanto não houver roupas para todos, deixem o rei nu!

## Referências Bibliográficas

---

<sup>32</sup> Gregório de Matos e Guerra (Salvador-BA, 1636-1696) foi advogado e poeta baiano conhecido pela sua crítica ácida e satírica, a ponto de receber a alcunha de “Boca do Inferno”.

ANDERSEN, Hans Christian. **A roupa nova do imperador**. In: SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Educação. Ler e escrever: livro de textos do aluno / Secretaria da Educação, Fundação para o Desenvolvimento da Educação; seleção dos textos, Cláudia Rosenberg Aratangy. 3. ed. São Paulo: FDE, 2010.

BARBOSA, Jandeson da Costa. **O interesse público constitucional numa formulação à luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria hermenêutica para a gestão pública do século XXI**. In: DEZAN, Sandro Lúcio, e outros (org.). *Hermenêuticas do Direito e Processo Administrativo*. Curitiba: Editora CRV, 2021.

\_\_\_\_\_. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. MACIEL, Francismary Souza Pimenta. **Aspectos hermenêuticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Revista do Tribunal de Contas da União. Edição 147, 2021. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1695>>. Acesso em: 12 set 2023.

BRASIL. **Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862**. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1862, Página 126 Vol. 1 pt. II (Publicação Original).

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4.536, de 28 janeiro de 1922**. Coleção de Leis do Brasil - 1922, Página 62 Vol. 1 (Publicação Original).

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 200, de 27 de junho de 1967**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1967 (Publicação Original).

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1993 (Publicação Original).

\_\_\_\_\_. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2023**. Com alterações posteriores. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm)>. Acesso em: 14 set 2023.

\_\_\_\_\_. Ministério da Economia. **Instrução Normativa Seges/ME nº 67/2021**. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-67-de-8-de-julho-de-2021>>. Acesso em: 14 set 2023.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Emenda nº 13 à Medida Provisória nº 1.167/2023**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9312159&ts=1692892074486&disposition=inline&ts=1692892074486>>. Acesso em: 10 set 2023

\_\_\_\_\_. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise**. Brasília: Ipea, 2019. Disponível em: <[https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td\\_2476.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf)>. Acesso em: 14 set 23.

\_\_\_\_\_. Agência Brasil. **Micro e pequenas empresas criam sete de cada 10 empregos no país**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-07/micro-e-pequenas-empresas-criam-sete-de-cada-10-empregos-no-pais>>. Acesso em: 16 set 2023.

CAYMMI, Dorival. **Modinha Para Gabriela**. In: Gabriela - Trilha Sonora Original. Rio de Janeiro: Som Livre, 1975. Faixa 7. Disco de vinil.

DEZAN, Sandro Lúcio. & CUNHA, R. A. V. (2017). **O substancialismo jurídico na administração pública concretista de direitos fundamentais: a juridicidade administrativa como instrumento de justiça constitucional**. Revista Justiça Do Direito, 31(2), 304-328. Disponível em: <<https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.6974>>. Acesso em: 10 set 2023.

FERREIRA, Livia. **O que é marketplace e quais as suas vantagens?** Disponível em: <<https://www.nuvemshop.com.br/blog/o-que-e-marketplace/>>. Acesso em: 11 set 2023.

KENICKE, Pedro Henrique Galloti, e outros. **A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais**. In: VALIATI, Thiago Priess, e outros. A Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MACIEL, Francismary Souza Pimenta. BARBOSA, Jandeson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. CHIOATO, Tânia Lopes Pimenta. **Nova Lei de Licitações: poema de sete prazos**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/61822/nova-lei-de-licitaes-poema-de-sete-prazos>>. Acesso em: 12 set 2023.

PODER 360. **Vendas de pequenos negócios para o governo somam R\$ 17 bi em 2023**. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/poder-empresendedor/vendas-de-pequenos-negocios-para-o-governo-somam-r-17-bi-em-2023/>>. Acesso em: 16 set 2023.

RODRIGUES, Nelson. **“Complexo de vira-latas”**. Publicado originalmente em: Revista Manchete esportiva, 31/05/1958. *In*: À sombra das chuteiras imortais. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.

SBIE. Sociedade Brasileira de Inteligência Emocional. **Conheça a “Síndrome de Gabriela” e como se desenvolve nos relacionamentos**. Disponível em: <<https://www.sbie.com.br/conheca-sindrome-de-gabriela-e-como-se-desenvolve-nos-relacionamentos/>>. Acesso em: 15 set 23.

VELOSO, Caetano. **O Estrangeiro**. *In*: Estrangeiro. Rio de Janeiro: Philips, 1989. Faixa 1. Disco de vinil.

## **PRECISAMOS RETIRAR AS PERDAS DE ENERGIA DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS.**

**JOÃO VITOR ROSSI:**

advogado, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Araraquara, graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino e em Administração pela Universidade de Uberaba

**RESUMO:** O presente trabalho objetiva defender a tese de que o ICMS incidente sobre as faturas de energia elétrica não deve incluir em sua base as perdas técnicas e não técnicas, pois ausente está o efetivo consumo. A pesquisa foi realizada em doutrinas jurídicas da área e precedentes dos Tribunais Superiores.

### **1. INTRODUÇÃO**

Há anos são travadas discussões no Poder Judiciário inerentes ao fato gerador do ICMS energia elétrica, restou pacificado que o aluído imposto incide sobre a potência efetivamente utilizada, no entanto, em que pese o entendimento dos Tribunais Superiores, as Fazendas cobram o ICMS sobre os valores das perdas técnicas e não técnicas, o que, no entender deste escrito, é equivocado, visto que a potência de energia que se perdeu encontra-se carente do efetivo consumo por parte do contribuinte.

### **2. AS PERDAS DE ENERGIA NÃO DEVEM COMPOR A BASE DE CÁLCULO DO ICMS.**

Por ser considerada uma mercadoria, a energia elétrica sofre a incidência de tributos, sendo eles o ICMS de competência estadual e as contribuições PIS e COFINS de competência da União.

Há anos o Superior Tribunal de Justiça vem construindo uma jurisprudência segura quanto à incidência do ICMS somente sobre a potência de energia efetivamente consumida (Súmula nº 391 do STJ e Tema 63/STJ).

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Tema 176 com Repercussão Geral, reafirmou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, deixando claro que a potência de energia elétrica, por si só, não pode sofrer a incidência do ICMS, devendo ser tributado somente os valores inerentes às operações nas quais ocorreu o efetivo consumo.

As conclusões tanto da Suprema Corte quanto do Superior Tribunal de Justiça são reproduzidas em inúmeras publicações doutrinárias inerentes ao fornecimento de energia, vejamos:

Vê-se que o aspecto material do fato gerador do ICMS é a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. E a circulação se pressupõe a entrega da mercadoria, a tradição, conseqüentemente, no caso da energia elétrica o efetivo consumo. O valor da operação consistente em garantir a potência necessária para o consumidor não pode ser tributado pelo ICMS.

(...)

Segue-se a conclusão inequívoca de que somente incide ICMS sobre a energia elétrica se, de fato, estiverem presentes as circunstâncias materiais, assim entendidas a efetiva circulação da energia elétrica no estabelecimento do consumidor e o efetivo consumo, não apenas o pacto contratual de potência. (DE MELLO, 2020, p.251/252).

Em sede de recurso repetitivo, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sedimentou o entendimento sobre o fato jurídico tributário do ICMS - energia "consumir energia", entendimento que o imposto incide sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, ou seja, a energia for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa. (RETTO, 2021, p. 196).

Logo, não há dúvidas, encontra-se pacificado na doutrina e na jurisprudência que o fato gerador do ICMS no fornecimento de energia elétrica é o efetivo consumo, não integrando a sua base de cálculo os valores estranhos à potência efetivamente utilizada, ainda que contratada.

No entanto, em se tratando de energia elétrica, nas nossas contas mensais, são repassados valores inerentes às perdas de energia, elas são classificadas como perdas técnicas e não técnicas.

As técnicas são referentes aos fenômenos físicos e naturais, como por exemplo a potência que acaba se transformando em energia térmica nos condutores (efeito joule), as perdas dielétricas e outras mais de ordem natural.

Já as não técnicas, essas não possuem ligações com as causas naturais ou físicas, pelo contrário, elas estão atreladas à conduta humana, cito como exemplo a reprovável prática do “gato” consubstanciada em furtar a corrente de energia das linhas de transmissão, impedindo o seu consumo regular.

Pois bem, já deu para percebermos que o rateio das perdas entre todos os consumidores do sistema elétrico, tal qual é feito, gera uma celeuma no campo tributário, ora, se o ICMS tem como fato gerador o efetivo consumo de energia, estamos agindo corretamente ao inserir na base de cálculo do ICMS os valores inerentes às perdas?

Antes de avançarmos devemos retornar para 2012, naquele ano o Superior Tribunal de Justiça, no Informativo 503, enfrentou a discussão, decidindo que “a energia elétrica furtada nas operações de transmissão e distribuição não sofre incidência de ICMS por absoluta “intributabilidade” em face da não ocorrência do fato gerador.” (STJ, REsp 1.306.356-PA, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 28/8/2012).

A conclusão acima soa bastante coerente e correta, estando alinhada inclusive com os ensinamentos do professor Roque Antônio Carrazza, que são objetivos em defender que tanto as perdas técnicas quanto as não técnicas não devem ser tributadas pelo ICMS, vejamos:

A contrario sensu, o ICMS deixa de ser devido nos casos em que a energia elétrica se perde, quer por razões físicas (vazamentos no sistema), quer por motivos de ordem criminal (furto).

É que, inexistindo consumo regular, ausente está pelo menos sob a óptica do Direito Tributário qualquer operação relativa ao fornecimento de energia elétrica.

Do exposto, temos que, havendo tais ocorrências, deixa de existir espaço jurídico para que se cogite, seja a que pretexto for, de nascimento de obrigação de recolher ICMS - Energia Elétrica. (CARRAZZA, 2009, p. 273).

Analisando os escritos de Carrazza, não há maiores dúvidas, está mais do que claro que os valores inerentes às perdas de energia não devem ser tributados pelo ICMS, pouco importando serem elas técnicas ou não.

Não custa argumentar quanto à impossibilidade de tratarmos as perdas como um custo inerente ao fornecimento da energia efetivamente consumida, tal qual é tratado o adicional de bandeira tarifária, pois esse último representa um acréscimo real no valor da



mercadoria efetivamente entregue, o que não se observa nas perdas, elas não traduzem o consumo.

Para encerrar entendemos que a postura de onerar o cidadão honesto com o ICMS sobre as perdas, enquanto o responsável pelos furtos nada recolhe, é, no mínimo, desproporcional, desrazoável e fere os princípios da capacidade contributiva e pessoalidade, afinal, quem recolhe o ICMS, nesse caso, é quem paga a energia corretamente, tratando-se de uma decisão fiscal distante dos conceitos primordiais de Justiça, onerando apenas quem cumpre a Lei.

### **3. CONCLUSÃO.**

Diante do narrado, o presente escrito se encerra criticando a postura das Fazendas Estaduais consubstanciada em exigir o ICMS inerente ao fornecimento de energia elétrica englobando em sua base de cálculo as perdas técnicas e não técnicas, pois essas não representam a energia efetivamente utilizada, sendo assente no STJ e no STF que a potência tributável é somente aquela inerente à energia utilizada.

De mais a mais se percebe que a potência de energia elétrica que se perdeu durante o transporte, seja por fator físico ou criminoso, jamais será utilizada pelo consumidor final de energia, sendo correta a postura do STJ em classificar no REsp 1.306.356-PA as perdas como absolutamente intributáveis por ausência do fato gerador.

### **REFERÊNCIAS**

BRASIL. STJ - REsp n. 1.306.356/PA, Relator: Ministro Castro Meira, Data de Julgamento: 28/08/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 04/09/2012.

CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. Malheiros Editores. São Paulo. 2009. Pág. 273

DE MELLO, Fátima I. M. Rogério Vaz. Não incidência de ICMS sobre a demanda contratada de potência e sobre as tarifas de uso dos sistemas de distribuição e de transmissão. Revista Direito de Energia & Áreas Afins, Editora: Synergia, 2020, p.251/252.

RETTO, Mauren Gomes Bragança. Benefícios fiscais na geração distribuída a partir de fontes renováveis de energia. Compêndio de Contabilidade e Direito Tributário, Lumen Juris, 2021, p. 196.

## INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

**EDUARDO FELIPE FURUKAWA:**  
advogado<sup>33</sup>.

O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica pode ser solicitado tanto na Justiça Comum Cível quanto nos Juizados Especiais Cíveis. No entanto, sua aplicação na Justiça do Trabalho é menos comum e, em minha opinião pessoal, pode ser considerada uma séria questão de competência.

Primeiramente, ao discutir a essência do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica na Justiça Comum Cível, é importante mencionar que ele está regulamentado pelo artigo 50 do Código Civil (CC), juntamente com as disposições previstas nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil.

“Em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

Nesse primeiro contexto, considerando a norma que proíbe o chamado abuso da personalidade jurídica, a jurisprudência nacional é amplamente favorável a decisões que permitem a desconsideração da personalidade jurídica. Um exemplo disso pode ser observado no seguinte julgado:

“(…) II A responsabilização dos administradores e sócios pelas obrigações imputáveis à pessoa jurídica, em regra, não encontra amparo tão-somente na mera demonstração de insolvência para o cumprimento de suas obrigações (Teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica). Faz-se necessário para tanto, ainda, ou a demonstração do desvio de finalidade (este compreendido como o ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica), ou a demonstração da confusão patrimonial (esta subentendida como a inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica ou de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas) (...)” [STJ,

---

33 [advogado@eduardofurukawa.com](mailto:advogado@eduardofurukawa.com)

REsp 1.200.850/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, DJe 22.11.2010].”

A tradução dessa orientação jurisprudencial para o caso em questão permite concluir, sem dúvidas, que ocorreram dois fenômenos jurídicos. Isso ocorre devido ao fato de que o comportamento das empresas envolvidas, que inclui a criação de várias empresas e a formação de holdings patrimoniais, resultou em uma mistura da estrutura societária, evidenciando assim um claro desvio de finalidade na criação das pessoas jurídicas, com a intenção fraudulenta de cometer atos ilícitos.

Além disso, no mesmo contexto fático, observa-se a ocorrência concreta de confusão patrimonial entre os sócios e a devedora original.

Além disso, a doutrina e a jurisprudência nacional aceitam a responsabilização de outra empresa que faça parte do mesmo grupo econômico do executado, como já mencionado.

Nesse caso, a situação é incontestável, uma vez que os excipientes são sócios da devedora original, estabelecendo uma relação comercial e jurídica estreita. Isso vai além de uma mera circunstância factual, sendo comprovado por meio de documentação legal.

Neste mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal Judiciário (STJ), caminha no seguinte mandamento:

“[...] 3. A confusão patrimonial existente entre sócios e a empresa devedora ou entre esta e outras conglomeradas pode ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, na hipótese de ser meramente formal a divisão societária entre empresas conjugadas. Precedentes. 4. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente. No caso, o reconhecimento da confusão patrimonial é absolutamente contraditório com a pretendida citação das demais sociedades, pois, ou bem se determina a citação de todas as empresas atingidas pela penhora, ou bem se reconhece a confusão patrimonial e se afirmar que se trata, na prática, de pessoa jurídica única, bastando, por isso, uma única citação. Havendo reconhecimento da confusão, descabe a segunda providência [...]” [REsp 907.915/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 27.06.11].

Diante desse cenário, é importante destacar que, mesmo quando existem indícios de formação de grupo econômico, não é necessário esgotar todos os recursos de expropriação contra os demais devedores para que os excipientes também sejam responsabilizados pela dívida.

Isso ocorre porque a situação de insolvência não constitui uma condição para a Desconsideração da Personalidade Jurídica, de acordo com a jurisprudência consolidada do eminente Superior Tribunal de Justiça, como pode ser observado na ementa a seguir:

“Processual civil. Recurso especial. Ação de cobrança. Cumprimento de Sentença. Desconsideração da personalidade jurídica. Art. 50 do CC/02. Teoria maior da desconsideração. Inaplicabilidade no caso. Abuso de personalidade jurídica. (...) 1. Conforme entendimento reiterado pelas Turmas que compõem a Segunda Seção deste STJ, acerca dos pressupostos para a desconsideração de pessoa jurídica, a partir da interpretação do art. 50 do CC/02, deve ser adotada a Teoria Maior da Desconsideração. Assim, exige-se a demonstração de desvio de finalidade, demonstração de confusão patrimonial, ou a configuração do abuso de personalidade jurídica. 2. A mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações ou mesmo a alteração de endereço, não constitui motivo suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica (...)” [STJ, REsp 1.635.630/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 01.12.2016].”

E ainda o Superior Tribunal de Justiça detém jurisprudência sobre o tema, e dispôs, assim, em REsp:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXECUÇÃO CONTRA EMPRESA PERTENCENTE A CONGLOMERADO, CUJO SÓCIO MAJORITÁRIO OU ADMINISTRADOR ALIENOU A QUASE TOTALIDADE DAS COTAS SOCIAIS DA PRINCIPAL EMPRESA DO GRUPO PARA SUA ESPOSA. FRAUDE À EXECUÇÃO. ABUSO DA PERSONALIDADE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. TENTATIVA DE FRUSTRAR A EXECUÇÃO. RISCO DE INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. NECESSIDADE DE PERSEGUIÇÃO DE NOVAS GARANTIAS. 1. Controvérsia em torno da legalidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica em relação à empresa recorrente no curso de execução movida contra uma das empresas integrantes do mesmo grupo econômico, mas

sem patrimônio para garantia do juízo, em face da transferência pelo sócio majoritário da quase totalidade de suas cotas sociais para sua esposa, ficando somente com a participação de 0,59% na empresa recorrente. 2. A alienação maliciosa para a esposa da quase totalidade de sua participação societária pelo sócio-controlador, co-executado na qualidade de avalista, de empresa-jóia de conglomerado de empresas, integrado pela empresa co-executada, sem patrimônio, em fraude à execução, caracteriza abuso de personalidade jurídica. 3. Legalidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica, autorizada pelo art. 50 do Código Civil, que abrange, conforme a jurisprudência desta Corte, as hipóteses de ocultação ou mescla de bens no patrimônio de seus sócios ou administradores. 4. A teoria da "disregard doctrine" surgiu como mecanismo para coibir o uso abusivo da autonomia da pessoa jurídica para a prática de atos ilícitos em detrimento dos direitos daqueles que com ela se relacionam. 5. A comprovação de que a personalidade jurídica da empresa está servindo como cobertura para abuso de direito ou fraude nos negócios, deve ser severamente reprimida. 6. Utilização, no caso, de uma das empresas, a mais importante, do conglomerado de empresas pertencentes ao devedor, integrado pela empresa co-devedora sem patrimônio, para ocultar bens, prejudicando os credores. 7. Caracterização do abuso de personalidade jurídica, autorizando a medida excepcional. Precedentes do STJ. 8. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1721239/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 06/12/2018)"

Com base no que foi apresentado acima, foi possível identificar que o executado transferiu seus ativos pessoais para o patrimônio da empresa sobre a qual ele tem controle absoluto, sendo o proprietário e titular dela.

Ou ainda, do mesmo Tribunal: STJ, AgInt no REsp 1.337.956/SP, rel. Min Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 07.02.2017; STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 960.926/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, DJe 02.02.2017.

Em reforço jurisprudencial, filia-se a esta tese, decisão da mais alta Corte Bandeirante, assim confeccionada:

“Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Procedência. Grupo econômico. Inclusão da empresa no polo passivo da execução. Agravo de instrumento. Inteligência do artigo 50 do Código Civil. Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora para se alcançar o patrimônio de outras pertencentes ao mesmo grupo econômico. Precedente STJ. Empresas que possuem sócio comum e se apresentam como grupo econômico em seu sítio eletrônico. Perito judicial que indicou a existência de grupo econômico entre as empresas. Formação de grupo econômico configurada. Abuso da personalidade jurídica verificado. Cabível a desconsideração da personalidade jurídica. Desnecessidade de comprovar insolvência das demais empresas incluídas no polo passivo da demanda. Decisão mantida. Recurso desprovido.” (TJSP, AgIn. N. 2043011-84.2019.8.26.0000, VOTO 41076, Rel. Des. Virgílio de Oliveira Junior, 21ª Câmara de Direito Privado, j. 12.04.2019)”

Portanto, no caso em questão, a base para a desconsideração da personalidade jurídica não se limita apenas ao não cumprimento das obrigações financeiras, mas sim ao abuso da personalidade jurídica por meio do evidente desvio de finalidade e da comprovação incontestável da confusão patrimonial. Isso é suficiente para justificar a desconsideração da personalidade jurídica.

Especialmente no contexto da desconsideração da personalidade jurídica nos juizados especiais, essa conclusão encontra respaldo no artigo 1.062 do Código de Processo Civil (CPC), que trata da possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos juizados especiais, mesmo com a existência de restrições previstas na Lei nº 9.099/95. Nesse sentido, o seguinte julgado serve para destacar esse respaldo legal:

“DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. FORMAÇÃO DE INCIDENTE EM APARTADO. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCEDIMENTO ESTABELECIDO PELA LEI 9.099/95. CONVERSÃO DA PENHORA EM ARRESTO. POSSIBILIDADE. Os incidentes processuais praticamente não são admitidos no Sistema dos Juizados, com exceção da arguição de suspeição e impedimento do juiz, que são processadas em autos apartados. Todas as demais matérias de defesa devem ser arguidas nos próprios autos, quando não forem dispensadas na forma do art. 16 da Lei 9.099/95 (dispensa a distribuição e autuação do pedido inicial), tudo em atenção à simplicidade e informalidade do Sistema

dos Juizados. O rito desconsideração da personalidade jurídica previsto nos art. 133 a 137 do Código de Processo Civil deve ser flexibilizado para compatibilizar-se com os princípios reitores da Lei 9.099/95, ou seja, sem a suspensão da execução e sem a instauração de um processo em apartado (incidente), garantindo aos sócios ou diretores (terceiros), nos próprios autos da execução, o exercício do direito de defesa. Penhora que deve ser convertida em arresto (art. 139, IV, c/c art. 301, todos do CPC). Procedência parcial do writ. (MS n. 0001504-46.2016.8.19.9000 - RJ, Relator: Juiz Alexandre Chini, 4ª Turma Recursal Cível, Data de Julgamento: 25/04/2017)."

Como é visto, os Juizados Especiais preveem autorizadores para que se possa julgar o Incidente da Personalidade Jurídica, mesmo que nos Juizados há requisitos que recusam causas com grande complexidade.

## O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA NO ÂMBITO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

**LARISSA ROMERO DE SOUZA:** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Pós-graduada em Direito Processual Penal pela FASUL Educacional<sup>34</sup>.

**Resumo:** No âmbito da reprodução humana assistida no Brasil, ainda existe notória ausência de regulamentação normativa, criando graves entraves à resolução de conflitos. É o caso, por exemplo, no âmbito da inseminação artificial heteróloga, da possibilidade do infante que nasce através desse método, requerer sua identidade genética, gerando um conflito de direitos fundamentais, o direito de buscar sua identidade genética e o direito à privacidade da pessoa que doa seu material genético para a realização desse método. No entanto, o presente trabalho tem como enfoque a abordagem desses dois direitos fundamentais, bem como, explicar o método que a legislação brasileira adotou para a resolução desses conflitos.

**Palavras-chave:** reprodução humana assistida; inseminação artificial heteróloga; direitos fundamentais; colisão de direitos fundamentais.

**Abstract:** In the context of assisted human reproduction in Brazil, there is still a notable lack of normative regulation, creating serious obstacles to conflict resolution. This is the case, for example, in the context of heterologous artificial insemination, of the possibility of the infant born through this method, requesting their genetic identity, generating a conflict of fundamental rights, the right to seek their genetic identity and the person's right to privacy. make your genetic material to carry out this method. However, this work focuses on addressing these two fundamental rights, as well as explaining the method that Brazilian legislation introduced to resolve these conflicts.

**Keywords:** assisted human reproduction; heterologous artificial insemination; fundamental rights; fundamental rights issues.

### INTRODUÇÃO

---

34 E-mail: larissaromeromju@hotmail.com



No filme “Meus 533 filhos” conta-se a história de David Wozniac (personagem do filme), um homem de mais de quarenta anos que vendeu o seu material genético para clínicas de fertilidade sob o pseudônimo “Starbuck”. O protagonista do filme leva uma vida completamente desregrada, todavia, tudo isso muda após um advogado lhe procurar e informar que ele possui “533 filhos”, dentre os quais 142 se organizaram e ajuizaram uma ação para descobrir a identidade do dono do material genético vendido “Starbuck”.<sup>35</sup>

A narrativa desse filme, embora com diferenças claras do que é normatizado no Brasil, como a proibição de venda do material genético – apenas permite-se a doação – e a limitação de uso do sêmen, coloca em evidência que a **inseminação artificial heteróloga**, é um dos procedimentos utilizados como auxílio da reprodução humana, a fim de que casais, que não podem ter filhos por infertilidade ou quaisquer outros motivos, possam ter filhos.

Ocorre que, embora os pais apenas queiram satisfazer o desejo de ter filhos, o que não lhes é possível em decorrência de infertilidade ou outro fator relacionado, o filme citado mostra como problemática o momento em que os filhos desejam conhecer os seus pais, ainda que estes tenham sido somente doadores de material genético. Tal desejo, por mais exagerado que possa parecer como no caso do filme, revela o direito de conhecer a própria história, a origem genética, saber de quem se puxou os traços que compõe a própria fisionomia e por que não a personalidade?

O que evidencia esse desejo de conhecer os pais é o sítio eletrônico *The Donor Sibling Registr*.<sup>36</sup> Tal sítio tem como finalidade que filhos nascidos por meio de inseminação artificial heteróloga possam se conectar e buscar descobrir quem é seu pai biológico.

Os filhos nascidos, então, desse procedimento, podem buscar conhecer os seus pais biológicos para os mais diversos fins, todavia, o problema ocorre quando tal vontade é tão somente dos filhos, isto é, quando o indivíduo tem o sentimento de necessidade de busca pela origem genética, sendo que, por outro lado, o doador deseja continuar como anônimo, com a finalidade de preservar a sua privacidade e intimidade.

Nessa situação, vislumbra-se, em princípio, a colisão de dois direitos fundamentais, o direito fundamental à privacidade e à intimidade e o direito de conhecer

---

35 MEUS 533 FILHOS. Direção: Ken Scott. Europa Filmes, 2013.

36 Disponível em: <<https://www.donorsiblingregistry.com/>>. Acesso em: 30 de abril de 2023.

a origem genética – direito este ligado à própria formação da personalidade individual –. Em tal situação de oposição, qual direito deveria prevalecer? Qual o meio de busca do direito à identidade genética? Demais disso, quais os fundamentos que deveriam ser utilizados ou analisados pelo Poder Judiciário para a solução da questão?

Ainda hoje não existem no ordenamento jurídico brasileiro Leis que regulem com a especificidade necessária o caso. Apenas existe uma Resolução do Conselho Federal de Medicina e Resolução da Anvisa. Ocorre que, por se tratarem de atos infralegais, apenas vinculam os médicos em suas atividades e os estabelecimentos que desenvolvam tais atividades.

Existe, então, um vácuo legislativo, que deveria ser corrigido por meio de edição de Lei própria, regulamentando-se os direitos e deveres das partes, a possibilidade ou não de o indivíduo gerado por meio desse procedimento buscar a sua origem genética. Em sendo possível a busca da origem genética, em quais casos isso seria possível.

Dessa forma, o presente trabalho tem como finalidade, analisar o procedimento da inseminação artificial heteróloga, os direitos do doador do material genético, os direitos da criança gerada por meio dessa técnica de reprodução humana assistida, bem como os meios processuais adequados para a busca da identidade genética. Demais disso, qual deve ser a solução para o caso de conflito entre os direitos do doador e direitos da criança nascida por meio da inseminação artificial heteróloga.

## 1. FILIAÇÃO

Buscando conhecer a conceituação do termo filiação, é possível recorrer-se à etimologia, que diz ser a filiação um termo derivado do latim *filiatio*. Tal conceito servia para diferenciar a relação de parentesco entre pessoas que conceberam a vida a outra pessoa, isto é, entre pais e filhos. É de perceber que a filiação tinha como fato originário a procriação, a relação sexual entre duas pessoas.<sup>37</sup>

No decorrer da evolução da sociedade sempre prevaleceu dois princípios. O primeiro é designado como *mater semper certa est* (filiação materna), que significa que a filiação decorria da parte da mulher, bem como se estabelecia a ligação entre a parte e a criança gerada, não havendo possibilidade de questionamento sobre essa maternidade e filiação. O segundo princípio é designado como *pater is est quem justae nuptiae*

<sup>37</sup> BIANCHI, Beatriz Homem de Mello. **Origem genética e direito ao sigilo do doador de material**

**genético: fronteiras**. RJLB, Ano 2 (2016), nº 1. p.1. Disponível: <

[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016\\_01\\_0001\\_0017.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0001_0017.pdf)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

*demonstrat* (filiação paterna), esse princípio se fundamentando no casamento, em outras palavras, o filho de uma mulher casada é o filho de seu marido.<sup>38</sup>

Tais princípios que sempre vigoraram na sociedade foram, todavia, com o passar do tempo, sendo fragilizados pelas inovações tecnológicas desenvolvidas pelo homem, principalmente, considerando a inseminação artificial, que é amplamente difundida e utilizada como meio de se alcançar a gestação e reprodução humana, como fim de se concretizar o planejamento familiar do casal ou da pessoa que deseja procriar.

O jurista Luiz Edson Fachin<sup>39</sup> ensina que a real paternidade não é entendida tão somente por quem são escritores dos genes, isto é, os pais biológicos, mas também que pai é aquele que se mostra presente no cotidiano dos filhos, conduzindo o desenvolvimento da criança e estabelecendo laços de afetos.

Dessa forma, considerando o instituto da adoção, o surgimento de inéditas possibilidades na seara da medicina genética com foco na reprodução assistida, bem como o reconhecimento de laços afetivos entre duas pessoas na condição de pais e filhos, o conceito de filiação tomou proporções antes inimagináveis pelo direito, transformando-se e sendo ampliado.

### 1.1 Filiação Natural ou Biológica

Na filiação biológica ou natural, somente é considerando filho aquele que possui os genes do pai e da mãe e, sendo reconhecido a identidade biológica entre os pais e o filho. A partir dessa filiação é que surgem os direitos para o infante, como, por exemplo, a possibilidade de usar nome do pai, que é relacionado com a personalidade, entre outros direitos, como o direito a alimentos, herança etc.

A filiação biológica não é somente aquela que é decorrente de uma relação sexual natural, tal espécie de filiação pode ocorrer também com o auxílio da medicina, com as técnicas médicas que tornem mais fácil a tarefa da do encontro do espermatozoide com o óvulo, ocorrendo assim a fecundação.

---

38 BIANCHI, Beatriz Homem de Mello. **Origem genética e direito ao sigilo do doador de material genético: fronteiras**. RJLB, Ano 2 (2016), nº 1. p.2. Disponível: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016\\_01\\_0001\\_0017.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0001_0017.pdf)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

39 FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editr, 1992, p. 169.

Apesar de toda essa característica da filiação biológica, atualmente todos os filhos possuem os mesmos direitos e deveres, sendo irrelevante a sua origem, não fazendo qualquer sentido o conceito de legitimidade nas relações familiares, que servia de pilar para os institutos de direito de família por longuíssimos anos.

Destarte, o estado de filiação não é passível de ser confundido com a origem biológica, porquanto a Constituição Federal de 1988 foi diametralmente contrária nesse sentido, estabelecendo que o estado de filiação de qualquer natureza, sem priorizar um sobre o outro, confere os mesmos direitos, conforme o artigo 227, § 6º40.

## 1.2 Filiação Civil ou Não Biológica

A filiação civil ou não biológica é conceituada como aquela que é decorrente de adoção, da socioafetividade ou da reprodução humana assistida, situações em que são resultantes de origem que não é biológica. Tal “espécie de filiação” é admitida expressamente pelo Código Civil no art. 1.593, que diz o seguinte: “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

É fácil de perceber que a Lei Civil ampliou as possibilidades de filiação e grau de parentesco por origem diferente da natural ou biológica, possibilitando o reconhecimento de filiação em razão do “status” de filho. Demais disso, o civilista TARTUCE41 elucida que embora haja muitas críticas e celeumas levantados por alguns juristas, não há que se duvidar de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar e com repercussões sucessórias.

Outrossim é de asseverar que, consoante o jurista João Baptista Villela, citado por TARTUCE, há que se falar em uma desbiologização da paternidade. Segundo João Baptista o vínculo familiar não apenas se encerra no biológico, sendo o vínculo afetivo muito mais forte que aquele vínculo, fundamentando-se no estado de filiação, *in verbis*:

A paternidade em si mesma não é um fato de natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, da qual pode resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico como

---

40 BRASIL, Constituição Federal. Art. 227, § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

41 TARTUCE, **Flávio. Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método. p. 1194.

no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável esforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu caráter afetivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente a ideia de liberdade.<sup>42</sup>

Válido ressaltar, ainda, que nas reproduções humanas assistidas, quando o material doado for os gametas masculinos, presume-se a paternidade em relação ao marido que assentiu com a realização do procedimento em sua esposa, porquanto nesses termos é o que dispõe o art. 1.597, V, do Código Civil, *ipsis litteris*.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

É de dizer que existe uma situação de fato em que a pessoa se encontra no estado de filiação em relação a outra pessoa, independentemente da realidade legal, conferindo a filiação socioafetiva.

Em igual sentido ao que se encontra na Lei Civil, mas com outros detalhes e densidade, o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece no artigo 27 que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”. Desse modo, uma vez estabelecido o vínculo de filho, mesmo que diverso da filiação natural ou biológica, não há mais possibilidade de ser impugnado e garantirá ao filho os direitos e obrigações atinentes à filiação.

## 2. FAMÍLIA

---

42 VI LLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Separada da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio 1 979. Apud TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método. p. 1194.

Família para o civilista VENOSA<sup>43</sup> constituída por meio de um vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas descenderem de um genitor comum. Em outros termos, pode-se dizer que família nada mais é que um conjunto de indivíduos que possuem grau de parentesco entre si e vivem em igual moradia, formando um lar.

Insta destacar, como se explanou acima sobre a filiação, que não é essencial a existência de vínculo de consanguinidade, a família pode ser constituída por meio de adotantes e adotados, bem como por meio de reprodução humana assistida.

Portanto, o estabelecimento de uma família dependerá da comunhão de vontades dos indivíduos que decidirão o momento para a criação do seio familiar e de que forma isso ocorrerá, porquanto, em que pese ainda seja uma regra o surgimento da família por meio de laços biológicos ou naturais, há inúmeros casos em que os vínculos surgem por meio da adoção ou da recorrência de técnicas médicas que auxiliam a reprodução.

### **3 PLANEJAMENTO FAMILIAR E TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

Embora existam pessoas na sociedade que não tenham como objetivo constituir uma família, preferindo, ao contrário, viver sozinhas, a regra que ainda persiste é que as pessoas buscam no meio social a construção de uma família e uma família na qual estejam presentes os filhos que irão herdar não apenas o material genético de cada um dos pais, como também as histórias dos genitores e irão continuar a história de uma família.

Na busca da constituição de uma família com filhos podem haver complicadores que vão muito além de qual será o momento para a geração deles. Pode ocorrer que, apesar de todas as tentativas de um casal para o êxito da fecundação, a fim de gerar um filho, isso não ocorra, sendo necessário que o casal busque outros meios para a satisfação desse objetivo.

A Carta da República, em seu art. 226, § 7º, garante que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, apenas competindo ao Estado, nessa situação, assegurar os meios educacionais e científicos para o exercício desse direito. A Lei nº 9.263/1996 foi aprovada com a finalidade de regular o artigo constitucional citado em ordem infraconstitucional.

O diploma normativo citado acima estabelece em seu art. 1º que o planejamento familiar é direito de todo o cidadão. O art. 2º vem a definir que planejamento familiar é o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de

---

43 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos de família**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 203.

constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Por fim, o art. 5º fixa como obrigação do Estado promover as condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

É factível, a partir dos textos normativos da Lei nº 9.263/1996 que o Estado não pode em nenhuma situação interferir na vida do casal, definindo qual o momento que irão gerar seus filhos ou na impossibilidade de o fazê-lo, naturalmente, quais os meios que irão utilizar para alcançar tal fim. Ao Estado cabe, unicamente, garantir os meios para a satisfação dos objetivos do casal no planejamento familiar.

Nessa situação, o casal decidirá qual será o momento em que irá aumentar a sua família, bem como na situação de impossibilidade de que o processo ocorra naturalmente, quais meios artificialmente existentes irão utilizar para tanto. Na situação de infertilidade, a qual é definida, segundo Roger Abdelmassih<sup>44</sup>, como sendo a incapacidade de concepção após um ano e meio de tentativa em uso de método anticoncepcional em ritmo sexual adequado, o casal poderá se valer de técnicas de reprodução assistida.

Na atualidade são inúmeras as técnicas de reprodução sexual assistida que existem e são reconhecidas cientificamente como sendo capazes de realização da fecundação. E a reprodução humana assistida vem a lume com o fito de satisfazer o casal que deseja ter seus filhos, que, no entanto, não podem em razão de problemas ligados à infertilidade.

Tal técnica é conceituada como sendo a intervenção humana no processo reprodutivo, ocorrendo quando há impossibilidade de que ocorra naturalmente, isto é, quando, em razão de problemas relacionados à infertilidade, o casal não alcança a paternidade ou maternidade naturalmente.<sup>45</sup> Segundo Maria Helena Diniz, "reprodução humana assistida é um conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano".<sup>46</sup> É indispensável, então, que a reprodução humana assistida seja assegurada, com a finalidade de que com essa forma de reprodução seja efetivado o direito ao planejamento familiar.

---

44 ABDELMASSIH, Roger. **Avanços na reprodução humana assistida**. São Paulo: Atheneu, 2007. p. 3.

45 SILVA, E. M. **A filiação em face da Reprodução Humana Assistida**. In: **Revista da EMESC, Florianópolis, v. 13, n. 19, 2006, p. 367-398**. Disponível em: <<http://www.esmesc.org.br/site/ima/revista2006/2-1247232309.PDF>>. Acesso em 16 de setembro de 2023. p. 371.

46 DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 475.

Para o cumprimento desse direito, dentre uma grande gama de técnicas, possui como maior destaque a inseminação artificial, a qual consiste no depósito de espermatozóide na cavidade uterina ou no orifício cervical uterino, com ou sem tratamento hormonal da mulher.<sup>47</sup>

### 3.1 Inseminação artificial

A inseminação artificial é a utilização de processos mecânicos e recursos médicos com a finalidade de introduzir esperma no interior do canal genital feminino e sem a ocorrência do ato sexual.<sup>48</sup> Essa técnica de inseminação artificial é bipartida em duas espécies diferentes. A primeira das espécies é conhecida como homóloga e a segunda é chamada de heteróloga. A inseminação homóloga é assim denominada em razão de o material genético utilizado ser do marido ou companheiro da mulher que receberá o gameta masculino. A inseminação heteróloga, a seu turno, tem-se a utilização de material genético de terceiro, o qual não tem ligação com o casal.<sup>49</sup>

A inseminação artificial, então, é, segundo Regina Fiúza Sauwen, o meio de auxílio no processo de fecundação natural humana, a fim de obter fecundação que restou prejudicada pelas mais variadas razões de infertilidade, podendo ser tanto de impotência masculina, incompatibilidade sexual ou problemas relacionados à qualidade do esperma.<sup>50</sup>

A respeito da inseminação artificial homóloga, embora dela se decorra diversas situações jurídicas, inclusive sobre direito sucessório, o tipo de inseminação artificial a que este trabalho tem como enfoque e que causa maiores situações problemáticas no tocante à filiação é a inseminação artificial heteróloga.

---

47 BARBOSA, Ana Gabriela Soares. A problemática jurídico-civil no tocante à reprodução humana assistida heteróloga. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru/Asces**, Caruaru, volume 43, número 1, 2011. Disponível em: <<http://www.asces.edu.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2011-1/reprodu%C3%A7ao%20humana.pdf>>. Acesso em 16 de outubro de 2023. p. 4-5.

48 BARBOSA, Heloisa Helena. **A Filiação em Face da Inseminação Artificial e da Fertilização In Vitro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 45.

49. ALVES, S. M. A. L.; OLIVEIRA, C. C. **Reprodução Medicamente Assistida: Questões Bioéticas**. **Revista Bioética, Brasília, v. 22, n. 1, jan./abr. 2014**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422014000100008&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000100008&lang=pt)>. Acesso em 16 de setembro de 2023.

50 SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito In Vitro: da bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Editor Lúmen Juris, 1997. p. 76.



A ordem jurídica vigente, especialmente o Código Civil, fez previsão desses dois tipos de reprodução humana supracitadas. O art. 1597, III, dispõe que consideram-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga ainda que falecido o marido.

Nessa espécie de inseminação artificial, consoante foi explanado acima, não há maiores complicações, porquanto o material genético utilizado na fecundação realizada por meio artificial é dos dois cônjuges. Em outras palavras, como o material biológico realizado na inseminação artificial homóloga é de ambas as pessoas, haverá coincidência entre a paternidade biológica decorrente do critério sanguíneo e a decorrente da afetividade.

Além disso, ainda sobre a inseminação artificial homóloga, não há sequer necessidade de autorização do marido, porquanto o texto normativo quando diz “mesmo que falecido o marido” deve ser interpretada apenas para fins do estabelecimento da paternidade *post mortem*.<sup>51</sup>

A inseminação artificial heteróloga, por outro lado, causa diversas complicações jurídicas, as quais devem ser solucionadas pela ordem jurídica e pelos aplicadores do direito. De início verifica-se diferença da inseminação heteróloga para homóloga pela disposição constante do art. 1.597, V, do Código Civil, porquanto, embora o dispositivo mencionado não se tenha estabelecido como requisito que o marido seja estéril, no caso de a mulher ser casada, é indispensável que o marido autorize previamente esse procedimento.

Em outros termos, em nenhum momento a Lei, no caso de a mulher ser casada, exige que o marido seja estéril ou por qualquer outro motivo não possa procriar, a única exigência feita é que o marido autorize previamente a utilização de sêmen de terceiro, não necessitando sequer que a autorização seja escrita, apenas que seja prévia.<sup>52</sup>

Sobre essa autorização dada pelo marido, uma vez que tal tenha sido concedida, ela não pode ser revogada, não podendo ser a paternidade contestada pelo critério biológico. Nesse sentido DIAS<sup>53</sup> explica com maestria que “a manifestação do

---

51 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 367-368.

52 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 200.

53 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 369

cônjuge corresponde a uma doação antenatal, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai”.

Logo, na inseminação artificial heteróloga existe um terceiro que faz a doação de seu material genético, diferentemente da homóloga, não haverá coincidência entre as duas formas de paternidades, bem como haverá também o direito à identidade genética assegurada pela ordem jurídica a criança gerada por meio desse procedimento.

### **3.2 Regulamentação da doação para a inseminação artificial heteróloga**

A técnica de inseminação artificial heteróloga (ou reprodução humana assistida heteróloga), como antes explanado, dá-se quando uma mulher vem a ser fecundada não pelo marido ou companheiro, mas, sim, de um terceiro que doou o material genético. É nítido que essa situação é deveras delicada, considerando que quem doa o material genético é um terceiro completamente estranho ao relacionamento do casal e irá inferir na intimidade dos mesmos.

Tendo em vista as questões jurídicas ligadas à inseminação artificial heteróloga, é muito mais do que necessário uma regulamentação, com a finalidade de evitar embates jurídicos e consequências graves no desenvolvimento do seio familiar em que a criança gerada por meio desse procedimento vive, no entanto, não se pode olvidar também o direito à identidade genética a que a criança gerada por meio desse procedimento possui.<sup>54</sup>

No Brasil, além das disposições no Código Civil sobre a inseminação artificial heteróloga, há normatização a respeito em uma Resolução do Conselho Federal de Medicina. Na Resolução nº 2.121 de 16 de julho de 2015 do Conselho Federal de Medicina, estabeleceu-se diversas normas éticas no que diz respeito à reprodução humana assistida. No início da referida resolução, fixou-se como princípio que as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

A aludida resolução estabeleceu, ainda, diversas normas sobre a doação de gametas ou embriões para a inseminação artificial heteróloga. A resolução vedou qualquer caráter comercial ou lucrativo com esse tipo de doação, evitando-se que virasse uma espécie de mercado genético. Além disso, a resolução fixou normas a respeito da privacidade entre o doador e receptor, bem como da compatibilidade destes.

---

<sup>54</sup> PETERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 111.

Pela proibição da Resolução para que a doação de material genético tenha caráter comercial, é possível imaginar que, quem realiza a doação assim o faz apenas com interesse altruístico, todavia, pode haver, ainda, outro interesse. De acordo com a diretora do banco de sêmen “Pro-Seed”, Vera Beatriz Brand, “quem doa faz vários exames gratuitamente”. Tal gama de exames é exigida pela RDC nº 23/2011 da ANVISA, que estabelece ser imprescindível uma triagem laboratorial, sendo critério de exclusão de doadores a existência de infecções transmissíveis em seus exames.<sup>55</sup>

Ainda pela Resolução do Conselho Federal de Medicina é possível extrair que ela teve como objetivo preservar por completo a intimidade e privacidade do doador do material genético, evitando com isso qualquer tipo de ofensa aos direitos da privacidade e intimidade das partes envolvidas nesse processo, no entanto, não se pode perder de vista que a criança gerada por meio desse procedimento tem o direito a conhecer a sua origem genética.

Dentro desse contexto em que se desenvolve um conflito entre os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade *versus* o direito fundamental ao conhecimento da origem genética pelo indivíduo é que o presente trabalho será aprofundado, buscando-se a compreensão desses direitos e a forma pela qual deverá o conflito ser resolvido.

#### **4.DO DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR**

Desde os tempos mais remotos da civilização, incluindo a sociedade grega e a sociedade romana, o direito à privacidade tem grande relevância no desenvolvimento do indivíduo. O direito à privacidade foi, então, evoluindo e ganhando novas facetas até se chegar ao que hoje se tem na Constituição Federal como direito fundamental.<sup>56</sup> O que a constituição visa assegurar como direito à privacidade é que o íntimo não venha a cair no domínio público, protegendo “[...] a vida familiar, pessoal do homem, sua vida interior, espiritual, a que leva quando vive detrás da sua porta fechada”.<sup>57</sup>

---

55 OLIVEIRA, Carolina Lopes de. **Saber ou não saber, eis a nova questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas.** p. 7. Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1757> > Acesso em 15 de outubro de 2023.

56 DUARTE, Jhonatan Felipe Laurindo Gomes. **Os limites da Autonomia Privada nos Contratos de Reprodução Humana Assistida.** Chapecó: UNOESC - Universidade do Oeste de Santa Catarina, 2015. p. 65.

57 SILVA, E. F. **Direito à Intimidade.** 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 52.

A preservação da intimidade é de extrema necessidade para todo e qualquer homem na sociedade, a fim de lhe preservar a sua saúde mental. Sem assegurar essa intimidade contra a crítica do público não é possível assegurar ao homem condições para que ele desenvolva sua personalidade tampouco é possível garantir uma vida plena no meio social, vez que a ausência de guarda da intimidade irá perturbar diuturnamente a tranquilidade da vida particular do indivíduo.

Nesse contexto é indispensável entender o porquê e quais os exatos motivos que o direito à privacidade e à intimidade, assegurados pela Constituição Federal, estabelecem a obrigatoriedade do anonimato do doador nos contratos de material genético e qual a sua finalidade, passando, ainda, pela análise dos contratos de doação de material genético.

## **5.DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA**

Está claramente expresso no art. 5º, inciso X, da Carta da República que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. A Constituição Federal estabelece ainda o direito à intimidade e à privacidade como um limite à liberdade dos meios de comunicação.

Embora a Constituição Federal assegure esses direitos, ela não traz os contornos desses direitos, isto é, no que consistem propriamente e até onde esses direitos se estendem. De início válido destacar que não é comum a distinção entre esses direitos (privacidade e intimidade), em verdade, há, segundo MENDES<sup>58</sup> autores que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo. Cada um desses direitos, então, teria objetos distintos. O direito à privacidade serviria para proteção de comportamentos e acontecimentos que estão ligados aos relacionados no geral, às relações comerciais e profissionais que o particular não quer que sejam de conhecimento público, ao passo que o direito à intimidade estaria ligado às conversas entre as pessoas, amigas e familiares.<sup>59</sup>

O direito à privacidade é consagrado como uma necessidade sentida pelo particular, a fim de se “encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente

---

58 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 318.

59 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 318.

comprometido pelo ritmo da vida moderna”.<sup>60</sup> Manter uma vida privada distinta da vida pública é fundamental para o desenvolvimento da própria personalidade, como também é fundamental para a própria saúde mental do indivíduo. Um indivíduo que está sempre sob constante observação social, sofrendo críticas sobre sua vida particular, não pode gozar de qualquer tipo de paz.

Basta pensar que se há a exposição de todos os erros de uma pessoa, de suas dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade de terceiros completamente estranhos, a pessoa sujeita a essa exposição estará com o desenvolvimento de sua personalidade completamente comprometido, não havendo, aliás, sequer a possibilidade de o indivíduo se autoavaliar ou gozar de qualquer privacidade.<sup>61</sup>

A privacidade ganha ainda maiores contornos se analisada dentro do contexto de determinadas relações humanas, como o casamento, a título de exemplo. A exposição pública de certas informações que só caberia ao casal ter conhecimento, pode arruinar a parceria amorosa, além disso, é de se pensar que é relevante e necessário um núcleo de privacidade entre cada um dos cônjuges.<sup>62</sup>

Maior ainda deve ser a proteção à intimidade e à vida privada na contemporaneidade, pois é de conhecimento público e notório que, graças à *internet*, redes sociais, outras formas de comunicação e transmissão de dados, a difusão de informações além de se dar em tempo real são também inúmeras as informações difundidas, inclusive ocorrendo a propagação de informações que não são sequer verdadeiras.

Na atualidade, graças a esses meios de comunicação e transmissão de informações, é deveras importante que o direito ora tratado seja efetivamente cumprido, porquanto de acordo com o GOMES, SPAREMBERGER e BRUM:

[...] o respeito a esse direito se devem ao fato de que as pessoas, de modo geral, sentem a necessidade de conservar parte de sua vida isenta de observação ou conhecimento por terceiros. Nesse pensar, tem-se que a vida em sociedade se estabelece por meio da dinâmica entre o que se mostra e o que se oculta, sendo, portanto,

---

60 JÚNIOR, Paulo José da Costa. **O direito de estar só**. p. 14. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

61 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.* p. 319.

62 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.* p. 319.

fundamental, que determinados eventos da vida das pessoas sejam resguardados em sua intimidade; quando se considera, em tal cenário, a liberdade de comunicação que se cria nos ambientes virtuais e a rapidez com que as informações circulam na rede, torna-se crucial pensar a proteção da intimidade na internet.<sup>63</sup>

O direito à privacidade e à intimidade, então, tem como finalidade evitar que o indivíduo sofra constrangimentos no meio público em decorrência daquilo que faz em sua vida particular, porquanto pode não ter total orgulho daquilo que faz em sua vida privada ou, embora o que faça na sua vida privada seja lícito, não seja moralmente aceito no círculo social em que vive.

Ainda que, conforme antes exposto, os doadores realizem exames para realizar a doação, não custeando nenhum desses exames, os doadores agem solidariamente, sem esperar nada em troca, seria, então, justo impor a obrigação de revelar a identidade a quem agiu com a finalidade de auxiliar outros casais a terem filhos?

CAITLIN MULHOLLAND<sup>64</sup> leciona que além de todas as possíveis ideias e concepções que se tenha ou adote do direito à intimidade, como, por exemplo: a) o direito de ser deixado só; b) o direito de ter controle sobre a circulação dos dados pessoais; c) o direito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial; deve ser somado também o direito de que o titular tem de determinar qual dado relacionado a sua condição existencial alguém tem o direito de conhecê-lo ou não.

Assim, o direito à privacidade se torna mais específico e com maior gama de proteção, passando a assegurar a pessoa um poder negativo de excluir da própria esfera privada um rol de informações que não deseja que vá a público, ou seja, a pessoa tem o direito de não querer revelar algum fato de sua vida, a fim de proteger a sua intimidade.

O direito de não saber, do doador do material genético, nesse caso, estaria em não querer saber se há ou não indivíduos gerados por meio das suas doações,

---

<sup>63</sup> GOMES, Márcia Letícia. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana. BRUM, Amanda Netto. **Pelo direito de estar só: o direito à intimidade na era da internet.** V congresso ibero-americano de investigadores e docentes de direito e informática. p. 9-10. Disponível em < <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-13.pdf>>. Acesso em 16 de outubro de 2023.

<sup>64</sup> *Apud* OLIVEIRA, Carolina Lopes de. **Saber ou não saber, eis a nova questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas.** Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1757> > Acesso em 26 de outubro de 2023.

porquanto tais informações poderiam lhe impor obrigações que não assumiu ou não era o fim quando realizou a doação.

Logo, esses direitos conduzem, em sentido mais estrito, ao impedimento de que o indivíduo não seja o centro de observação pelos terceiros na sociedade, impedindo, ainda, que os assuntos do indivíduo, suas informações pessoais e outras características particulares sejam levadas ao conhecimento público.

## **6. PRESERVAÇÃO DA VIDA PRIVADA E INTIMIDADE DO DOADOR**

Consoante já fora ressaltado, o indivíduo que realiza a doação de seus gametas, faz a doação com o objetivo de propiciar aqueles que não podem gerar filhos de forma tradicional, fazendo de forma gratuita, sem qualquer intuito lucrativo ou mercantil. O doador, então, não o faz com o objetivo de querer ter uma paternidade, de que seja reconhecido como pai, simplesmente o faz, gratuitamente, de forma solidária. Justamente por fazer com essa finalidade e com essa vontade, é que o doador espera que lhe seja preservada a identidade. As razões para tanto são das mais variadas. Não quer ser reconhecido como pai, pois ele pode constituir no futuro uma família ou, ainda, pode ser que já tenha no presente uma família constituída.

Nessas situações, certamente, se o ato de doação de seus gametas vir a lume do seu círculo social, poderá ele sofrer alguns prejuízos a sua imagem. O anonimato é considerado como princípio fundamental nos tratamentos de reprodução assistida, não apenas pelo Brasil, consoante normatizado na Resolução do Conselho Federal de Medicina, como também em outros países que cuidam desse tema, o anonimato serve de base para esse procedimento. Países como a França, Suíça, Portugal e Canadá fixaram como base da reprodução humana assistida o anonimato. Outros países, por outro lado, como Suécia e Áustria, permitem o conhecimento da origem genética, a partir do atingimento da maioridade civil, desde que não haja busca de vínculo com o doador do material genético.<sup>65</sup>

Percebe-se que, embora em alguns países se permita, sob condições, o conhecimento da origem genética, a regra é a preservação das informações do doador. Os motivos para a preservação desse anonimato podem ser das mais diversas ordens, mas o motivo basilar é que ninguém quer que o que fora feito em seu íntimo venha a se tornar público e lhe causar danos a sua imagem, tampouco se quer reconhecida uma paternidade que não pretendeu desde o início.

---

65 VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 152.

De acordo com Eduardo Leite, o anonimato do doador deve ser preservado, porquanto da doação do material genético não poderá surgir nenhuma consequência parental referente a criança nascida desse procedimento, ou seja, ainda que a criança venha a descobrir quem foi o doador do material que lhe possibilitou a vida, o descobrimento não lhe possibilita a criação de um vínculo jurídico de paternidade. A doação de material genético feita por alguém, foi por ato de disposição de vontade, um ato de generosidade. Por essa razão se justifica o chamado princípio do anonimato.<sup>66</sup>

Aquele que doa o material genético, desde o princípio, não quis que sua identidade fosse revelada, assim o fez por generosidade e como antes disso, não aguarda que em um futuro, esse ato particular venha a ser público, seja em seu círculo social ou na família que recebeu a doação desse material genético.

Não é sem razão que LEITE<sup>67</sup> afirma que o anonimato é uma segurança de autonomia e desenvolvimento normal para a família receptora do material genético e garantia total que o desinteresse do doador será preservado. Esse autor assevera ainda que na hipótese de a identidade do doador for revelada, ele poderá pleitear uma indenização dos danos sofridos aos que foram responsáveis pela quebra desse anonimato.

O anonimato do doador certamente não apenas lhe preservará a sua identidade, como também impedirá que o doador posteriormente venha a se intrometer no meio social da família, evitando, assim, qualquer abalo na estrutura dos graus de parentesco, seja referente aos pais como também aos avós.<sup>68</sup>

Quando o Código Civil vem a dizer no art. 1597, V, que se considera como filho concebido na constância do casamento aquele que foi havido por inseminação artificial heteróloga, quis dizer que o filho nascido por meio desse procedimento fosse tão filho quanto aquele decorrente de um processo natural.

É patente que o Código Civil afasta qualquer possibilidade de que o indivíduo que doou seu material genético para o nascimento de uma criança gerada por inseminação artificial seja considerado pai. O estado de filiação nessa situação é decorrente de uma comunhão de fatos construído entre pais e filhos, independentemente de relação

---

66 LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 145.

67 LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 399

68 Ibidem. p. 341.



sanguínea, o que não altera o estado de filiação, sendo o filho afetivo tão filho quanto o filho por consanguinidade.<sup>69</sup>

Nesse sentido também são ilustres e esclarecedoras as lições de GASPAROTTO E RIBEIRO<sup>70</sup> ao afirmarem que o vínculo de pai e mãe não é simplesmente o ato de gerar um filho ou ter a mesma identidade genética, mas, sim, o ato de assumir os direitos e deveres que o Estado impõe aos pais, ou seja, é o ato de cuidar de uma criança, suprir as suas necessidades mais básicas, dando todo o suporte para o seu desenvolvimento.

Pode-se enxergar que o anonimato do doador tem dupla finalidade, de preservar a sua identidade, impedindo que qualquer pessoa além de si e da clínica tenham conhecimento do seu íntimo, impedir que assuma direitos e obrigações com a criança gerada por meio desse procedimento e que haja qualquer forma de interferência no seio familiar em que vive a criança.

Ora, se o doador no momento em que doa o seu material genético, tem total desinteresse de qualquer forma com a mãe ou com o filho gerado, fazendo a doação apenas por um ato de generosidade e como um auxiliador, a preservação do sigilo da identidade do doador é necessária a fim de garantir que tal ato seja completamente desinteressado e que no futuro se busque o reconhecimento de algum vínculo para assumir direitos ou obrigações.<sup>71</sup>

Por outro lado, existem autores que defendem a possibilidade de se quebrar o sigilo a identidade do doador do material genético, com a finalidade de se obter informações úteis e necessárias à criança gerada, mas que a quebra do sigilo seja feita apenas a partir da criança gerada, mantendo-se o sigilo das partes envolvidas na inseminação artificial. Essa forma de quebra, garantiria que obtivesse acesso sobre a sua

---

69 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 204.

70 GASPAROTTO; RIBEIRO, Beatriz Rodrigues. **Filiação e biodireito: uma análise da reprodução humana assistida heteróloga sob a ótica do código civil**. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04\\_819.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_819.pdf)>. Acesso em: 15 de outubro de 2023. p. 366.

71 SPODE, Sheila e SILVA, Tatiana Vanessa Saccol da. **O Direito ao conhecimento da origem genética em face da inseminação artificial com sêmen de doador anônimo**. *Revista eletrônica do curso de direito UFSM*. Disponível em < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6821>>. Acesso em 16 de setembro de 2017.

história biológica, o conhecimento sobre a possibilidade de desenvolver doenças hereditárias e quais seriam elas.<sup>72</sup>

## 7.CONTRATO DE DOAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO

### 7.1 Autonomia da Vontade e Função Social do Contrato

No art. 5º, II, da Constituição Federal está estabelecido que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, nessa norma encontra-se o início do que é a liberdade de contratar ou mais precisamente, a autonomia da vontade.<sup>74</sup>

Em havendo liberdade de contratar, nada mais justo e lógico, que deve haver uma força vinculante dos contratos, porquanto, se é permitido livremente assumir obrigações ou não, deve-se, a partir do momento de pactuação do contrato, observar precisamente a que se obrigou.

Isso cuida-se da força cogente dos contratos, do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser observados – em tradução livre). Com razão, a liberdade que tem cada cidadão de assumir ou não suas obrigações civis conduzem à vinculação que para ele surgirá em eventual celebração de algum negócio jurídico, ou, em outros termos, aquele que contraiu uma obrigação deve cumpri-la na exata medida daquilo que se obrigou.<sup>75</sup>

Além do *pacta sunt servanda* dos contratos, há, ainda, a presença da função social do contrato, constituindo-se como cláusula geral em que as partes não podem contrair, em um negócio jurídico, obrigações que destoem do equilíbrio contratual, isto é, a impossibilidade de prevalência de cláusulas que imponham desvantagem exageradas.<sup>76</sup>

---

72 FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos direito e família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 112.

73 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 803-804.

74 NETO, Sebastião de Assis. JESUS, Marcelo de. MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil**. 4ª ed. Salvador, Editora jusPODIVM, 2015. p. 865,

75 NETO, Sebastião de Assis. JESUS, Marcelo de. MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil**. 4ª ed. Salvador, Editora jusPODIVM, 2015. p. 865.

76 NETO, Sebastião de Assis. JESUS, Marcelo de. MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil**. 4ª ed. Salvador, Editora jusPODIVM, 2015. p. 866.

Dessa forma, a autonomia da vontade das partes, expressão de liberdade de contratar, só pode, no entanto, determinar o conteúdo do negócio jurídico contraído pelo cidadão se estiver em consonância com os limites legais impostos pela função social do contrato.

## 7.2 O contrato de doação

Inicialmente há de destacar que no Brasil é vedada a comercialização de materiais genéticos, consoante estabelecido nas Leis nº 9.434/97 e nº 11.105/05, bem como na Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 2.121/2015 proíbe a comercialização de material genético para fins de reprodução assistida, apenas permitindo-a para fins altruísticos.

Em que pese toda a proibição existente, não são raros os casos em que ocorrem a comercialização de material genético. Em matéria publicada no jornal “O Estado de São Paulo”, em outubro de 2006, foi divulgada a prática em que uma mulher jovem, produtora de óvulos, mas sem recursos financeiros para o tratamento necessário para engravidar, doa seus óvulos para outra mulher com recursos financeiros, a qual, porém, não tem condições biológicas de produzir óvulos, em troca do custeio do tratamento para engravidar.<sup>77</sup>

Independentemente desses casos em que, embora haja a vedação da comercialização, ocorram uma comercialização de materiais genéticos, a relação jurídica firmada entre o doador de material genético e os bancos de armazenamento tem natureza de contrato de doação, nos termos do art. 538 do Código Civil<sup>78</sup>, “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra pessoa”. Nesse caso, configura-se um negócio jurídico, porquanto se cuida da manifestação de vontade humana que tem como objetivo a produção de determinado efeito jurídico.

Em hipótese que a pessoa deseja realizar a doação de material genético, procura-se um estabelecimento autorizado e manifesta o desejo de realizá-la e, após

---

77 IWASSO, Simone. **Óvulo é moeda em clínica de fertilização**. O estado de São Paulo. São Paulo, 1 de outubro de 2006, A16-A17.

78 BRASIL. Código Civil. Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

submeter-se aos procedimentos necessários, sendo aprovada nos exames preventivos, efetiva-se a doação.

Para se configurar como contrato de doação, é necessário que se estejam presentes os seguintes pré-requisitos, além dos requisitos gerais de qualquer negócio jurídico estabelecidos pelo art. 104 do Código Civil: 1. Gratuito, porquanto a carga contratual ficará por conta de um dos contratantes, cabendo ao outro auferir os benefícios; 2. Comutativo, pois ambos os contratantes sabem, desde a origem, suas respectivas prestações; 3. Típico, pois cuida-se de espécie de contrato expressamente previsto no Código Civil; 4. Não solene, pois a sua forma não está disposta na Lei; 5. Principal, porquanto é independente de qualquer outra espécie de contrato; 6. Instantâneo, pois as partes adquirem e cumprem suas obrigações quando da doação.<sup>79</sup>

Por fim, no que concerne à possibilidade de classificar o contrato como uni, bi ou plurilateral, a melhor opção é não utilizá-la, pois, a depender dos desdobramentos futuros, poderá haver variação. De início tal contrato de doação apresenta-se como unilateral, no entanto, ele pode tornar-se até plurilateral, pois envolverá, além do doador e do banco de armazenamento donatário, terceiro interessado em se beneficiar dos procedimentos de fertilização assistida heteróloga, e, ainda, em último ponto, a própria criança gerada desse procedimento.<sup>80</sup>

### **7.3 Direitos e deveres no contrato de doação de material genético (doador e banco de armazenamento)**

Para que seja concretizado o contrato de doação, deve ser realizada a doação de material genético pretendida. Esse é o dever principal do doador e, em relação a outra parte, em regra não cabem obrigações, no entanto, nada impede o estabelecimento de cláusulas em sentido contrário.

A obrigação da outra parte (banco de armazenamento) e direito do doador, seguindo a linha perfilhada na Resolução de Medicina antes mencionada, é a proteção da identidade do doador do material genético, preservando-se todas as

---

79 CAMARGO, Lucas Couceiro Ferreira de. **Responsabilidade civil do doador de matéria genética na inseminação artificial heteróloga**. p. 59. Disponível em: <  
<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/DNPCGTCTEPYN.pdf> > Acesso em: 15 de outubro de 2023.

80 CAMARGO, Lucas Couceiro Ferreira de. **Responsabilidade civil do doador de matéria genética na inseminação artificial heteróloga**. p. 60. Disponível em: <  
<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/DNPCGTCTEPYN.pdf> > Acesso em: 15 de outubro de 2023.

características e necessidades que lhe são relacionadas, consoante fora exposto anteriormente.<sup>81</sup>

Referente aos direitos e deveres dos bancos de armazenamento, tais são os mesmos direitos e deveres atinentes ao doador, pois os bancos de armazenamento receberão o material genético e poderão utilizá-los da forma como melhor julgarem necessário, sem, evidentemente, infringir o ordenamento jurídico. Deve-se, ainda, respeitar eventuais cláusulas que estejam pactuadas em instrumento público ou particular firmado com o doador, sob pena de revogação da doação, com fulcro no art. 555 do Código Civil<sup>82</sup>, bem como sob pena de indenização, com fundamento no art. 186 do Código Civil.<sup>83</sup>

## 8.O QUE É IDENTIDADE GENÉTICA?

A filiação consoante se explicou em capítulo anterior poderá ocorrer biologicamente ou natural, ou civil ou não biológica. Quando a paternidade for a socioafetiva, a origem genética do indivíduo gerado jamais será a mesma do pai, porquanto pressupõe que a carga genética transmitida pelo homem é diversa, não existindo lações sanguíneas.

Isso ocorre nas situações de adoção e nas situações de inseminação artificial heteróloga, que é o foco deste trabalho. A criança gerada por meio desse tipo de inseminação artificial só poderá ser conhecida geneticamente por meio da genitora da criança e do doador dos gametas masculinos, uma vez que a carga genética advém dos genitores. Portanto, o marido, da esposa que recebeu doação dos gametas masculinos, exercerá sempre a paternidade socioafetiva, considerando que é inexistente a presença de carga genética do marido na criança gerada.

Nos casos de inseminação artificial heteróloga a criança gerada apenas conhece a origem genética da mãe, mas a origem genética que possui advinda do doador do sêmen é completamente desconhecida, considerando que desde o início do

---

81 CAMARGO, Lucas Couceiro Ferreira de. **Responsabilidade civil do doador de matéria genética na inseminação artificial heteróloga**. p. 60. Disponível em: <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/DNPGCTCTEPYN.pdf>> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

82 BRASIL. Código Civil. Art. 555. A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)> Acesso em: 17 de outubro de 2023.

83 BRASIL. Código Civil. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)> Acesso em: 18 de outubro de 2023.

procedimento, pelo contrato de doação, se impõe o sigilo sobre o doador dos gametas masculinos.

A pessoa humana deve gozar de diversos direitos para que possa se desenvolver com dignidade, deve gozar de direitos que lhe confirmem essencialidade e individualidade no meio social. Esses direitos servem como proteção da personalidade humana e garantia de seu desenvolvimento, os conhecidos direitos da personalidade. Nesse rol de direitos da personalidade encontram-se os direitos à vida, à integridade psicofísica, à intimidade, à liberdade, à imagem e à identidade<sup>84</sup>.

No que diz respeito à identidade, a interpretação não se limita ao aspecto do nome, indo muito além disso, porquanto, nos dizeres do jurista Guilherme Calmon, *ipsis litteris*.

Além do direito ao nome, há outros elementos que devem, obrigatoriamente, ser concebidos na noção mais abrangente do direito à identidade pessoal. Devem, desse modo, ser considerados elementos relativos à integridade físico-psíquica da pessoa e à sua inserção na vida social, como a imagem de sua vida, sua história pessoal, sua honra objetiva e subjetiva, sua identidade familiar, sua identidade cultural, política e religiosa, entre outros. [...]

A identidade pessoal, portanto, não se restringe ao nome, mas abrange outros elementos considerados fundamentais que se situam no campo pessoal, familiar, social e comunitários e, entre eles, se insere na história pessoal do indivíduo<sup>85</sup>.

A identidade pessoal envolve inúmeras características sociais, como, por exemplo, as que são decorrentes do desenvolvimento educacional, ambiental e pessoal, consoante pode ser verificado do artigo 3 da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO, *in verbis*:

Cada indivíduo tem uma constituição genética característica. No entanto, não se pode reduzir a identidade de uma pessoa a

---

84 LIMA, Beatriz Chiesse de Andrade Albuquerque. **O direito à origem genética e a tutela da personalidade nos casos de inseminação artificial heteróloga**. p. 15. Disponível em: < [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2012/trabalhos\\_12012/beatrizchiesselima.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/beatrizchiesselima.pdf) > Acesso em: 15 de outubro de 2023.

85 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação- o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento e parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 1. p. 904.

características genéticas, uma vez que ela é constituída pela intervenção de complexos factores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afectivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade.<sup>86</sup>

A identidade genética compõe uma das facetas da identidade pessoal, que participa como fator somatório da formação do ser humano. Em outras palavras, a identidade pessoal contempla elementos que constituem a identidade genética com viés de aperfeiçoamento ou de superação, mas também no sentido de limitar as potencialidades humanas.

A identidade genética por outro lado também se revela como uma referência biológica de cada ser humano, o qual busca sempre conhecer suas origens, consoante explica a jurista Maria Christina de Almeida, *ipsis litteris*:

[...] toda pessoa necessita saber sua origem – trata-se de uma necessidade humana – e desenvolver sua personalidade a partir da paridade biológica, não se podendo identificar no sistema jurídico brasileiro da atualidade, quando prevê a possibilidade de revelação da origem genética, seja em nível constitucional ou em nível infraconstitucional um abrigo seguro do anseio de permitir à pessoa a construção de sua própria identidade.<sup>87</sup>

Nesse sentido são precisas as lições dos juristas Thiesen e Sparemberger sobre a conceituação da identidade genética, *in verbis*:

Identidade pessoal, a qual se define como uma ideia de relação do indivíduo com os demais membros da sociedade, um referencial social construído ao longo da vida, por meio de relações recíprocas que abrangem elementos genéticos da pessoa humana como um ser irreptível, original e único, em constante construção no âmbito das relações interpessoais. Além ainda, de compreender uma dimensão relativa, na qual encontra-se 'justamente a ideia de relação com as

---

86 UNESCO. **Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos**. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_inter\\_dados\\_genericos.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf)> Acesso em 15 de outubro de 2023.

87 ALMEIDA, Maria Christina de. **Dna e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 127.

outras pessoas, ou seja, toda construção da história pessoal, noção bem mais complexa e abrangente’.”<sup>88</sup>

Demais disso, CAROLINA FERREIRA<sup>89</sup>, advogada que publicou um livro no ano de 2010 com o título de “O nome do meu pai é doador”, foi revelado que em uma pesquisa com 485 adultos que foram crianças geradas por meio de procedimento de reprodução humana assistida heteróloga, os filhos de doadores anônimos entrevistados nutriam um imenso sentimento de perda, pois a eles foi negado o direito de saber quem são seus pais.

O direito de saber a origem genética ou identidade genética está intrinsicamente ligada ao direito de conhecer a própria história, pois, se a criança nasceu por meio do método de reprodução humana assistida heteróloga, buscar o conhecimento de quem foi o doador do sêmen tem ligação com a sua própria existência e compõe uma parte de sua história.

Portanto, a identidade genética deve ser entendida como intimamente ligada aos direitos da personalidade e, em consequência, ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como tal identidade integra a identidade pessoal do sujeito como um dos inúmeros caracteres que compõem o seu ser e seu patrimônio histórico.

## **9.BASE JURÍDICA DO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA**

A busca por suas origens genéticas pode ter como fundamento os mais diversos motivos, a criança pode ter como interesse descobrir suas características biológicas, sua voz, altura, cor, cabelos, etc. Esse direito não se limita à busca da origem genética, isto é, ao seu autoconhecimento. A busca pode também ocorrer por motivos médicos, em busca de resguardar o direito à saúde e a própria vida da criança.

Nesse diapasão o eminente jurista Paulo Luiz Netto Lôbo elucida que, *ipsis litteris*:

---

<sup>88</sup> THIESEN, Adriane Berlesi; SPARAMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da biconstituição**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, Vol. 7, n. 7, (jan/jun. 2010). p. 48. Disponível em: <<http://revistaeletronicacardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/307/230>> Acesso em 20 de outubro de 2023.

<sup>89</sup> OLIVEIRA, Carolina Lopes de. **Saber ou não saber, eis a nova questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas**. Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1757> > Acesso em 25 de outubro de 2023 p. 236.



Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a fortiori, da vida.<sup>90</sup>

É certo afirmar que o conhecimento de sua origem genética é um direito da personalidade, porquanto se compõe como formação da identidade do indivíduo, além disso, constitui-se como uma forma de garantir a própria integridade física e corporal.

Mais uma vez o jurista Paulo Luiz Netto Lôbo é magistral aduzindo que “o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente um direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano”.<sup>91</sup>

Os chamados direitos da personalidade não são apenas dotados de características próprias que o diferenciam, como imprescritibilidade, irrenunciabilidade etc. Os direitos da personalidade buscam garantir a pessoa humana um tratamento igualitário e justo, concretizando o princípio da dignidade humana. Por isso, que os direitos da personalidade são ligados ao mínimo existencial, isto é, a garantia de realização de direitos ligados à personalidade sem a qual o indivíduo não viverá com dignidade.

Esse direito de acesso à identidade genética ou direito ao conhecimento da origem genética é um direito que trata precipuamente da criança gerada por meio da técnica de reprodução assistida denominada de inseminação artificial heteróloga em descobrir a sua ancestralidade ou ascendência genética. O direito busca assegurar ao indivíduo conhecer suas origens, descobrindo-se o doador. A busca por esse conhecimento é a própria consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto, enquanto direito personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, assegurado ao indivíduo porquanto se cuida de um direito fundamental.

Com o fito de proteger a personalidade, é feita uma tripartição nesse dever de guarda. Primeiramente, protege-se os atributos físicos, como a integridade física. Em segundo lugar, busca-se proteger os atributos psíquicos, para os quais se tutelam: a intimidade, a vida privada e o direito ao segredo; a proteção de atributos morais e

---

90 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>> Acesso em 15 de outubro de 2023.

91 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>> Acesso em 15 de outubro de 2023.

intelectuais, como, por exemplo, a honra e direito do autor. Tudo isso, no entanto, não se trata de um rol taxativo, mas, sim, exemplificativo, pois não esgotam os direitos da personalidade tampouco a sua forma de proteção, vez que é o mínimo de garantia que deve ser dada com a finalidade de que o indivíduo possa se desenvolver com dignidade.<sup>92</sup>

Os direitos da personalidade contemplam o indivíduo em sua totalidade, porquanto, na atual concepção sobre esses direitos, é indispensável que o indivíduo seja visto como o centro do sistema. A partir disso, colocando-se a pessoa como centro do sistema, desenvolve-se um plexo normativo com o objetivo principal de desenvolver a dignidade humana. Justamente por isso é que se pode afirmar que o princípio da dignidade humana é a base para grande parcela dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, fundamentando-se também o direito à identidade genética, como direito da personalidade.<sup>93</sup>

Em que pese a Constituição Federal no art. 5º liste quais são os direitos e garantias fundamentais, bem como as limitações aos direitos inerentes a qualquer pessoa, incluindo o direito da personalidade, que é garantido a todos, por ser direito inato, outros podem ser incorporados e aceitos pelo sistema, sendo inexistente o conflito entre a tipicidade aberta e a cláusula geral de direitos fundamentais<sup>94</sup>.

Nossa Carta Magna não cuida de trazer um rol completo de direito fundamentais, deixando aberta a possibilidade de reconhecimento de novos direitos fundamentais, ainda que não estejam positivados, pois em razão da densidade de seu conteúdo merecem também proteção constitucional.<sup>95</sup>

A enumeração feita pela Constituição Federal cuida-se enumeração aberta, isto é, enumeração que abre a possibilidade de ser preenchida ou completada sempre que

---

92 STIEVEN, Patrícia Luzia. **O direito ao conhecimento da identidade genética na reprodução humana heteróloga**. p. 16. Disponível em: <[http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/mestrado/DISSERTA%C3%87%C3%83O\\_-\\_Patricia\\_Luzia\\_Stieven.pdf](http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/mestrado/DISSERTA%C3%87%C3%83O_-_Patricia_Luzia_Stieven.pdf)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

93 STIEVEN, Patrícia Luzia. **O direito ao conhecimento da identidade genética na reprodução humana heteróloga**. Disponível em: <[http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/mestrado/DISSERTA%C3%87%C3%83O\\_-\\_Patricia\\_Luzia\\_Stieven.pdf](http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/mestrado/DISSERTA%C3%87%C3%83O_-_Patricia_Luzia_Stieven.pdf)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

94 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Revista Justa Navigandi., Teresina, ano 8, n. 119, 31 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade>> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

95 PETERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à Identidade genética na constituição brasileira**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2007. p. 89.

se reconheça novas faculdades além daquelas que se encontravam definidas no momento da elaboração e aprovação do texto constitucional primário.<sup>96</sup>

O direito de acesso à identidade genética muito embora não esteja consagrado no rol dos direitos fundamentais, que não é taxativo, positivados na Constituição Federal, é um direito fundamental, porquanto está ligado à dignidade humana, restando aberta a possibilidade de identificação de outros direitos fundamentais, conforme se extrai do § 2º do art. 5º da Carta Magna ao dizer que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Demais disso, os direitos fundamentais que antigamente tinham como escopo apenas proteger reclamações comuns a todos os homens, evoluíram a, igualmente, proteger seres humanos que se singularizam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Os indivíduos, por conta de peculiaridades diversas, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana. Daí que se tem a confirmação de direitos especiais aos enfermos, aos deficientes, às crianças, aos idosos etc. O homem, então, não é mais visto apenas em abstrato, mas considerado o seu ser e estar na sociedade.<sup>97</sup>

Por fim, em contraponto ao direito de não saber, em proteção ao direito à intimidade e à privacidade, há o direito da criança gerada por meio da reprodução assistida heteróloga o direito de saber a própria origem genética, ou seja, o direito que o indivíduo tem de conhecer e construir a sua identidade genética.

## 10. MEIOS DE BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA E SUA CASUÍSTICA

Tanto em âmbito jurisprudencial quanto em âmbito doutrinário, ao se traçar quais os meios adequados para a instrumentalização da busca à identidade genética, tem-se falado em ação investigatória de paternidade, esta com previsão na Lei nº 8.560/1992 quanto no *habeas data*, este com previsão constitucional e previsão na Lei nº 9.507/1997. Certo é que há uma divergência entre qual seria o instrumento processual adequado para o fim almejado.

---

96 PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à Identidade genética na constituição brasileira**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2007. p. 90.

97 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 177.

A ação de investigação à paternidade, embora a doutrina afirme que seria a ação própria para tanto, para outros não seria o mais adequado para tal fim, pois o que se busca não é a paternidade, mas sim, o conhecimento da origem genética, qual poderá não implicar o reconhecimento da paternidade. Nesse sentido, magistralmente, LOBO, ensina que, *in verbis*:

Uma coisa é vindicar a origem genética, outra, a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação genética do filho e do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de doador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição da paternidade. **Consequentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim.** (grifo nosso).<sup>98</sup>

Afirmam que o estado de filiação e paternidade não se confundem. A paternidade, não decorre unicamente do vínculo biológico, mas também e fortemente de vínculo socioafetivo. Na situação das inseminações artificiais heterólogas há uma relação parental anteriormente estabelecida, porém, ainda nesse caso, não seria certo dizer que se cuida de ação de investigação de paternidade, porquanto a ação movida para a busca da identidade genética deve-se limitar ao descobrimento da ascendência genética, não repercutindo com efeitos do reconhecimento de paternidade.

O remédio constitucional *habeas data*, com previsão no art. 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal e regulamentado pela Lei nº 9.507/1997, serve como meio para obter informações relacionadas à pessoa que o impetra, desde que as informações constem de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

No tocante à amplitude, o *habeas data* serve de instrumento para tutelar direitos ameaçados de lesão, concretamente violados ou simplesmente não atendidos, destinando-se a proteger a esfera pessoal de alguém, ainda mais sob enfoque das informações existentes nos bancos ou registros de dados. Objetiva-se, portanto, proteger

---

<sup>98</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>. p. 54

e concretizar uma ordem constitucional transparente, com amplo acesso à informação, em especial quando ligada ao impetrante.<sup>99</sup>

Em igual sentido do que é exposto, MENDES E BRANCO<sup>100</sup> são esclarecedores ao ensinarem que o texto constitucional não deixa qualquer espécie de dúvida, pois o *habeas data* protege a pessoa não apenas referente aos bancos de dados de entidades governamentais, bem como no que concerne aos bancos de dados de caráter público geridos por pessoas privadas.

No tocante ao âmbito de conformação e limitação do *habeas data* tem se propugnado que nos termos do art. 5º, XXXIII, o acesso as informações pleiteadas por meio desse remédio constitucional não poderiam abranger aquelas de cunho sigiloso, que são imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, todavia, essa ressalva e qualquer outra espécie de exceção não pode servir para banalizar esse remédio, sob pena de se tornar inútil a garantia ora tratada. Além disso, é de asseverar que se revela inadmissível o encobrimento de dados, sob fundamento de sigilo, quando são de caráter pessoal e são relacionados ao próprio sujeito solicitante.<sup>101</sup>

O *habeas data* é, então, a garantia constitucional que permite que o impetrante busque a sua identidade pessoal no âmbito da reprodução assistida heteróloga. Servindo tal remédio, em caso de negativa de quem detém a informação, como instrumento para obtenção, podendo o juiz, nessa hipótese, previamente, avaliar o interesse da revelação da informação ao impetrante do *habeas*.<sup>102</sup>

---

99 GAMA, Ricardo Rodrigues da. **Teoria geral do direito familiar**, 1ª Ed., Campinas: Russel Editores, 2007. p. 911. Apud OLIVEIRA, AYSHA, Sella Claro de. **O direito à identidade genética na reprodução humana assistida heteróloga**, 2008, p. 74, disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2013/08/O-DIREITO-A-IDENTIDADE-GENETICA-NA-REPRODUCAO-HUMANA-ASSISTIDA-HETEROLOGA.pdf>>. Acesso em: 29 de abril de 2023.

100 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 496.

101 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 497.

102 GAMA, Ricardo Rodrigues da. **Teoria geral do direito familiar**, 1ª Ed., Campinas: Russel Editores, 2007. p. 915-917. Apud OLIVEIRA, Aysha Sella Claro de. **O direito à identidade genética na reprodução humana assistida heteróloga**, 2008, p. 74, disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2013/08/O-DIREITO-A-IDENTIDADE-GENETICA-NA-REPRODUCAO-HUMANA-ASSISTIDA-HETEROLOGA.pdf>>. Acesso em: 29 de abril de 2023.

Apesar de todos os argumentos erigidos, é defendido que, inexistindo ação própria para o fim explanado acima, bem como que o Estatuto da Criança do Adolescente não prevê quaisquer restrições à propositura de ação de investigação de paternidade, esse tipo de ação poderia ser utilizada em casos de reprodução humana assistida heteróloga.

Embora pela fundamentação do *habeas data* não seria a ação de investigação de paternidade a mais adequada, pois o que se busca na origem da identidade genética é conhecer a sua ancestralidade, não se confundindo com o estado de filiação todavia, considerando-se que, como é de conhecimento notório e cediço em sede processual, o importante em uma demanda são os fatos e o pedido, desde que haja norma que embase a pretensão, a intitulação dada à demanda seria irrelevante.<sup>103</sup>

Sobre a casuística do tema, não são muitos os casos em que se é possível encontrar o teor das decisões, principalmente considerando que os processos correm em sigilo, porquanto são afetos ao direito de família, todavia, foram encontrados alguns casos que abordaram com certa profundidade o objeto do presente estudo, sendo possível extrair diversas informações significativas trilhadas pela ainda incipiente, nesse assunto, jurisprudência brasileira.

Em 2013, em julgamento do recurso de Agravo de Instrumento<sup>104</sup>, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferiu

---

103 Aysha, Sella Claro de. **O direito à identidade genética na reprodução humana assistida heteróloga**, 2008; disponível em: < <http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2013/08/O-DIREITO-A-IDENTIDADE-GENETICA-NA-REPRODUCAO-HUMANA-ASSISTIDA-HETEROLOGA.pdf> >. Acesso em: 29 de abril de 2018.

104 AGRAVO DE INSTRUMENTO. **PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO**. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU. 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. 2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. **Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício**. 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção

interessantíssimo acórdão. No caso *sub judice*, foi formulado pedido de registro de nascimento em que um casal homoafetivo, que concebeu um bebê por meio de reprodução assistida heteróloga, pretendia-se a citação do doador do material genético e do banco de armazenamento, a fim de que fosse solucionada a questão que supostamente entendiam haver sobre o registro da criança, pois dependeria do pai para lhe reconhecer o estado de filha do casal.

Em primeiro grau o juízo *a quo* determinou a citação do laboratório responsável pela inseminação e do doador anônimo, bem como determinou a nomeação de curador especial à criança gerada pelo procedimento, todavia, o Tribunal de Justiça entendeu que haveria desnecessário tumulto processual nesse caso, pois não haveria lide no caso ou pretensão resistida, uma vez que, em atendimento ao superior interesse da criança, que determina o registro para lhe conferir *status* de filha do casal, seria desnecessária a citação de quaisquer outras pessoas para uma lide inexistente, pois com o registro a criança como filha do casal já ostentaria o nome da família que lhe concebeu.

Em que pese o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não tenha deferido o pedido do casal homoafetivo para a citação do banco de armazenamento e do doador, fez a ressalva sobre o direito da criança. Assentou o referido Tribunal que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Entretanto, cuida-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade – e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício.

---

das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. **O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga.** Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. **(Agravo de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013).**

O STJ, em recente julgamento<sup>105</sup>, adotando o entendimento do STF no RE nº 898.060, com repercussão geral, entendeu que a existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis.

O STF, no Recurso Extraordinário nº 898.060/106 com repercussão geral reconhecida, fixou a seguinte tese jurídica: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não

---

105 RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, § 6º, DA CF/1988. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. 1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. 4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido. **(REsp 1618230/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 10/05/2017)**

106 Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. (...) 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). **16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-**



em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitantemente baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”

Tanto no caso julgado pelo STJ quanto no caso julgado pelo STF, ambos referem-se aos casos de adoção. Em tais casos, o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura no art. 27 a busca pela origem genética, inclusive com efeitos patrimoniais.

No caso dos filhos nascidos por meio de técnicas de reprodução humana assistida heteróloga, assim como na adoção, o filho não descende biologicamente de seus pais e pode-se afirmar, igualmente, que desconhece os seus pais biológicos. Todavia, ocorre que, diferentemente do filho adotivo, o filho nascido por meio de inseminação artificial heteróloga não tem a possibilidade de investigar sua origem biológica, conforme previsão expressa na Lei – tem a possibilidade de manejar *habeas data* como antes explanado, mas não ação própria – como no caso do filho adotivo.<sup>107</sup>

O Jurista RÜGER<sup>108</sup> advoga que, *in verbis*:

(...) O filho adotivo, via de regra, tem a possibilidade de investigar sua origem biológica, através de um pedido judicial de expedição de uma certidão de inteiro teor. O registro civil mantém arquivados todos os dados anteriores à adoção, bem como o mandado judicial que determinou o cancelamento do registro anterior. (...) Tal possibilidade viabiliza ao adotado oportuno do direito de conhecer as próprias origens.

Assim, considerando que a Constituição Federal veda o tratamento desigual entre os filhos, com fulcro no art. 227, § 6º, tem-se, com esse fundamento a

---

**se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (RE 898060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017)**

<sup>107</sup> OLIVEIRA, Carolina Lopes de. **Saber ou não saber, eis a nova questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas.** p.18 Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1757> > Acesso em 29 de abril de 2023.

<sup>108</sup> RUGER, André. **Conflitos familiares em genética humana: o profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber.** 2007. p. 122-123. Disponível em: < [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_RugerA\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RugerA_1.pdf) > Acesso em: 29 de abril de 2023.

possibilidade de busca da identidade genética pelo filho nascido da reprodução humana assistida heteróloga, porquanto se revela como desproporcional a garantia de busca à identidade genética pelo adotivo, mas não ao filho nascido da referida inseminação artificial.<sup>109</sup>

Considerando essa paridade, permitindo-se a utilização da ação com fundamento em norma de busca à origem genética prevista no ECA, há que se fazer uma indispensável distinção. Consoante antes se afirmou, o estado de filiação não se confunde com a origem genética. O estado de filiação refere-se aos laços afetivos construídos entre pais e filhos, tendo natureza jurídica de Direito de Família, enquanto que a origem genética é considerada como uma das facetas do direito da personalidade.<sup>110</sup>

Logo, quando alguém faz uma doação de material genético, sabe que se o seu material doado for utilizado em técnica de reprodução humana assistida heteróloga, sendo bem-sucedida a técnica de reprodução, uma criança nascerá e será biologicamente o seu descendente. O que ocorre, inevitavelmente, é que o indivíduo será, indiscutivelmente, seu descendente biológico, sendo fator impossível de apagar da história genética de ambos, no entanto, o que o doador pode querer, e há de ser defendido, é controlar as consequências da doação do material genético, como, impedir que por meio dessa doação seja transformado em pai da criança, com assunção de obrigações patrimoniais e efetivadas advindas dessa nova situação jurídica.<sup>111</sup>

Nesse cenário evidencia-se a diferença entre os casos de adoção julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal e o caso da criança nascida de reprodução humana assistida heteróloga, pois em todos esses casos de adoção julgados os pais biológicos quiseram – ainda que não “conscientemente” – gerar a criança e, por motivos diversos, por exemplo, abandono ou perda da tutela sobre a criança, esta foi adotada por outra família, ganhando estado de filiação diverso do biológico.

---

109 OLIVEIRA, Carolina Lopes de. **Saber ou não saber, eis a nova questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas.** p. 18.

Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1757> > Acesso em 29 de abril de 2023.

110 MELO, João Ozorio de. **Doador de espermatozoides tem direito à paternidade nos EUA.** In revista consultor jurídico, Estados Unidos, 17 de maio de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-17/eua-tribunal-decide-doador-esperma-direito-paternidade>> Acesso em: 30 de abril de 2023.

111 OLIVEIRA, Carolina Lopes de. **Saber ou não saber, eis a nova questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas.** p. 21

Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1757> > Acesso em 29 de abril de 2023.

A seu turno, a criança nascida por meio da reprodução humana assistida heteróloga nunca chegou a ser o fim do doador do material genético – aliás, o doador do material genético e a mulher receptora dos gametas masculinos sequer se conhecem. O doador do material genético assim fez a doação de seus genes para fins altruísticos, auxiliando outro casal a concretizar o objetivo de ter filhos, mas não com o objetivo de constituir família.

A partir dessa concepção torna-se difícil defender a utilização ampla e irrestrita de ação de investigação de paternidade – ainda que sob o fundamento de paridade previsto no art. 227, § 6º, da CF/88 –, pois a diferença é patente. Nessa situação não há como sustentar a aplicabilidade exata da mesma ação com previsão do ECA, pois inaplicável as regras de hermenêutica que segundo as quais: *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir).<sup>112</sup>

Pelas peculiaridades do caso, há de se defender a utilização da ação de investigação de paternidade prevista no ECA, sem, no entanto, consequências patrimoniais advindas do descobrimento da ancestralidade ou descendência biológica, sob pena de desvirtuar completamente e encerrar o instrumento da reprodução humana assistida heteróloga. Não sendo difícil imaginar que muitas pessoas deixariam de doar o material genético ou, então, os que já tivessem realizado a doação iriam pretender a inutilização do material genético.

Se a utilização do *habeas data* se revela como o melhor instrumento de obter a ancestralidade genética da criança gerada, evitando-se as consequências patrimoniais que poderiam advir de uma ação de investigação de paternidade, caso esta não seja limitada pelas peculiaridades do caso, qual o sentido de se defender a utilização de norma prevista no ECA para obter a ancestralidade genética ao lado do remédio constitucional do *habeas data*? A motivação para defesa da ação de investigação de paternidade, desde que seja limitada, é de natureza processual.

Para a utilização do *habeas data* é imprescindível que se tenha prova pré-constituída, isto é, todos as questões discutidas judicialmente estejam, inicial e previamente, provadas, não sendo necessária dilação probatória para o deslinde do caso. O procedimento do *habeas data*, da forma que se encontra na Lei nº 9.507/1997, não é

---

<sup>112</sup> STF, AI 835.442/RJ, Rel. Min Luiz Fux, 9 de abril de 2013. p. 2. Disponível em: <> Acesso em: 30 de abril de 2023.

passível de dilação probatória, sendo aplicável o mesmo princípio do mandado de segurança. Logo, toda a documentação que instrui a inicial deverá, por si só, comprovar o direito do impetrante.<sup>113</sup>

Pode ocorrer, no entanto, dependendo do caso, que o *habeas data*, pela sua cognição limitada, não possibilite ao impetrante justificar as suas alegações por meio de prova pré-constituída, a fim de fundamentar a sua busca pela ancestralidade, pois, como é de conhecimento pacífico, a prova pré-constituída se refere aos fatos da causa, e, dependendo da natureza das informações e do banco de dados que se requer, os fatos não apenas serão altamente complexos, como também será necessária a produção de outras provas a embasar a busca pela ancestralidade.<sup>114</sup>

A ação de investigação de paternidade, ainda que não seja a mais adequada para o fim almejado pelo que fora exposto, desde que se faça as devidas limitações ao seu objeto, revela-se como instrumento que possibilita mais ampla dilação probatória, nos termos do art. 2º-A da Lei nº 8.560/92<sup>115</sup>. Na ação de investigação de paternidade poderão ser utilizados como meios de prova: documentos, testemunhas, exames de sangue e DNA, perícias, dentre outras.<sup>116</sup>

Portanto, embora seja explanado em capítulo próprio, a busca da identidade genética da criança gerada por meio de reprodução entra em conflito com o direito à privacidade e à intimidade do doador do material genético, pois este realizou a doação do material para fins altruístico, não para o fins de ter um filho tampouco com o fim de exercer o papel de pai na vida da criança, todavia, a criança gerada por meio desse procedimento, por inúmeros motivos, pode querer descobrir a identidade genética, chegando a encontrar quem seria o seu “pai biológico”.

Para a busca da identidade genética, deduzindo-se a pretensão em juízo, o *habeas data* seria o remédio constitucional mais preciso, no entanto, em que pese a ação de investigação de paternidade não seja o meio mais adequado pelas razões explicitadas,

---

113 MEIRELLES, Hely Lopes. WALDO, Arnold. MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 34ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 366

114 MEIRELLES, Hely Lopes. WALDO, Arnold. MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 34ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 366

115 BRASIL. Lei nº 8.560/1992. Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. (Incluído pela Lei nº 12.004, de 2009). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8560.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm)> Acesso em 30 de abril de 2023.

116 NETO, Sebastião de Assis. JESUS, Marcelo de. MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil**. 4ª ed. Salvador, Editora jusPODIVM, 2015. p. 1592.

há de se defender o seu manejo, com as devidas ressalvas, considerando que nesse tipo de demanda a cognição judicial é vasta por consequência da dilação probatória.

## **11. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

É certo que o exercício dos direitos pode ensejar que se ocorra conflitos com outros direitos que sejam protegidos pela Constituição, o que vem a ser chamado de colisão de direitos fundamentais. A partir disso, indispensável é a definição do âmbito ou núcleo de proteção, bem como, sendo o caso, deve ser estabelecido um limite ou restrição a esses direitos.

O campo de proteção dos direitos fundamentais abarca diversos pressupostos, tanto fáticos quanto jurídicos, presentes na norma jurídica e a consequência que comumente ocorre é a proteção desses direitos. A norma fundamental vem a descrever os bens ou objetos que ela visa proteger. Os direitos fundamentais que têm como escopo a proteção da esfera jurídica da pessoa – proteção da dignidade humana – cuidam-se de normas que contém elementos básicos de determinadas condutas ou ações, a fim de evitar a infringência do direito fundamental.<sup>117</sup>

De acordo com MENDES e BRANCO<sup>118</sup> há doutrinadores que advogam no sentido de que o âmbito de proteção é a parcela da realidade que o constituinte quis definir como objeto de proteção especial ou, ainda em outros termos, a fração da vida protegida por uma garantia fundamental. Alguns direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito de propriedade e o direito de acesso à justiça, possuem âmbito de proteção estritamente normativo. Nessas situações, o legislador ordinário ao fixar as limitações a eventual direito, cabe-lhe também definir qual a medida dessa limitação, estabelecendo a sua amplitude e a conformação.

Sobre esse campo de proteção de determinado direito individual, é indispensável que se identifique não apenas o objeto de proteção, isto é, o que o direito busca proteger, como também contra qual tipo de agressão ou restrição essa proteção é dirigida. Em outros termos, não iria integrar o campo de proteção qualquer assertiva que diga respeito com a possibilidade de limitação ou restrição de determinado direito senão aquelas que se busca efetivamente proteger. Daí é possível asseverar que o campo de

---

<sup>117</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 192.

<sup>118</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 192.

proteção não é passível de ser confundido com proteção efetiva e definitiva, porquanto em algumas das situações que possam existir, a legitimidade da proteção pode ser aferida por meio de determinado parâmetro constitucional.

Portanto, conforme nos ensinam os constitucionalistas MENDES e BRANCO<sup>119</sup> quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo.

A fim de se descobrir sobre a possibilidade de restrição e o conflito entre os direitos fundamentais, é indispensável que seja identificado o âmbito de proteção do direito pesquisado. Tal procedimento de identificação não é feito de forma estanque para todo e qualquer caso, sendo certo que irá variar em conformidade com a espécie de direito. Em muitos dos casos, a identificação do campo de proteção de determinado direito só é possível a partir de uma exegese sistemática de um plexo de direitos e disposições constitucionais.

Isso ocorre porque, segundo MENDES e BRANCO<sup>120</sup> a definição do âmbito de proteção depende de uma análise da norma constitucional que garante esses direitos, considerando que:

- a) A identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma);
- b) A verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva.

Logo, em determinadas situações um bem, objeto ou conduta encontrarão guarida constitucional, todavia, em outras situações não encontrarão, dependendo de uma constante interpretação dos operadores do direito. Explicando-se mais ainda, é válido dizer que em algumas situações, o direito de propriedade, por exemplo, estaria protegido, mas em outras situações não, como em casos em que a própria Carta Magna autoriza a desapropriação, além disso, na inviolabilidade de comunicações telefônicas seria de

---

119 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 193.

120 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 193-194.

interpretar se as outras formas de comunicação estariam protegidas, como, por exemplo, a comunicação de rádio.

Sobre as restrições que os direitos fundamentais podem sofrer, além da cláusula geral prevista no art. 5º, II121, a Constituição também se refere à possibilidade de estabelecerem outras restrições no próprio enunciado normativo do direito fundamental, por exemplo, nos incisos XII122 e XV123 da Constituição, quando se fixa “nos termos da lei”.

Essas normas constitucionais possibilitam a limitação ou restrição do que é contemplado pelo âmbito de proteção de cada direito fundamental examinado. Demais disso, a norma constitucional que estabelece a restrição legal com fundamento constitucional, contempla, ao mesmo tempo, uma norma garantidora, reconhecendo o âmbito de proteção, e uma norma de autorização de limitação, possibilitando ao legislador fixar limites ao campo de proteção assegurado constitucionalmente. Por outro lado, nem sempre o comando constitucional é destinado a garantir e limitar um enunciado, em muitos dos casos, o direito fundamental previsto na Constituição Federal ganha contornos por meio do legislador ordinário, quando isso acontece, é a partir disso que se completa e concretiza o direito com o seu âmbito de proteção.<sup>124</sup>

---

121 BRASL, Constituição Federal. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

122 BRASL, Constituição Federal. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

123 BRASL, Constituição Federal. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

124 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

Há, ainda, direitos individuais que possuem o âmbito de proteção instituído direta e expressamente pelo próprio ordenamento. A vida, o ir e vir, manifestação de opinião e possibilidade de reunião, são direitos que são preexistentes a qualquer regulamentação jurídica ou previsão jurídica. Nessa categoria de direitos fundamentais, é confiado ao legislador a missão de definir a essência do conteúdo do direito que venha a ser regulado, isto é, nesses casos, se tem âmbito de regulação ou de conformação ao contrário de restrição, porquanto as normas legais sobre esses direitos não têm como finalidade a fixar limitações, as normas nessas situações têm, em verdade, a finalidade de concretizá-los ou de conformá-los.<sup>125</sup>

A partir do momento que é compreendido que todo direito fundamental possui seu âmbito de proteção e pode sofrer restrições, é possível de entender que é plenamente possível de ocorrer a colisão entre direitos fundamentais, no entanto, justamente por esse âmbito de proteção e restrição, em muitos casos a colisão será tão somente aparente.

A chamada colisão entre direitos fundamentais, ocorre quando são identificados diferentes direitos fundamentais que, no exercício por seus titulares, acontece um conflito. Essa colisão pode acontecer entre os direitos individuais; os direitos individuais e bens jurídicos; e entre bens jurídicos coletivos. Demais disso, essa colisão deve ser vista analiticamente, porquanto nem todo o exercício de um direito encontra guarida em seu âmbito de proteção.<sup>126</sup>

Certo é que muito dos conflitos são apenas aparentes, porquanto o exercício de vários direitos estão fora do que o direito fundamental estabelece como campo em que o exercício dele está protegido. Justamente por isso que é indispensável identificar qual é o campo de proteção do direito indicado e se o exercício da conduta está por ele abrigado ou não.

Nesse sentido MENDES e BRANCO<sup>127</sup> citam que a Corte Constitucional alemã afirmou que o direito de manifestação de pensamento não autoriza o inquilino a colocar a propaganda eleitoral na casa do senhorio, ou ainda, que a poligamia seja considerada como fundamento na liberdade de religião ou que a liberdade científica se

---

125 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

126 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1229.

127 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 236.



exerça em detrimento do patrimônio alheio ou, ainda, que se pratique um assassinato no palco em nome da liberdade artística.

A autêntica colisão de direitos fundamentais, portanto, somente acontece quando o campo de proteção de um direito fundamental é afetado por outro. Típico exemplo de colisão entre direitos fundamentais é citado por Edilson Farias<sup>128</sup> que a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação pode entrar em conflito com a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas, ou, ainda, a liberdade de imprensa que implica a liberdade de expressão e criação dos jornalistas, bem como a intervenção na orientação ideológica dos órgãos de informação, podem entrar em conflito com o direito de propriedade das empresas jornalísticas.

## 12. TIPOS DE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os constitucionalistas MENDES e BRANCO<sup>129</sup> lecionam que há colisão de direitos fundamentais em sentido estrito ou em sentido amplo. As colisões em sentido estrito são aquelas que ocorrem entre os direitos fundamentais. Os conflitos (colisões) em sentido amplo são as que acontecem entre os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que possuam como objetivo a proteção de interesses da coletividade.

Demais disso, os conflitos entre direitos fundamentais no sentido estrito podem acontecer entre direitos idênticos ou entre direitos fundamentais diferentes. Sobre os conflitos entre os direitos fundamentais iguais, são estabelecidos quatro tipos de colisões:

- a) Colisão de direito fundamental enquanto direito liberal de defesa, *v. g.*, a decisão de dois grupos adversos de realizar uma demonstração na mesma praça pública.
- b) Colisão de direito de defesa de caráter liberal e o direito de proteção: como exemplo, mencione-se a decisão de atirar no sequestrador para proteger a vida do refém ou da vítima.
- c) Colisão de caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito: é o que se verifica com a liberdade

---

<sup>128</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1996. p. 94.

<sup>129</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 237

religiosa, que tanto pressupõe a prática de uma religião como o direito de não desenvolver ou participar de qualquer prática religiosa. Aqui cabe perguntar, por exemplo, se o Estado pode impor que se coloquem crucifixos nas salas de aula.

d) Colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático: Colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático: tem-se aqui um debate que é comum ao direito de igualdade. Se o legislador prevê a concessão de auxílio aos hipossuficientes, indaga-se sobre a dimensão fática ou jurídica do princípio da igualdade.<sup>130</sup>

Por fim, as colisões entre direitos fundamentais em sentido amplo ocorrem quando envolve o conflito entre direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais coletivos e difusos. Dessa forma, é de asseverar que é comum a colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados, por exemplo, a utilização de água ou de defesa do meio ambiente.

Nos contratos de doação de gametas masculinos com o objetivo de servir para a utilização em inseminação artificial heteróloga, o doador permanece como anônimo, no entanto, a criança gerada por meio desse procedimento poderá buscar conhecer as suas origens genéticas, situação em que haverá nitidamente uma colisão entre direitos fundamentais em sentido estrito, porquanto haverá de um lado o direito à privacidade e a intimidade do doador e de outro lado haverá o direito de buscar as origens genéticas da criança.

### **13. SOLUÇÃO DE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Se dois direitos são constitucionalmente assegurados, sendo, ainda, previstos como direitos fundamentais seja no rol do art. 5º ou ainda com fundamento no § 2º do art. 5º, e nessa situação entram em conflito, tem-se uma situação delicada porquanto que direito ou bem irá prevalecer em cada situação, isto é, na situação em que existe uma colisão real entre direitos fundamentais em que os dois direitos estão dentro dos respectivos campos de proteção?

Quais seriam, em uma hipótese de conflito, a solução entre a liberdade de opinião e de comunicação contra o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem? Ou, seria, ainda, legítima a recusa de um pai autorizar que se faça

---

<sup>130</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 237.

a transfusão de sangue em um filho com base em convicção religiosa. Uma das soluções que se dão para o caso dos conflitos entre direitos fundamentais é de proposição de fórmulas em que se estabelece uma hierarquia entre esses direitos. Tal solução não é vista com bons olhos, porquanto a Constituição Federal é visualizada a partir do princípio da unidade em que se afirma não haver normas de diferentes pesos, sendo certo que a fixação de hierarquia entre diferentes direitos fundamentais acabará por desnaturar os direitos fundamentais completamente, desfigurando, inclusive, a própria Constituição Federal.<sup>131</sup>

No direito Alemão, de acordo com MENDES e BRANCO<sup>132</sup> tem como ponto fulcral o postulado da dignidade humana como integrante dos princípios da ordem constitucional que servem como norte para todas as outras disposições da Constituição. Assim, nesse ordenamento jurídico, o direito à vida tem prevalência sobre todos os demais direitos individuais, considerando que aquele é pressuposto de todos os outros.

Tenta-se, ainda, fixar uma regra geral, fixando-se como uma regra que os valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material.<sup>133</sup> Essa tentativa, no entanto, de fixar valores maiores aos direitos individuais não submetidos a uma restrição legal expressa em comparação a outros, revela-se falha, por não se preocupar com a especialidade dos direitos individuais. Nessa perspectiva não se considera o juízo de desvalor de determinado direito, levando em consideração tão somente que a limitação deve ser realizada para fins de compatibilizar com outros direitos e valores constitucionalmente importantes.

Outra solução sugerida pela doutrina é que deve haver a transferência de limitações impostas a determinado direito àquele que não se revela como suscetível de limitação. Tal solução além de não resolver o problema como um todo, não se preocupa em resolver o conflito entre dois direitos que sejam insuscetíveis de restrição, reduzindo substancialmente o significado das garantias constitucionais desenvolvidas para determinados direitos.<sup>134</sup>

---

131 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 238.

132 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

133 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 239.

134 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 239.

Demais disso, não se pode aceitar a proposta de solução com base em quais direitos são insuscetíveis de limitação, porquanto, no fim, reduz o significado dogmático da distinção entre direitos possíveis de serem restringidos e impossíveis de sofrerem limitação, fazendo com que tal concepção seja deveras imprecisas e indeterminada sobre o campo de proteção desses direitos.<sup>135</sup>

Há ainda outros doutrinadores que afirmam que o conflito entre direitos individuais e outros bens protegidos pela Constituição atua como uma limitação inata que serve como uma intervenção na esfera do direito que não está submetido expressamente a uma limitação, eliminando-se a possibilidade de colisão com a utilização da concordância prática. Tal orientação, segundo MENDES e BRANCO<sup>136</sup>, *in verbis*.

Tem a vantagem de não impor limitação *a priori* ao âmbito de proteção de determinado direito, cingindo-se a legitimar, constitucionalmente, eventual restrição. A interpretação sistemática atuaria, assim, de forma corretiva, permitindo tanto a justificação de novas restrições quanto a delimitação do âmbito de proteção de determinado direito.

Atualmente o que se tem ganhado aceitação e utilização é o instituto da ponderação de interesses considerando o caso concreto, ou seja, uma ponderação sopesa as circunstâncias do caso analisado, estabelecendo uma prevalência sob determinadas condições.

De acordo com Alexy, citado por MENDES e BRANCO<sup>137</sup>, tal ponderação é realizada em três planos. Primeiramente define-se a intensidade da intervenção. Em segundo lugar, busca-se saber a importância dos fundamentos que levaram a essa intervenção. Por fim, realiza-se a ponderação em sentido estrito e específico ao caso. Para Alexy, o postulado da proporcionalidade em sentido estrito poderia ser formulado como uma espécie de “lei de ponderação” conforme a qual quanto mais intenso se mostrar a intervenção em um determinado direito fundamental, mais significativos e relevantes terão de ser os fundamentos que servem de alicerce para essa intervenção.

---

135 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 239.

136 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 239.

137 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 241

Demais disso, Alexy explica que a grande vantagem da teoria dos princípios desenvolvida é impedir que os direitos fundamentais sejam esvaziados em razão de não introduzir uma rigidez excessiva. Em seus próprios termos, o questionamento sobre a legitimação de uma restrição há de ser respondido por meio da ponderação. O postulado da ponderação, então, corresponde ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. O primeiro postulado é o da adequação do meio utilizado em busca do fim almejado. O segundo postulado é da necessidade do meio a ser utilizado. E terceiro é que o meio não será necessário se houver outro disponível que seja mais suave do que o anteriormente proposto e que seja menos restritivo. Os três subprincípios, então, do postulado da proporcionalidade decorrem logicamente da estrutura principiológica dos direitos fundamentais e estas da própria ideia de proporcionalidade.

#### **14.DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA *VERSUS* DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE DO DOADOR**

A relação estabelecida entre o direito de busca à identidade genética da criança concebida pela técnica de reprodução assistida heteróloga e o direito à privacidade e intimidade do doador do sêmen, assegurada por meio de seu anonimato no contrato de doação, é deveres complexa e conflituosa.

O direito à identidade pessoal, cuja identidade genética o integra, consoante se explanou alhures, é um direito fundamental, muito embora não tenha sido normatizado como tal, decorre da cláusula aberta constante da Constituição. Esse direito à identidade cuida-se de um direito da personalidade, inerente a qualquer indivíduo desde a sua origem, sendo irrenunciável e imprescritível. No entanto, esse direito atribuído à pessoa humana gerada pelo procedimento de reprodução assistida ainda não foi normatizado no ordenamento jurídico brasileiro, havendo tão somente previsão no tocante à criança ou adolescente que for adotado no que diz respeito a identidade pessoal, consoante se extrai do art. 27 do ECA, *in verbis*:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

No entanto, o direito de busca à identidade genética está garantido constitucionalmente, porquanto, consoante disposto no art. 227, § 6º, é inexistente a diferença entre os filhos<sup>138</sup>, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ora, se a própria Constituição garante a isonomia entre todos os filhos, seria dever, portanto, de conferir a pessoa gerada por meio de reprodução assistida heteróloga o direito de buscar a sua origem genética, em igualdade com todas as outras pessoas que possuem conhecimento de sua própria origem, advindos de reprodução natural ou homóloga. Outrossim, se é garantido o direito de buscar a identidade ao adotado, deveria haver também, uma norma garantindo a pessoa gerada por meio do procedimento de reprodução assistida heteróloga, o mesmo direito.

Não seria admissível, nesse caso, que se uma técnica de reprodução humana por meio de um contrato formulado em clínicas laboratoriais em território nacional superasse todo o avanço do direito Constitucional nos últimos tempos, mormente do direito de família, resultando em prejuízos incalculáveis em razão da má utilização da hermenêutica.<sup>139</sup>

---

138 SALES, Gabrielle Bezerra. MELO, Vanessa Gonçalves. **O direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador no contexto da inseminação artificial heteróloga e suas implicações para o direito de família.** p. 9 Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=02bf1a8bb2a792e3>> Acesso em: 12 de outubro de 2023.

139 SALES, Gabrielle Bezerra. MELO, Vanessa Gonçalves. **O direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador no contexto da inseminação artificial heteróloga e suas implicações para o direito de família.** p. 12 Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=02bf1a8bb2a792e3>> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

Não bastasse isso, ainda há estudos sobre a incompletude da própria identidade genética, isto é, casos em que o desconhecimento da ascendência genética provoca um vazio existencial na pessoa gerada por meio do procedimento de reprodução humana assistida. Em livro publicado no ano de 2010 intitulado de “O nome do meu pai é doador”, tem-se a investigação, pesquisa e entrevistas de 485 adultos cujas mães recorreram à doação de sêmen para gerar um filho. No aludido livro, de acordo com a pesquisadora Elizabeth Marquardt, uma das autoras do livro, os filhos de doadores de material genético possuíam “um imenso sentimento de perda por lhes ter sido negado o direito de saber quem são seus pais”.<sup>140</sup>

De acordo com Stieven, a ausência da identidade genética pode causar prejuízos grandiosos na personalidade do indivíduo<sup>141</sup>, *ipsis litteris*:

Um pouco menos de metade destes adultos expressou o seu mal-estar com as suas origens. Muitos deles afirmaram que têm uma preocupação frequente.

Alguns deles sentem-se como monstros – o resultado de experiências de laboratório – enquanto que outros têm problemas de identidade. O facto de que o processo mistura dinheiro também é um factor de preocupação para muitos.

Outros expressaram o seu mal-estar por terem sido um produto desenhado para satisfazer os desejos de seus pais. Não menos de 70% admitem ter perguntado como era a família do doador de esperma.

---

<sup>140</sup>COSTA, Rachel. **Elas querem saber quem são seus pais:** Jovens gerados com doação anônima de óvulos e esperma iniciam movimento pelo direito de conhecer seus pais biológicos. In: *Revista Isto É*, nº 2.158, 18 de mar. 2011. Disponível em: < [http://www.istoe.com.br/reportagens/129046\\_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+SAO+SEUS+PAIS](http://www.istoe.com.br/reportagens/129046_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+SAO+SEUS+PAIS)> Acesso em 24 de maio de 2018. *apud* OLIVEIRA, Carolina Lopes de. **Saber ou não saber, eis a nova questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogos.** Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1757> > Acesso em 24 de maio de 2018.

<sup>141</sup> STIEVEN, Patrícia Luzia. **O direito ao conhecimento da identidade genética na reprodução humana heteróloga.** Disponível em: < [http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/mestrado/DISSERTA%C3%87%C3%83O\\_-\\_Patricia\\_Luzia\\_Stieven.pdf](http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/mestrado/DISSERTA%C3%87%C3%83O_-_Patricia_Luzia_Stieven.pdf)> Acesso em: 24 de maio de 2023. p. 81.

Consoante é reportado no artigo publicado na *Revista Época Online* citado por Carolina<sup>142</sup>, *in verbis*:

No Reino Unido, cerca de 2 mil crianças nascem por ano graças a doadores anônimos de esperma. Nos Estados Unidos, as estimativas chegam até a 60 mil crianças concebidas dessa maneira anualmente. No Brasil, a prática ainda é vista com mais preconceito e a comercialização de material biológico é proibida. Não há uma lei que regule a questão do anonimato do doador, mas o Conselho Federal de Medicina recomenda que o sigilo seja garantido e que só possa ser aberto, entre médicos, em casos especiais. No Reino Unido, essa postura já está mudando. Desde 2005, os filhos de doadores anônimos têm o direito de saber a identidade de seus pais se quiserem. Mas quem nasceu antes dessa data ainda tem de conviver com o mistério.

A inglesa Narelle Grace, de 27 anos, é uma delas. Narelle sabe que o esperma de seu pai foi usado para fertilizar outras oito mulheres e, hoje se pergunta onde estarão seus oito meio-irmãos. “Aí pelo mundo há toda uma família que eu nunca vou conhecer e que nunca vai saber da minha existência”, disse Narelle ao “Daily Mail”. “Eu posso dizer com sinceridade que não importa quão desesperada eu esteja para ter um filho, eu nunca vou recorrer a um doador de esperma”, diz Narelle. “Eu não condenaria uma criança a crescer da maneira como eu cresci.

É fácil perceber pelo excerto do livro e do artigo supramencionado que para os filhos que foram gerados por meio de técnica de reprodução humana assistida, o direito de conhecer a própria história vai muito além de uma preocupação de saúde – que também é séria –, estando intrinsecamente relacionado com o aspecto de “quem eu realmente sou” ou de “onde eu vim” e também, mormente, para evitar ter nutrido em seu âmago o sentimento de ser uma experiência de laboratório.

---

142 BUSCATO, Marcela. **O nome do meu pai é doador.** In: *Revista Época Online*, 24 de jun. 2010. Disponível em: <<http://colunas.revistaepoca.globo.com/mulher7por7/2010/06/24/o-nome-do-meu-pai-e-doador/>> Acesso em: 24 de maio de 2018 *apud* OLIVEIRA, Carolina Lopes de. **Saber ou não saber, eis a nova questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas.** Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1757> > Acesso em 24 de maio de 2023



Todos esses são argumentos que são expendidos em prol da prevalência do direito à identidade genética frente à preservação da privacidade e intimidade do doador.

De outro lado, no entanto, tem-se o direito à intimidade e à privacidade do doador do material genético, que, certamente ao realizar a doação, o faz por pura vontade de ajudar outras famílias a terem seus filhos, sem que, com isso, busque que esse ato se torne público tampouco que no futuro venha o ser gerado a buscar o seu “pai biológico”, pois o doador pode ter constituído uma família quando isso acontecer. O direito do doador em permanecer anônimo encontra guarida no texto Constitucional, consoante antes se explanou, previsto no art. 5º, inciso X, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Além disso, o direito de permanecer anônimo não envolve apenas o doador, mas, sim, todos envolvidos no procedimento, isto é, o doador e os beneficiados com a técnica da reprodução humana assistida, consoante se extrai da Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 2.121/2015<sup>143</sup> ao estabelecer que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução citada, veda que um ou outro tenha conhecimento de quem seja, bem como que a clínica mantenha esses dados em sigilo, buscando resguardar não apenas a intimidade do doador, como também a dos beneficiários da técnica de reprodução humana assistida heteróloga, garantindo-se o exercício integral da maternidade e/ou da paternidade, que serão, para os efeitos legais,

---

143 CONSELHO Federal de Medicina. Resolução nº 2.121/2015. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf)> Acesso em 12 de dezembro de 2023.

os legítimos pais da criança gerada perante a sociedade, conforme foi explicada inclusive no início deste trabalho sobre a filiação.<sup>144</sup>

Procura-se proteger com o anonimato dos envolvidos no procedimento, a criança concebida pela técnica de reprodução assistida heteróloga, facilitando que o seu vínculo com a família e o convívio seja melhor desenvolvido, impedindo, com isso, que outrem interfira na sua formação, porquanto, para todos os efeitos, frisa-se, novamente, que, embora o marido da esposa que recebeu os gametas masculinos do doador não seja o pai biológico, para todos os efeitos legais é o pai e quem exerce a paternidade.

Outro motivo para a preservação do anonimato e, em consequência, o direito à intimidade e à privacidade, é impedir que a coletividade tome conhecimento do fato, que poderia, de alguma forma, constranger o parceiro que é o pai socioafetivo da criança, podendo, com isso, prejudicar a paz do ambiente familiar.

Apesar de todos esses motivos, não se pode olvidar que, de modo geral, o que se busca com o anonimato é preservar a identidade do doador, o qual realizou o ato por motivo altruísta, considerando que é vedado o intuito lucrativo pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, que não possui qualquer intenção de assumir e exercer a paternidade gerada pela reprodução humana assistida heteróloga, tampouco assumir as consequências jurídicas advindas dessa paternidade.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina supramencionada, apenas prevê a relativização do anonimato em situações especiais e apenas para os médicos, não alcançando as pessoas envolvidas no procedimento de reprodução assistida heteróloga, impedindo o acesso da criança gerada à identidade genética.

Sobre o anonimato do doador e na defesa do direito à identidade genética da pessoa gerada, o doutrinador Calmon ensina que, *ipsis litteris*:

“[...] o anonimato das pessoas envolvidas deve ser mantido, mas devem ceder à pessoa que resultou da técnica concepcionista heteróloga, diante do reconhecimento pelo Direito brasileiro dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, com a

---

144 SALES, Gabrielle Bezerra. MELO, Vanessa Gonçalves. **O direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador no contexto da inseminação artificial heteróloga e suas implicações para o direito de família.** p. 13 Disponível em: <  
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=02bf1a8bb2a792e3>> Acesso em: 12 de dezembro de 2022.

proteção contra possíveis doenças hereditárias, sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens”.<sup>145</sup>

Além disso, uma das desvantagens que costuma ser citadas está ligada à própria doação, porque a doação do material é um ato filantrópico. Nessa doação não há qualquer fonte de contraprestação ao doador, este apenas o faz com motivo altruísta, ajudando aqueles que sofrem com a esterilidade, logo, o anonimato ajudaria como estímulo à doação. Caso se aceitasse a prevalência do direito à busca da identidade genética em detrimento do direito ao anonimato do doador estar-se-ia prejudicando a realização da reprodução humana assistida.<sup>146</sup>

Pelas razões anteriormente aduzidas, é patente a colisão entre direitos fundamentais em sentido estrito, porquanto os dois direitos encontram sob o seu campo de proteção e, ao buscarem ser resguardados nas mais diversas situações, entrarão em conflito com outro direito, dependendo da ponderação para a solução do caso.

Destarte, havendo colisão de direitos fundamentais, a única solução para o caso é a ponderação entre os direitos, sopesando-se em cada caso concreto a solução mais adequada, evitando-se esvaziar, sempre que possível, o conteúdo dos direitos em conflito, pois, ainda que variem em escala de grau, todos estão intrinsecamente ligados ao princípio da dignidade humana.

## **15. A PONDERAÇÃO COMO SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA**

Como foi explanado anteriormente é patente o conflito de direitos entre o direito à intimidade e à privacidade do doador contra o direito de a pessoa gerada por meio de reprodução humana assistida conhecer sua própria origem genética.

Apesar de o direito à identidade genética basear-se na dignidade humana, considerando que o indivíduo busca ter o direito ao conhecimento de onde surgiu e quem lhe gerou a vida, o referido direito não tem como fundamento meras questões emocionais

---

<sup>145</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 803.

<sup>146</sup> CARVALHO, Flávia Carolina Aparecida. **Reprodução humana assistida: o conflito entre o direito de sigilo do doador e o direito à identidade genética**. p. 39. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/5038/1/flaviacarolinaaparecidacarvalho.pdf>> Acesso em 24 de maio de 2023.

ou psicológicas, como também médicas, pois quem conhecer a identidade genética de seu gerador terá a possibilidade de conhecer previamente doenças genéticas, propensões genéticas e demais questões afetas à hereditariedade do DNA.<sup>147</sup>

Em outro vértice, a pessoa doadora do material genético para fins de reprodução humana assistida, via de regra, apenas o faz por não ser possível que a pessoa gerada tenha no futuro qualquer ligação o doador. Quando é falado sobre o impedimento de ligações com a pessoa gerada e o doador, refere-se não apenas a questões emocionais ou psicológicas como também ligações sobre direitos hereditários ou alimentares. Além disso, o sigilo do doador também tem como objetivo garantir que continuem existindo doadores, pois sem a realização de doações, a reprodução humana assistida heteróloga poderá ter o seu fim decretado.<sup>148</sup>

Desse modo, ambos os direitos se encontram dentro de seu âmbito de conformação traçado pela Constituição Federal, o que configura um conflito real, não apenas aparente, todavia, a situação experimentada para se concretizar o direito à identidade genética ou o direito à privacidade e à intimidade do doador não há ser realizada sem disposições de um e outro a partir de um caso concreto.

Em que pese os direitos fundamentais tratados estejam ligados aos direitos da personalidade, aparentemente tendo igual proporção em consideração ao princípio da dignidade humana, ambos, em verdade, não assumem o mesmo peso quando são ponderados.

Conforme é explicado por CACHAPUZ<sup>149</sup>, quando se tem envolvido a questão de direitos fundamentais ligados à personalidade individual e sobre a possibilidade de coexistências de liberdades subjetivas ou não e, em um mesmo espaço que se buscam concretizar simultaneamente, a missão do intérprete e do juiz é de aplicar as próprias diretrizes do ordenamento jurídico, com o fito de compor os interesses e possibilitar a pacificação social. Todavia, não se trata de uma pacificação com tranquilidade absoluta, pois, inevitavelmente, ter-se-á um choque em que, com razões seguras de fundamentação, há de se reconhecer a precedência de um direito fundamental a outro.

---

147 STIEVEN, Patrícia Luzia. **O direito ao conhecimento da identidade genética na reprodução humana heteróloga**. p. 92. Disponível em: <  
[http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/mestrado/DISSERTA%C3%87%C3%83O\\_-\\_Patricia\\_Luzia\\_Stieven.pdf](http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/mestrado/DISSERTA%C3%87%C3%83O_-_Patricia_Luzia_Stieven.pdf)> Acesso em: 24 de maio de 2023.

148 Ibidem, p. 93.

149CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discursivo jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 149-150.

Com a finalidade de resolver o conflito de interesses protegidos pelos direitos fundamentais, há de se aplicar o postulado da ponderação, bem como há de considerar que, consoante ensinado por ALEXY<sup>150</sup>, na colisão de dois princípios, quando um permite e outro proíbe, um dos princípios terá que ceder. Isso não quer dizer, entretanto, que o princípio cedente é inválido tampouco que deve ser inserida uma cláusula de exceção. Em verdade, a situação trata-se que naquele caso específico existe a precedência de um sobre o outro e sob condições específicas.

Nessa linha perfilhada, em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça da Alemanha, em 28 de janeiro de 2015, reconheceu a existência de possibilidade da pessoa gerada por meio do procedimento de reprodução humana assistida heteróloga conhecer a identidade civil de seu genitor – inclui-se a genética também:

Em decisão proferida no dia 28 de janeiro, o 12<sup>a</sup> Senado Cível do conceituado tribunal, nos autos de processo oriundo do Tribunal de Hannover, reconheceu, em tese, a possibilidade do indivíduo concebido por reprodução heteróloga, na qual o material genético não provém – total ou parcialmente – dos pais, mas de terceiro doador anônimo, conhecer a identidade civil (não apenas genética) de seu genitor.

[...]

Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente ao argumento de que menores só podem exercer esse direito ao conhecimento de sua ancestralidade após 16 anos, quando têm mais maturidade para avaliar as consequências desse importante passo. O Tribunal de Hannover aplicou por analogia a regra do § 63 I da *Personenstandsgesetz* (PStG), a lei sobre a origem pessoal, válida para os casos de adoção.

Os menores, então, recorreram ao BGH por meio da *Revision* e o tribunal afirmou que o direito ao conhecimento da própria origem consiste em um dos direitos fundamentais da personalidade, decorrência imediata da dignidade humana e, portanto, protegido pelos arts. 1º e 2º da Lei Fundamental (*Grundgesetz*). E esse direito, por vezes, mostra-se essencial ao pleno desenvolvimento da

---

150 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94.

personalidade. Aqui, deve-se observar que o BGH não se refere apenas ao conhecimento das informações genéticas do doador, mas de sua identidade civil. Por isso, a criança tem, independente da idade, uma pretensão juridicamente tutelada contra a clínica de reprodução assistida, onde a inseminação artificial fora realizada, para saber a identidade do doador do sêmen.

Esse direito não é absoluto, segundo o BGH, afinal existem muitos interesses em jogo, daí a necessidade de se ponderar no caso concreto todos os interesses legítimos envolvidos. O maior deles é, na sequência, o direito ao anonimato do doador de sêmen, que decorre de outro maior, o direito à autodeterminação – na expressão do tribunal, direito à autodeterminação informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) – também de status constitucional, que lhe confere o poder de planejar e regular sua vida particular, o que inclui evidentemente o planejamento familiar.<sup>151</sup>

A decisão do Superior Tribunal de Justiça de Alemanha é um marco histórico sobre o assunto, pois deixa claro que os direitos fundamentais em colisão – direito à identidade genética e direito à privacidade e intimidade – não se cuidam de direitos absolutos, havendo diversos interesses na balança. Havendo inúmeros interesses em jogo, a análise de qual direito prevalecerá, dependerá sempre da análise de um caso concreto.

Demais disso, a aludida decisão estabelece que o interesse que justifica o anonimato do doador do material genética está ligado ao direito de autodeterminação que se trata de uma autodeterminação informativa, igualmente de *status* constitucional, conferindo ao anônimo o poder de planejar e regular a vida particular, o que inclui, também, o próprio planejamento familiar.

Por outro vértice, é patente pela decisão da aludida corte alemã que a prevalência ou não do direito à identidade genética se dará apenas em um caso concreto, isto é, dependerá da necessidade a ser explanada pelo requerente para conhecer sua identidade genética, não sendo possível que o requerimento se baseie em interesses patrimoniais, o que rechaça a tese de que o reconhecimento da identidade genética implicaria, reforçando que o direito à identidade genética cuida-se de um direito da

---

151 FRITZ, Karina Nunes. **Tribunal alemão reconhece direito à identificação do doador de sêmen.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-16/direito-civil-atual-tribunal-alemao-reconhece-identificacao-doador-semen>>. Acesso em: 24 de maio de 2023.

personalidade, sem, todavia, buscar qualquer relação patrimonial ou com o direito sucessório.

Na decisão da corte alemã foi fundamentado que o direito à identidade genética consiste em um dos direitos fundamentais da personalidade, decorrência imediata da dignidade humana e, portanto, protegido pelos arts. 1º e 2º da Lei Fundamental. Além disso, o aludido direito se revela como essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade da criança. O BGH não apenas fundamenta que deve haver conhecimento da origem genética, como também da identidade civil do doador. Por isso, a criança, possui, seja de que idade for, uma pretensão amparada pelo direito contra a clínica de reprodução humana assistida.

Seguindo os ensinamentos de Alexy, consoante fora explanado sobre a solução da colisão entre direitos fundamentais, não é possível inserir em cada direito fundamental uma cláusula de exceção, isto é, dizer que em determinado caso outro direito terá de prevalecer, o que dependerá sempre da análise de um caso concreto, pois somente em um caso concreto é que a estrutura principiológica dos direitos fundamentais estarão em conflitos e se terá definidos os interesses que estão em colisão e devem ser sopesados.

Além disso, por não haver um grau de hierarquia entre os princípios, a colisão, quando ocorrer, será solucionada por meio de uma ponderação em que se chegará ao resultado sobre qual deve prevalecer naquele caso que ocorreu o conflito. Nesse sentido, FERRAZ<sup>152</sup>, seguindo a linha de pensamento de Alexy, advoga, *ipsis litteris*.

Na concepção de Alexy, a ponderação observará uma lei de colisão e qual o princípio que será menos afetado quando não aplicado em detrimento de outro, em cada caso concreto, levando a necessidade de observar o princípio da universalidade, vedando que se outorgue tratamento diferente àqueles que se encontrem em situações idênticas.

Por fim, no campo dos direitos fundamentais as normas que configuram princípios são mais frequentes. Os princípios cuidam-se de normas que demandam a realização de alguma coisa, da melhor forma possível, levando-se em contas as disposições possíveis. Os princípios são mandamentos que estipulam a satisfação de determinado bem jurídico e sua proteção na melhor medida possível e que as circunstâncias permitirem. A

---

<sup>152</sup> FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 154.

partir disso, compreende-se que impondo um mandamento de otimização, o princípio pode ser aplicado em graus diferentes em conformidade com as peculiaridades do caso.<sup>153</sup>

Em uma análise preliminar, seria de pensar que deve prevalecer o direito à intimidade e à privacidade do doador, pois esse direito está consagrado na Resolução do Conselho Federal de Medicina que tem por objetivo regulamentar, ainda que por ato infralegal, o procedimento de reprodução humana assistida. Dessa forma, impede a referida resolução que as partes participantes do procedimento mencionado tenham conhecimento da identidade de quem doa o material genético e vice-versa.

A citada resolução, como foi dito, cuida-se de um ato infralegal, e, em sendo ato infralegal, não pode, por si, prevalecer sobre a Lei, muito menos sobre a Constituição Federal. O estabelecimento de prevalência do direito à privacidade e à intimidade sobre o direito à identidade genética, de plano, revela a abusividade da Resolução, pois não considera quaisquer aspectos que podem advir em decorrência do nascimento da criança gerada por meio do procedimento de reprodução humana assistida heteróloga.

A ausência do conhecimento da identidade genética, como antes fora ressaltado, produz consequências devastadoras no desenvolvimento da personalidade da criança. Algumas das crianças se tornaram adultos que sentem um imenso sentimento de perda, ainda mais por não poderem responder as seguintes perguntas: “De onde eu vim? Quem eu sou?”

Muito mais do que simples perguntas, o conhecimento da origem genética é um meio de possibilitar aqueles nascidos por meio da reprodução humana assistida uma base para conhecer eventuais doenças genéticas, propensões e outras questões que forem ligadas a hereditariedade e ao DNA.

Os fundamentos utilizados para o impedimento do conhecimento da origem genética, embora possam se revelar como ligados ao princípio da dignidade humana, mormente em relação à autodeterminação do indivíduo, como fundamentado na decisão da corte alemã, em verdade, baseiam-se em sua essência com cunho patrimonialista.

Ocorre que, quando alguém faz uma doação de seu material genético, tem pleno conhecimento que se o material for utilizado em procedimento de reprodução

---

153 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 209-210.



humana assistida heteróloga, inevitavelmente uma pessoa nascerá. Tal fato é impossível de ser apagado da história, o que se tenta fazer é controlar as consequências dessa escolha, a fim de impedir que seja automaticamente transformado em pai do indivíduo gerado, por exemplo.<sup>154</sup>

Entretanto, consoante fora explanado, o direito à identidade genética não se confunde com a paternidade, ou seja, aquele que busca a identidade genética não quer transformar o doador em seu pai, mas a saber de onde vieram os traços de sua fisionomia e personalidade, conhecer a outra metade de sua ascendência.

Havendo essa diferença, a partir de um caso concreto, poderá o direito à intimidade e à privacidade do doador deixar de prevalecer quando em conflito com o direito à busca da identidade genética, pois essa busca não se funda na criação de laços de filiação.

Argumentam, assim como argumentaram no caso que foi decidido pela Corte Superior de Justiça da Alemanha, que o número de doadores viria a cair, prejudicando a realização de procedimentos de reprodução humana assistida heteróloga, no entanto, é preciso pensar, qual seria o risco do descobrimento da origem genética? A possível formação de laços afetivos, sendo que juridicamente não serão considerados pais e filhos?<sup>155</sup>

Há que se pensar também que, havendo a possibilidade de a criança gerada por meio do procedimento de reprodução humana assistida heteróloga vir a descobrir quem é o doador, poderá ocorrer não a diminuição dos doadores, mas o afunilamento daqueles que doam o material genético não apenas com a finalidade de ajudar um casal que não pode ter filhos “pelos meios convencionais”, como também aqueles que fazem a doação com o fim de que o indivíduo gerado possa viver e desenvolver sua personalidade com dignidade, caso queira conhecer as próprias origens genéticas.

---

154 OLIVEIRA, Carolina Lopes de. **Saber ou não saber, eis a nova questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas**. Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1757> > Acesso em 29 de abril de 2023. p. 240.

155 OLIVEIRA, Carolina Lopes de. **Saber ou não saber, eis a nova questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas**. Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1757> > Acesso em 29 de abril de 2023. p. 242-243.

Apesar da prevalência do direito à identidade genética, certamente é indispensável que tal assunto seja regulamentado por meio de uma Lei, pois, a partir disso, garantir-se-ia maior segurança jurídica a todos envolvidos no processo, evitando-se que questões semelhantes possam ser tratadas extremamente diferentes, com decisões desconexas a partir de cada caso concreto.

Não se pode olvidar, ainda, que os direitos fundamentais não são aplicáveis apenas na relação entre particular e poder público, como também é aplicado na relação entre particulares – a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Indispensável é compreender que se impõe uma ponderação entre o princípio da autonomia e os valores protegidos como direitos fundamentais, tendo como parâmetro que a ideia do homem, delineado na Constituição Federal, pressupõe a liberdade e responsabilidade, o que envolve, a faculdade de limitação voluntária dos direitos fundamentais no comércio das relações sociais, mas que também pressupõe liberdade de fato e de direito nas decisões sobre tais limitações. A definição quando um direito fundamental incide numa relação entre particulares demanda exercício de ponderação entre o peso do mesmo direito fundamental e o princípio da autonomia privada. Somente assim é possível efetuar a ponderação considerando os casos concretos.<sup>156</sup>

Desse modo, conclui-se que o direito à intimidade e à privacidade do doador do material genético não se trata de um direito absoluto, permitindo-se, a partir de um caso concreto, a prevalência do direito à busca da identidade genética, pois este direito tem como objetivo não apenas assegurar um pleno desenvolvimento digno do ser humano, como também propiciar o conhecimento da ascendência genética para prever doenças, ressaltando-se que o tema clama por uma regulamentação legal, a fim de dar a segurança jurídica a todas as pessoas envolvidas no processo de inseminação artificial heteróloga.

## CONCLUSÃO

Inicialmente a inseminação artificial heteróloga tem como objetivo possibilitar a um casal, em concretização do direito constitucional de planejamento familiar, de ter filhos, todavia, desse procedimento de reprodução assistida, com o nascimento da criança gerada por meio desse procedimento, podem advir inúmeras consequências jurídicas.

No Brasil ainda não há no ordenamento jurídico nenhuma Lei que regulamente o procedimento de inseminação artificial heteróloga e as consequências

---

<sup>156</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 177-178.

desse procedimento, apenas existe atos infralegais, como a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina e RDC nº 21 da ANVISA, que tratam do procedimento em si, timidamente dos direitos do doador e de evitar que os receptores do material genético e o doador se conheçam.

Embora os atos infralegais sobre o tema não tenham esmiuçado os direitos que gravitam sobre a reprodução humana assistida heteróloga, indiscutivelmente se tem presente os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade do doador, bem como o direito à busca da origem genética ou identidade genética, direito este em ligação intrínseca ao direito da personalidade.

O doador do material genético, quando realiza a doação, não pretende ser pai, não é com essa finalidade que realiza o ato, assim o faz para fins altruísticos, auxiliando um casal que não poderia ter filhos a concretizar o seu planejamento familiar. Justamente por tais razões, o doador espera que seja resguardado o seu direito à privacidade e à intimidade, permanecendo anônimo em relação ao casal que utilizou o seu material genético e à criança nascida por meio dessa reprodução assistida.

A criança nascida por meio da reprodução humana assistida heteróloga, por outro lado, pode querer buscar a sua origem genética. A busca por suas origens genéticas pode ter como fundamento os mais diversos motivos, a criança pode ter como interesse descobrir suas características biológicas, aliás, esse direito não se limita à busca da origem genética, isto é, ao seu autoconhecimento, tal busca pode ocorrer por motivos médicos, em busca de resguardar o direito à saúde e a própria vida da criança.

Em quaisquer dos fundamentos utilizados pela criança gerada por meio desse procedimento, haverá, inevitavelmente um conflito de direitos fundamentais. A colisão de direitos fundamentais se dará em razão de haver de um lado o direito à intimidade e à privacidade do doador enquanto de outro haverá o direito à busca da origem genética da criança. Além disso, sendo caso de conflito de direitos fundamentais a ser analisado e solucionado pelo Poder Judiciário, tal crise jurídica deve ser levada por meio dos instrumentos processuais adequados.

Uma vez que o estado de filiação e paternidade não se confundem, o meio processual adequado para a busca de origem genética é o *habeas data*, sendo possível, por meio desse remédio constitucional, obter os dados de interesse do impetrante em banco de dados – caso dos bancos de armazenamento de sêmen.

Todavia, é possível defender a utilização da ação de investigação de paternidade com rito definido na Lei nº 8.560/1992 e com fundamento no art. 27 do ECA,

desde que se restrinja as consequências patrimoniais advindas do descobrimento da ancestralidade. Os adotados dispõem de instrumento específico de busca de origem genética e, com fundamento na paridade entre os filhos estabelecida pela Constituição Federal no art. 226, § 7º, não há razão para negar aos indivíduos nascidos por meio do procedimento de reprodução humana assistida heteróloga tal ação. A ação de investigação de paternidade, desde que restrita os efeitos patrimoniais, seria mais relevante que o *habeas data*, porquanto naquela ação é permitida dilação probatória, podendo o indivíduo que busca sua ancestralidade produzir provas, a fim de justificar a sua busca.

A restrição dos efeitos patrimoniais poderia ser entendida como um desvirtuamento da ação de investigação de paternidade, no entanto, revela-se como um uso adequado de aplicação de analogia e integração do sistema jurídico, pois, diferentemente do caso dos adotados em que os pais biológicos quiseram a criança, tendo esta sido adotada por outra família por abandono, perda da tutela etc., o indivíduo gerado por meio do procedimento de inseminação artificial heteróloga nunca foi o fim do doador. Dessa forma, é justificável e razoável a restrição das consequências patrimoniais de uma ação de investigação de paternidade.

Valendo-se o indivíduo gerado por meio do procedimento de inseminação artificial heteróloga de qualquer um dos meios em busca de sua ancestralidade, indubitavelmente ocorrerá uma colisão entre os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade do doador e o direito à origem genética ou identidade genética do indivíduo. Nessa situação, a solução deverá advir da aplicação da ponderação pelo Juiz.

Na ponderação realizada pelo julgador certo é que em determinados casos, haverá um sopesamento maior na busca da origem genética, como nos casos em que é imprescindível o conhecimento da identidade genética para fins de tratamento médico, no entanto, ainda que não seja nesses casos, é possível advogar que, o direito à origem genética se sobrepõe ao direito à privacidade e à intimidade.

Em primeiro lugar, a busca pela origem genética cuida-se de direito personalíssimo, apenas permitindo-se o seu exercício pelo indivíduo gerado por meio de reprodução humana assistida heteróloga. Em segundo lugar, o direito à identidade genética não transformará o doador em pai ou mãe, mas permitirá que a criança gerada conheça a sua ancestralidade genética, isto é, quem foi a combinação que lhe permitiu ser quem é biologicamente. Em terceiro lugar, não havendo consequências patrimoniais do descobrimento da ascendência genética, seria desproporcional fazer prevalecer o direito à intimidade e à privacidade em detrimento da identidade genética.

Admitindo-se a prevalência da busca à identidade genética sobre o direito à privacidade e à intimidade do doador, ainda existe um impasse, até o momento,

insuperável, não existe qualquer Lei regulamentando o tema, podendo ocorrer nos casos concretos decisões completamente distintas, tanto em relação ao direito de quem irá prevalecer, como também em relação ao procedimento a ser utilizado.

Os atos infralegais existentes são importantes ferramentas de regulamentação, sem elas a situação, certamente, seria ainda pior, no entanto, não guardam a devida força cogente que uma Lei possui, não sendo os referidos atos garantia de que o indivíduo que impetire *habeas data* ou ação de investigação de paternidade tenha seus pedidos julgados procedentes, o que levará que em determinado caso seja procedente ou não, dependerá de cada juiz que analisar o caso.

É imprescindível, portanto, que seja editada uma Lei que regulamente os entendimentos sobre a matéria, a fim de dar segurança jurídica sobre um assunto tão delicado, e que na Lei esteja reconhecido o direito de busca à identidade genética, bem como que os doadores de material genético estejam cientes de que poderão ter alguns dados divulgados apenas ao indivíduo gerado por meio da reprodução humana assistida heteróloga sem que, entretanto, advenha consequências patrimoniais dessa divulgação.

Dessa forma, até que se edite uma Lei específica sobre o assunto, o direito à busca da identidade genética, sem consequências patrimoniais, há de ser defendido e deferido, pois nenhuma consequência negativa ocorrerá, a única consequência – positiva – que poderá acontecer será a de formação de laços afetivos e acontecerá tão somente se assim desejarem as partes.

## REFERÊNCIAS

ABDELMASSIH, Roger. **Avanços na reprodução humana assistida**. São Paulo: Atheneu, 2007.

AGOSTINI, L. C. **A Intimidade e a Vida Privada como expressões da Liberdade Humana**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Maria Christina de. **Dna e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALVES, S. M. A. L.; OLIVEIRA, C. C. **Reprodução Medicamente Assistida: Questões Bioéticas**. *Revista Bioética, Brasília, v. 22, n. 1, jan./abr. 2014*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422014000100008& lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000100008& lang=pt)>. Acesso em 16 de setembro de 2023.

AYSHA, Sella Claro de. **O direito à identidade genética na reprodução humana assistida heteróloga**, 2008, p. 74, disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2013/08/O-DIREITO-A-IDENTIDADE-GENETICA-NA-REPRODUCAO-HUMANA-ASSISTIDA-HETEROLOGA.pdf>>. Acesso em: 29 de abril de 2023.

BARBOSA, Heloisa Helena. **A Filiação em Face da Inseminação Artificial e da Fertilização *In Vitro***. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARBOSA, Ana Gabriela Soares. A problemática jurídico-civil no tocante à reprodução humana assistida heteróloga. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru/Asces**, Caruaru, volume 43, número 1, 2011. Disponível em: <<http://www.asces.edu.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2011-1/reprodu%C3%A7ao%20humana.pdf>>. Acesso em 16 de setembro de 2023.

LIMA, Beatriz Chiesse de Andrade Albuquerque. **O direito à origem genética e a tutela da personalidade nos casos de inseminação artificial heteróloga**. p. 15. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2012/trabalhos\\_12012/beatrizchiesselima.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/beatrizchiesselima.pdf)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

BIANCHI, Beatriz Homem de Mello. **Origem genética e direito ao sigilo do doador de material genético: fronteiras**. RJLB, Ano 2 (2016), nº 1. Disponível: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016\\_01\\_0001\\_0017.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0001_0017.pdf)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

BRASL. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

BRASL. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

BRASL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

BRASL. **Lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8560.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

BRASL. **Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

BRASL. **Lei nº 9.507 de 12 de novembro de 1997**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9507.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

BUSCATO, Marcela. **O nome do meu pai é doador.** In: *Revista Época Online*, 24 de jun. 2010. Disponível em: <<http://colunas.revistaepoca.globo.com/mulher7por7/2010/06/24/o-nome-do-meu-pai-e-doador/>> Acesso em: 24 de maio de 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSELHO Federal de Medicina. **Resolução nº 2.121/2015.** Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf)> Acesso em 15 de outubro de 2023.

COSTA, Rachel. **Elas querem saber quem são seus pais:** Jovens gerados com doação anônima de óvulos e esperma iniciam movimento pelo direito de conhecer seus pais biológicos. In: *Revista Isto É*, nº 2.158, 18 de mar. 2011. Disponível em: <[http://www.istoe.com.br/reportagens/129046\\_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+SAO+SEUS+PAIS](http://www.istoe.com.br/reportagens/129046_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+SAO+SEUS+PAIS)> Acesso em 24 de maio de 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8. ed., rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DUARTE, Jhonatan Felipe Laurindo Gomes. **Os limites da Autonomia Privada nos Contratos de Reprodução Humana Assistida.** Chapecó: UNOESC - Universidade do Oeste de Santa Catarina, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editr, 1992.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1996.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos direito e família e do direito das sucessões.** Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Ricardo Rodrigues da. **Teoria geral do direito familiar,** 1ª Ed., Campinas: Russel Editores, 2007.

GASPAROTTO; RIBEIRO, Beatriz Rodrigues. **Filiação e biodireito: uma análise da reprodução humana assistida heteróloga sob a ótica do código civil.** Disponível em:

[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04\\_819.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_819.pdf)>. Acesso em: 24 de maio de 2023.

GOMES, Márcia Letícia. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana. BRUM, Amanda Netto. **Pelo direito de estar só: o direito à intimidade na era da internet**. V congresso ibero-americano de investigadores e docentes de direito e informática. Disponível em < <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-13.pdf>>. Acesso em 16 de setembro de 2023.

IWASSO, Simone. **Óvulo é moeda em clínica de fertilização**. O estado de São Paulo. São Paulo, 1 de outubro de 2006.

JÚNIOR, Paulo José da Costa. **O direito de estar só**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Revista Justa Navigandi., Teresina, ano 8, n. 119, 31 de outubro de 2013. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade>> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>.

OLIVEIRA, Carolina Lopes de. **Saber ou não saber, eis a nova questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas**. Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1757>> Acesso em 29 de abril de 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. WALDO, Arnold. MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 34ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MELO, João Ozorio de. **Doador de esperma tem direito à paternidade nos EUA**. In revista consultor jurídico, Estados Unidos, 17 de maio de 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-mai-17/eua-tribunal-decide-doador-esperma-direito-paternidade>> Acesso em: 30 de abril de 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NETO, Sebastião de Assis. JESUS, Marcelo de. MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil**. 4<sup>a</sup> ed. Salvador, Editora jusPODIVM, 2015.

OLIVEIRA, Carolina Lopes de. **Saber ou não saber, eis a nova questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas**. Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1757> > Acesso em 29 de abril de 2023.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

RUGER, André. **Conflitos familiares em genética humana: o profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber**. 2007. Disponível em: < [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_RugerA\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RugerA_1.pdf)> Acesso em: 29 de abril de 2023.

SALES, Gabrielle Bezerra. MELO, Vanessa Gonçalves. **O direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador no contexto da inseminação artificial heteróloga e suas implicações para o direito de família**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=02bf1a8bb2a792e3>> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito *In Vitro*: da bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Editor Lúmen Juris, 1997.

SILVA, E. M. **A filiação em face da Reprodução Humana Assistida**. In: **Revista da EMESC, Florianópolis, v. 13, n. 19, 2006, p. 367-398**. Disponível em: < <http://www.esmesc.org.br/site/ima/revista2006/2-1247232309.PDF>>. Acesso em 16 de setembro de 2023.

SILVA, E. F. **Direito à Intimidade**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SPODE, Sheila e SILVA, Tatiana Vanessa Saccol da. **O Direito ao conhecimento da origem genética em face da inseminação artificial com sêmen de doador anônimo**. **Revista eletrônica do curso de direito UFSM**. Disponível em < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6821>>. Acesso em 16 de setembro de 2023.

STIEVEN, Patrícia Luzia. **O direito ao conhecimento da identidade genética na reprodução humana heteróloga**. Disponível em: < [http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/mestrado/DISSERTA%C3%87%C3%83O\\_-\\_Patricia\\_Luzia\\_Stieven.pdf](http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/mestrado/DISSERTA%C3%87%C3%83O_-_Patricia_Luzia_Stieven.pdf)> Acesso em: 15 de outubro de 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

THIESEN, Adriane Berlesi; SPARAMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da biconstituição**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, Vol. 7, n. 7, (jan/jun. 2010). Disponível em: <<http://revistaeletronicacardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/307/230>.> Acesso em 15 de outubro de 2023.

UNESCO. **Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos**. Disponível em: <[http://bvsm.sau.de.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_inter\\_dados\\_genericos.pdf](http://bvsm.sau.de.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf)> Acesso em 15 de outubro de 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos de família**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Separada da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio 1 979.

## ASPECTOS PRÁTICOS DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

**STEBBIN ATHAIDES ROBERTO DA SILVA:**

Pós-Graduado em Execução Penal e Tribunal do Júri, Pós-Graduado em Lei Geral de Proteção de Dados, Pós-Graduado em Direito Administrativo, Pós-Graduado em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil e Pós-Graduado em Direito Penal. Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco.

157

**RESUMO:** O sistema dos Juizados Especiais Cíveis, regido pelo princípio da especialidade, destina-se à conciliação, processamento e julgamento de causas dotadas de menor complexidade, nos termos da Lei. Nesse trabalho serão abordadas questões práticas quanto à aplicação ou não das disposições do Código de Processo Civil aos processos submetidos ao rito dos Juizados Especiais, na forma da lei n. 9.099/95. Aborda-se a estrutura e a natureza dos Juizados Especiais Cíveis, destacando seu papel na promoção da justiça célere e eficaz. Finalmente, particular discussão é dada aos desafios enfrentados por juristas no âmbito dos Juizados Especiais, notadamente quanto aos procedimentos adotados em tal parte do Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Juizados Especiais; Código de Processo Civil; Aspectos práticos.

**ABSTRACT:** The Special Civil Courts system, governed by the principle of specialty, is intended for the conciliation, processing and judgment of less complex cases, under the terms of the Law. This paper will address practical issues regarding whether or not the provisions of the Code of Civil Procedure apply to cases brought under the Special Courts system, in the form of Law no. 9.099/95. The structure and nature of the Special Civil Courts is addressed, highlighting their role in promoting swift and effective justice. Finally, particular discussion is given to the challenges faced by jurists within the Special Courts, especially with regard to the procedures adopted in this part of the Judiciary.

**Keywords:** Special Courts; Code of Civil Procedure; Practical aspects.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O sistema dos juizados especiais cíveis. 2 Os princípios norteadores dos juizados especiais cíveis. 3 o procedimento dos juizados especiais cíveis.

157 E-mail: [stebbin.adv@gmail.com](mailto:stebbin.adv@gmail.com)

4 O Código de Processo Civil e sua aplicação no âmbito dos juizados especiais cíveis. 5 Aspectos práticos: a aparente antinomia entre as disposições da Lei n. 9.099/95 e o Código de Processo Civil. 5.1 A execução de título extrajudicial e a defesa do executado via embargos. 5.2 O julgamento antecipado do processo. 5.3 Os honorários advocatícios de sucumbência. 5.4 A (im)possibilidade de rescisão das sentenças proferidas nos juizados especiais à luz da jurisprudência do supremo tribunal federal. Conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

Os Juizados Especiais Cíveis representam um marco importante no sistema judiciário brasileiro, introduzindo uma abordagem inovadora e acessível para a resolução de conflitos de menor complexidade. Nesse sentido, é importante analisar diversos aspectos fundamentais relacionados a esse sistema, com foco nos princípios norteadores, procedimentos e na interação entre a Lei n. 9.099/95 e o Código de Processo Civil, bem como em questões práticas que emergem dessa relação.

Inicialmente, aborda-se a estrutura e a natureza dos Juizados Especiais Cíveis, delineando seu papel na promoção da justiça célere e eficaz. Ainda, destaca-se os princípios norteadores que fundamentam o funcionamento desse sistema, enfatizando a sua relevância para a consecução dos objetivos almejados.

Adentra-se, também, no procedimento adotado nos Juizados Especiais Cíveis, analisando a aplicação das disposições do Código de Processo Civil nesse contexto. Uma atenção especial será dada aos desafios e à aparente antinomia entre as normas da Lei n. 9.099/95 e o Código de Processo Civil, explorando as nuances dessa relação.

Prosseguindo, discutir-se-á a execução de título extrajudicial e a defesa do executado por meio de embargos nos Juizados Especiais Cíveis, examinando as peculiaridades desse processo, que visa assegurar o devido processo legal.

Por fim, verifica-se o julgamento antecipado do processo e os honorários advocatícios de sucumbência nos Juizados Especiais Cíveis, discutindo como esses aspectos se encaixam no sistema e afetam as partes envolvidas.

Este artigo busca oferecer uma visão abrangente dos Juizados Especiais Cíveis, com um foco especial nas questões práticas que surgem em sua aplicação, contribuindo para uma melhor compreensão das nuances e desafios enfrentados no âmbito desse sistema dentro do poder judiciário.

## **1 O SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

O Sistema dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, preconizado na Constituição Federal em seu art. 98, I, composto por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade, foi efetivamente criado pela Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, oriunda do Projeto de Lei nº 1.480, de 1989, de iniciativa do então Deputado Michael Temer, sob a seguinte justificção:

Para dar cumprimento à norma constitucional, é necessária, antes de mais nada, a promulgação de lei federal. Com efeito, o próprio dispositivo refere-se a lei, que deve ser federal, porquanto só à União cabe legislar em matéria penal (art. 22, I, Constituição Federal), e é indubitavelmente de natureza material a regra que permitirá a transação e que regulará seus efeitos no campo penal. Em segundo lugar, a União continua detendo a competência privativa para as normas processuais (art. 22, I, Constituição Federal), exceção feita apenas às de procedimentos, que são da competência concorrente da União e dos Estados (art. 24, XI, Constituição Federal). De qualquer forma, ainda que se entendesse que as infrações penais de menor potencial ofensivo, reguladas no art. 98, I, Constituição Federal, são as mesmas pequenas causas a que se refere o art. 24, X, da Constituição Federal, a atribuição constitucional da competência concorrente à União, tanto para as normas processuais como procedimentais, autorizaria, e recomendaria mesmo, que a lei federal estabelecesse as normas gerais de processo e de procedimento para a conciliação, julgamento e execução das referidas infrações.

Após a edição da lei federal, competirá aos Estados, no uso de sua competência constitucional, não apenas criar os juizados especiais, mediante regras de organização judiciária, como ainda suplementar a legislação federal por intermédio de normas mais específicas de procedimento, que atendam às suas peculiaridades, bem como de processo, se entender que a regra do art. 98, I, Constituição Federal há de ser conjugada com a do art. 24, X, da Constituição Federal...]. (Michel Temer *apud* CALHEIROS BOMFIM, 1996, p. 39/40).

A Lei que instituiu os Juizados Especiais Cíveis surgiu com o intuito de aprimorar a estrutura do Poder Judiciário para processamento e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, ampliando a competência, tanto em razão da matéria, quanto em relação ao valor, como mecanismo de desburocratização do acesso à justiça e

pacificação de conflitos. E, conforme as lições de Antônio Pessoa Cardoso, “a acessibilidade ao Judiciário constitui afirmação maior da cidadania e motivo de preocupação do mundo moderno civilizado, diante de uma justiça elitista, cara, formalista e complexa” (CARDOSO, 1996, p. 13).

Complementa, ainda, Hélio Martins Costa:

Neste passo, a Lei dos Juizados Especiais veio constituir importante instrumento jurisdicional a propiciar justiça ágil, desburocratizada, desformalizada e, principalmente, acessível a todos os cidadãos. E o que é mais importante, trata-se de justiça de resultado rápido. (COSTA, 2000, p.20).

O sistema dos Juizados Especiais importou em um considerável avanço do direito processual, à luz do princípio do acesso à justiça, com a facilitação da propositura de ações, inclusive com a dispensa de patrocínio da causa por Advogados e Defensores Públicos em determinadas hipóteses, bem ainda ausência de obrigatoriedade de recolhimento de custas, despesas processuais e emolumentos em primeiro grau de jurisdição.

No âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, os Juizados Especiais foram criados antes mesmo da edição da Lei Federal em 1995. Nas terras pantaneiras, os Juizados Especiais foram regulamentados pela Lei Estadual n.º 1.071, de julho de 1990, fruto da dedicação do saudoso Desembargador Rêmolio Letteriello, do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

## **2 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

Como amplamente exposto, os Juizados Especiais foram instituídos e devidamente regulamentados com o fito de tratar das causas de menor complexidade. Para tanto, foram criados os princípios basilares aplicáveis aos Juizados Especiais, os quais encontram-se estampados no art. 2º, da Lei n. 9.099/95:

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Nesse diapasão, cabe ressaltar que tais princípios foram instituídos justamente para estruturar os Juizados Especiais, divergindo, portanto, da Justiça comum, esta com demasiadas formalidades e morosidade.

A despeito de expressamente previstos como critérios, é certo que a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade são princípios basilares aplicáveis aos Juizados.

O ilustre professor Joel Dias Figueira Júnior (2017, p. 90), complementa que “em que pese o legislador ter-se utilizado da expressão “critérios” orientadores do processo nos Juizados Especiais, estamos diante de verdadeiros princípios gerais.”

Passando-se ao entendimento de tais princípios, crucial destacar o da oralidade, o qual confere ao processo a maneira mais informal de manifestar-se, ou seja, de forma oral, e, quando necessário, tal manifestação será reduzida a termo.

A adoção da comunicação oral viabiliza a otimização do tempo e favorece uma interação mais dinâmica do juiz com os envolvidos, tanto as partes quanto eventuais testemunhas, durante o processo de coleta de evidências, que, igualmente, são obtidas verbalmente.

Sob a mesma ótica, os princípios da simplicidade e da informalidade objetivam, sobretudo, manter o procedimento adotado nos Juizados Especiais simples e, de certa forma, informal, aplicável especialmente aos leigos, atingindo o fim, portanto, de ser compreensível.

“A informalidade permite que o ato processual seja praticado de forma a dar agilidade ao processo. A forma do ato processual deixou de ser um fim em si mesma para estar a serviço da aplicação do direito.” (SANTOS; CHIMENTI, 2011, p. 53).

Na mesma discussão, a redução do formalismo excessivo é evidente no conteúdo do artigo 13, da Lei n. 9.099/95, o qual enfatiza a priorização do propósito almejado, dispensando requisitos formais, desde que os objetivos desejados sejam atendidos.

Noutra linha, visualiza-se que o princípio da economia processual tem por objeto alcançar o maior resultado possível dentro dos atos processuais, praticando, contudo, o mínimo de diligências. Quanto a referido princípio, vale destacar como exemplo as intimações realizadas via telefone, pelo próprio servidor apto para tal, esquivando-se, portanto, da expedição de mandado e/ou carta, trazendo economia ao erário.

Quanto ao princípio da celeridade, este fora instituído com o fito de, obviamente, prestar uma solução célere à situação ajuizada pela parte. Nesse norte, destaca-se o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual dispõe que “a todos, no âmbito

judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988).

Ademais, o princípio da celeridade ampara-se especialmente ao fato de, anteriormente a sua instituição, a morosidade nos processos judiciais era evidente, independentemente da complexidade a ser tratada, submetendo o cidadão, ora autor, a uma espera infinita a fim de resolver sua lide.

Ao estudar a Lei n. 9.099/95, visualiza-se, em todo seu bojo, diversos dispositivos voltados à aplicação dos princípios discutidos. Ainda, é de se destacar a competência do legislador ao prever tais critérios, especialmente para atender a finalidade dos Juizados Especiais, a qual é, sobretudo, buscar a conciliação entre as partes, evitando-se ao máximo as formalidades presentes na Justiça comum. Para tanto, tais princípios visam exemplificar e desburocratizar ao máximo o procedimento amparado sob os Juizados.

### **3 O PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

O procedimento dos Juizados Especiais Cíveis inicia-se por meio de petição inicial, subscrita por Advogado ou Defensor Público, ou por atermção realizada diretamente pela Secretaria dos Juizados Especiais, nas causas cujo valor não supere a 20 salários-mínimos. Nessa última hipótese, a reclamação pode ser oral ou escrita.

Apresentado o pedido à secretaria do Juizado, sendo ele de forma oral, será tomado por termo pelo servidor que atender à parte. O termo a que nos referimos deve ter forma de uma petição inicial, de acordo com o modelo integrante do anexo II, devendo conter os requisitos essenciais da petição inicial, em cumprimento ao disposto no art. 282, do Código de Processo Civil (1973), tais como: a indicação do Juizado onde está sendo proposta a reclamação, a qualificação das partes, os fundamentos da matéria de fato e de direito, o pedido de citação da parte contrária para comparecer à audiência conciliatória e, querendo, oferecer sua contestação na fase oportuna, sob pena de revelia e confissão ficta da matéria de fato e, conseqüentemente, julgamento antecipado da lide, o pedido da condenação, a especificação das provas que pretende produzir o reclamante, o valor da causa e assinatura do reclamante. (SILVA, 2000, p.31)

Vale dizer que, na hipótese de a reclamação ser apresentada na forma escrita, seguirá os mesmos requisitos da petição inicial, constando a qualificação das partes, seus



endereços, os fatos ocorridos de forma sucinta e clara, sob pena de indeferimento da inicial.

Assim, estando a petição irregular, deve o servidor, antes de recebê-la e promover seu processamento, recomendar que seja consertada, evitando, destarte, incidentes processuais que possam acarretar prejuízos para as partes e desgaste do juiz na sua apreciação. Pode ser indeferida a petição inicial se não atender aos pressupostos processuais insertos no artigo supramencionado (art. 282, do CPC/1973), pois são condições de procedibilidade da ação. Sua inobservância impede o regular prosseguimento do feito. (SILVA, 2000, p.31)

Os requisitos de admissibilidade da ação, em contraponto à sistemática da Justiça Comum, não serão observados pela autoridade judiciária nos Juizados Especiais logo no início da ação, pois, em regra, a ação será autuada e processada, com a designação de audiência de conciliação e, após, audiência de instrução e julgamento. Só então, encerrada a instrução processual pelo Juiz Leigo e não tendo as partes chegado à solução consensual do conflito, é que o processo será remetido ao Juiz togado.

[...] considerando que o impulso inicial do processo é promovido pelo serventuário da justiça, que é quem recebe a inicial e designa de imediato a audiência conciliatória dando ciência ao reclamante da designação e expedindo de imediato, a carta de citação para a parte contrária. Daí, a necessidade de esse servidor analisar a petição inicial quando a recebe, verificando os seus pressupostos e a documentação a ela adunada, evitando assim a instauração da ação com a inicial eivada de vícios que possam conduzir à extinção do feito sem o julgamento do mérito. (SILVA, 2000, p.32)

Com efeito, o serventuário da justiça, verificando a inicial e constatando o preenchimento de seus requisitos e que está apta para distribuição, deflagrará o procedimento com a distribuição da ação, designando-se a audiência de conciliação e expedindo-se a citação para o reclamado/réu.

A parte autora, como regra, sairá intimada da audiência no ato da distribuição e a parte ré será citada e intimada para comparecimento, preferencialmente por via postal, por meio de carta com aviso de recebimento, sob pena de, não o fazendo, sofrer os efeitos que da revelia decorrem.

A audiência de conciliação, presidida por um conciliador, tem por objetivo a concretização de um dos princípios vetores dos Juizados Especiais: a busca pela conciliação. E sendo infrutífera, designar-se-á audiência de instrução e julgamento, intimando-se os presentes

No que se refere aos atos postulatórios do réu, Luiz Cláudio Silva explica:

Não será admitida na fase de contestação a reconvenção, sendo lícito apenas ao reclamado formular na própria contestação, e não em peça separada, pedido em seu favor, nos limites da competência do Juizado Especial Cível, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem o objeto da controvérsia. (SILVA, 2000, p.32/33)

No procedimento dos Juizados Especiais Cíveis não se admite nenhuma forma de intervenção de terceiros, ressalvado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nem a reconvenção; porém, admitir-se-á a formulação de pedido contraposto, na forma do art. 31, da Lei n. 9.099/95158.

O artigo supramencionado prevê regras sobre a matéria que poderá ser arguida em sede de pedido contraposto.

Formulando o reclamado pedido contraposto, como autoriza o art. 31, da Lei n. 9.099/95, deve ele fundamentá-lo nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia, acostando naquele momento a prova material que demonstre sua pretensão. É facultado ao reclamante responder ao pedido do reclamado na própria audiência ou requerer o adiamento desta, a fim de lhe ser permitido tempo para contestar o pedido formulado pelo reclamado, recomendando-se a designação de nova audiência, dando-se ciência aos presentes da designação, em respeito ao princípio da ampla defesa. (SILVA, 2000, p.33)

Na audiência de instrução e julgamento, quando presidida pelo magistrado, ele receberá a contestação ou exceção do réu, instruirá o processo e após, proferirá a sentença. Por outro lado, se presidida a audiência pelo juiz leigo, receber-se-á a contestação, realizará a instrução processual e emitirá um projeto de sentença, um parecer, que será

---

158 Art. 31. Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia. Parágrafo único. O autor poderá responder ao pedido do réu na própria audiência ou requerer a designação da nova data, que será desde logo fixada, cientes todos os presentes.

submetido ao juiz togado para análise, após, se de acordo com o entendimento do mesmo, será homologado, surtindo seus jurídicos e legais efeitos.

A esse respeito, o art. 40, da Lei dos Juizados Especiais, prevê:

Art. 40. O Juiz leigo que tiver dirigido a instrução proferirá sua decisão e imediatamente a submeterá ao Juiz togado, que poderá homologá-la, proferir outra em substituição ou, antes de se manifestar, determinar a realização de atos probatórios indispensáveis.

Contra a sentença proferida caberá a oposição de embargos de declaração, no prazo de 5 dias, se constatados vícios de omissão, obscuridade ou contradição, ou a interposição de recurso inominado, no prazo de 10 dias, ambos os prazos contados da publicação da sentença.

O preparo recursal, referente ao recurso inominado, deverá ser realizado nas 48 horas seguintes a interposição do recurso, sob pena de deserção (§1º, do art. 42, da Lei n 9.099/95). Calha ressaltar que em fase recursal, será obrigatória a assistência de advogado ou Defensor Público, independentemente do valor da causa, nos termos do §2º, do art. 41, da Lei n 9.099/95.

No sistema dos Juizados Especiais, o recurso inominado, equivalente ao recurso de apelação no procedimento comum ordinário, será julgado pela Turma Recursal, composta por três Juízes de Direitos, em exercício no primeiro grau de jurisdição.

#### **4 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

O cerne da discussão envolvendo a aplicação das disposições do Código de Processo Civil neste artigo, envolve a exata delimitação do assunto pelo enunciado 161 do Fonaje, editado da seguinte forma:

**ENUNCIADO 161** – Considerado o princípio da especialidade, o CPC/2015 somente terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei 9.099/95.

O princípio da especialidade, como regra hermenêutica a superar eventuais antinomias da norma, preconiza que deve o intérprete dar efetividade às disposições

especiais veiculadas na lei em detrimento de previsões genéricas. Tal fato, por si só, não impõe a revogação, total ou parcial, da norma, visto que, o que se busca, é a compatibilização do ordenamento.

Nesse sentido, com o escopo de prestigiar a adequação dos procedimentos, a Lei n. 9.099/95 estabelece, de forma taxativa, a possibilidade de aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Civil ao sistema dos Juizados Especiais, justamente porque ao legislador, não raras vezes, mostra-se impossível a sistematização de todas as possibilidades jurídicas que possam advir no plano fático e que demandam a regulamentação pormenorizada.

Nessa perspectiva, a Lei n. 9.099/95 faz expressa referência à aplicação do Código de Processo Civil ao sistema dos Juizados Especiais no i) art. 3º, II, ao delimitar sua competência para processamento e julgamento das causas alusivas ao extinto do procedimento sumário; ii) art. 48, ao elencar as hipóteses de cabimento de interposição de embargos de declaração; iii) art. 52, ao estabelecer a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC ao procedimento de execução de sentença; e iv) art. 53, ao estabelecer a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC ao procedimento de execução de título extrajudicial.

## **5 ASPECTOS PRÁTICOS: A APARENTE ANTINOMIA ENTRE AS DISPOSIÇÕES DA LEI N. 9.099/95 E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Com o fito de otimizar a exposição do presente trabalho, foram segmentadas algumas problemáticas envolvendo a aplicação ou não das disposições do Código de Processo Civil ao sistema dos Juizados Especiais Cíveis no que tange à defesa do executado em execução de título extrajudicial, ao julgamento antecipado do processo, à fixação de verba honorária sucumbencial e à possibilidade de rescisão da sentença proferida no âmbito do procedimento submetido à Lei n. 9.099/95.

### **5.1 A execução de título extrajudicial e a defesa do executado via embargos**

Segundo dispõe o art. 3º, §1º, II, da Lei n. 9.099/95, os Juizados Especiais Cíveis têm competência para promover a execução dos títulos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário-mínimo, observada a regra que estatui a legitimidade ativa no referido sistema (art. 8º, §1º).

No que tange ao procedimento, o art. 53 do supracitado diploma legal prevê a observância ao disposto no Código de Processo Civil, com as modificações pertinentes à compatibilização ao sistema dos Juizados Especiais, quais sejam: i) uma vez efetuada a penhora, o devedor será intimado a comparecer à audiência de conciliação, quando então

poderá opor embargos, por escrito ou verbalmente; ii) na audiência, incumbe ao conciliador propor a dispensa da alienação judicial, mediante adoção de medidas tais como o pagamento do débito a prazo ou a prestação, a dação em pagamento ou a imediata adjudicação do bem penhorado; iii) não opostos embargos em audiência ou se julgados improcedentes, qualquer das partes poderá requerer ao Juiz a adoção de uma das alternativas referidas no item anterior; iv) não encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos ao autor.

Vale dizer que os embargos somente poderão ser opostos pelo executado após prévia garantia do juízo, pelo depósito ou pela penhora, sendo que poderão veicular as matérias enumeradas no art. 52, IX, da Lei n. 9.099/95, versando sobre a) falta ou nulidade da citação no processo, se ele correu à revelia; b) manifesto excesso de execução; c) erro de cálculo; d) causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença. Acresça-se, ainda, que os embargos deverão ser opostos nos mesmos autos da execução.

Trata-se de sistemática diferente da adotada pelo Código de Processo Civil para a defesa do executado no âmbito da execução de título extrajudicial, na medida em que neste há expressa dispensa de prévia garantia do juízo pela penhora, depósito ou caução, para se opor embargos à execução, que deverão ser processados em autos apartados, à luz do que preconiza o art. 914, abaixo transcrito:

Art. 914. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos.

§ 1º Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias das peças processuais relevantes, que poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

§ 2º Na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, da avaliação ou da alienação dos bens efetuadas no juízo deprecado.

Com efeito, a partir da aplicação do princípio da especialidade, tem-se que as disposições da Lei n. 9.099/95 prevalecem sobre as disposições do Código de Processo Civil no que se refere à oposição de embargos à execução, notadamente quanto ao

procedimento e à exigência de prévia garantia do juízo, consoante o enunciado 117 do Fonaje, *in verbis*:

**ENUNCIADO 117** – É obrigatória a segurança do Juízo pela penhora para apresentação de embargos à execução de título judicial ou extrajudicial perante o Juizado Especial (*XXI Encontro – Vitória/ES*).

Por fim, cumpre frisar que os embargos à execução poderão ser decididos por Juiz Leigo sob a supervisão e posterior homologação do projeto de sentença pelo Juiz togado, nos termos do Enunciado 52 do Fonaje<sup>159</sup>, sendo que contra o referido provimento jurisdicional será cabível a interposição de recurso inominado, na forma do Enunciado 143 do Fonaje<sup>160</sup>.

## 5.2 O julgamento antecipado do processo

O Código de Processo Civil prevê, em seu art. 355, a possibilidade de julgamento antecipado do mérito quando i) não houver necessidade de produção de outras provas; ii) o réu for revel, ocorrer a revelia e não houver requerimento de provas, na forma do art. 349. São hipóteses que visam a prestigiar a duração razoável do processo e o devido processo legal.

No que se refere ao procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, por outro lado, a previsão de julgamento antecipado do mérito está, ao menos expressamente, subordinada à hipótese do art. 23 da Lei n. 9.099/95, que prevê:

Art. 23. Se o demandado não comparecer ou recusar-se a participar da tentativa de conciliação não presencial, o Juiz togado proferirá sentença.

De fato, a ausência do demandado na audiência de conciliação tem por consequência, segundo prevê o art. 20 da Lei n. 9.099/95, sua sujeição aos efeitos da revelia, reputando-se verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz.

Ocorre, todavia, que o dispositivo retrotranscrito encontra-se previsto na Seção VIII da Lei n. 9.099/95, atinente à conciliação e ao juízo arbitral, limitando somente ao Juiz

---

<sup>159</sup> **ENUNCIADO 52** – Os embargos à execução poderão ser decididos pelo juiz leigo, observado o art. 40 da Lei n° 9.099/1995.

<sup>160</sup> **ENUNCIADO 143** – A decisão que põe fim aos embargos à execução de título judicial ou extrajudicial é sentença, contra a qual cabe apenas recurso inominado (*XXVIII Encontro – Salvador/BA*).

togado, em tal hipótese, a prolação da sentença, jamais ao Juiz leigo a elaboração do projeto de sentença.

Justamente por conta da expressa previsão legal é que se conclui ser inviável a elaboração, pelo Juiz leigo, de projeto de sentença nos feitos em que não houve a devida instrução processual em audiência. Isso porque, mesmo se considerada a informalidade e simplicidade dos Juizados Especiais, a disposição legal é expressa no sentido de ser dado somente ao Juiz togado a prolação de sentença na hipótese de julgamento antecipado do mérito.

### **5.3 Os honorários advocatícios de sucumbência**

Dentre as várias inovações introduzidas pelo sistema dos Juizados Especiais Cíveis está a busca pela redução dos “custos dos direitos”, vedando-se, como regra, a fixação e cobrança de honorários advocatícios de natureza sucumbencial em primeiro grau de jurisdição. Trata-se de regra prevista no art. 55, primeira parte, da Lei n. 9.099/95, assim vazada:

Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

Parágrafo único. Na execução não serão contadas custas, salvo quando:

- I - reconhecida a litigância de má-fé;
- II - improcedentes os embargos do devedor;
- III - tratar-se de execução de sentença que tenha sido objeto de recurso improvido do devedor.

O Código de Processo Civil, por sua vez, rege-se pelos princípios da sucumbência e da causalidade, de modo que, independentemente da natureza principal da sentença, seja condenatória, declaratória ou constitutiva, consignará no dispositivo sempre uma parcela de condenação, como decorrência obrigatória da sucumbência.

A esse respeito, Humberto Theodoro Júnior<sup>161</sup> leciona que:

O art. 85 determina a condenação do vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. São também devidos honorários de advogado na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente (art. 85, § 1º). Qualquer que seja a natureza principal da sentença – condenatória, declaratória ou constitutiva –, conterà sempre uma parcela de condenação, como efeito obrigatório da sucumbência. Nessa parte formará, portanto, um título executivo em favor do que ganhou a causa (autor ou réu, pouco importa), ou mais especificamente, em favor de seu advogado.

Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>162</sup> complementa, aduzindo que:

[...] a exemplo do que já fazia o CPC/1973, continua a consagrar a sucumbência como critério determinante da condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Ocorre, entretanto, que nem sempre a sucumbência é determinante para tal condenação, devendo ser também aplicado a determinadas situações o princípio da causalidade, de forma que a parte, mesmo vencedora, seja condenada ao pagamento de honorários ao advogado da parte vencida por ter sido responsável pela existência do processo, como corretamente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça. [...] Segundo o § 10 do art. 85 do Novo CPC, nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo, ou seja, havendo carência superveniente por falta de interesse recursal superveniente, não importará para fixação dos honorários quem sucumbiu (no caso será sempre o autor), mas quem deu causa ao processo. A responsabilidade pelo pagamento das despesas e honorários advocatícios, prevista pelo art. 90, caput, do Novo CPC na hipótese de extinção do processo por decisão homologatória de desistência, renúncia ou reconhecimento jurídico do pedido, mantém a regra consagrada no art. 26, caput, do CPC/1973: cabe o pagamento à parte que praticou o ato que levou o

---

161 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. 21 ed. Editora Gen: Rio de Janeiro, 2018. 242p.

162 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Vol. Único. Ed. Juspodivm: Salvador, 2018. p. 269.



processo à extinção, tendo o novel dispositivo apenas incluído a renúncia como causa de extinção, não prevista no artigo revogado mas devidamente incluída pela melhor doutrina.

Nesse sentido, destaca-se a jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

No processo civil, para se aferir qual das partes litigantes arcará com o pagamento dos honorários advocatícios e das custas processuais, deve-se atentar não somente à sucumbência, mas também ao princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes” (STJ, REsp 1.160.483/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, jul. 10.06.2014, DJe 01.08.2014).

Diversamente, o que se extrai das disposições do art. 55 da Lei n. 9.099/95 que fixação da verba honorária advocatícia sucumbencial, em primeiro grau de jurisdição, tem natureza sancionatória, na medida em que cabível exclusivamente na hipótese de reconhecida a litigância de má-fé da parte autora ou ré.

No que se refere à fixação de honorários advocatícios em segundo grau de jurisdição, a segunda parte do dispositivo – art. 55 da Lei n. 9.099/95 – prevê o seu cabimento tão-somente na hipótese de restar desprovido o recurso inominado intentado pela parte, aplicando-se, pois, então, o princípio da causalidade, situação em que serão então fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor da condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

#### **5.4 A (im)possibilidade de rescisão das sentenças proferidas nos juizados especiais à luz da jurisprudência do supremo tribunal federal**

Por fim, como último aspecto prático de aplicação do Código de Processo Civil no sistema dos Juizados Especiais, colhe-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário n. 586.068, submetido ao rito da repercussão geral, que decisões dos Juizados Especiais podem ser anuladas se conflitarem com entendimento do Supremo Tribunal Federal. A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte:

1) É possível aplicar o artigo 741, parágrafo único, do CPC/73, atual art. 535, § 5º, do CPC/2015, aos feitos submetidos ao procedimento sumaríssimo, desde que o trânsito em julgado da fase de conhecimento seja posterior a 27.8.2001;

2) É admissível a invocação como fundamento da inexigibilidade de ser o título judicial fundado em 'aplicação ou interpretação tida como incompatível com a Constituição' quando houver pronunciamento jurisdicional contrário ao decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, seja no controle difuso, seja no controle concentrado de constitucionalidade;

3) O artigo 59 da Lei 9.099/1995 não impede a desconstituição da coisa julgada quando o título executivo judicial se amparar em contrariedade à interpretação ou sentido da norma conferida pela Suprema Corte, anterior ou posterior ao trânsito em julgado, admitindo, respectivamente, o manejo (i) de impugnação ao cumprimento de sentença ou (ii) de simples petição, a ser apresentada em prazo equivalente ao da ação rescisória.

Com efeito, o art. 59 da Lei n. 9.099/95 prevê não se admitir a ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento dos Juizados Especiais Cíveis. Trata-se de uma opção de legislativa no sentido de se vedar o controle jurisdicional de uma sentença transitada em julgado sob o procedimento da Lei n. 9.099/95 via ação rescisória, notadamente em nome dos critérios da simplicidade e informalidade.

Não obstante, em determinadas situações, nas quais há a formação da denominada coisa julgada inconstitucional, mostra-se viável se arguir, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, a inexecutabilidade do título judicial fundado em aplicação ou interpretação tido como incompatível com a Constituição, segundo pronunciamento jurisdicional contrário ao decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso ou mesmo concentrado de constitucionalidade.

À evidência, assentou-se que o art. 59 da Lei n. 9.099/95 não obsta a desconstituição da coisa julgada quando o título executivo judicial se encontra lastreado em contrariedade à interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal, anterior ou posterior ao trânsito em julgado, se tal pretensão for veiculada em impugnação ao cumprimento de sentença ou por simples petição, a ser apresentada em prazo equivalente ao da ação rescisória, e desde que o trânsito em julgado da fase de conhecimento seja posterior a 27/08/2001.

## **CONCLUSÃO**

Ao longo deste estudo, explorou-se os princípios fundamentais que norteiam os Juizados Especiais, além de examinar o procedimento adotado e a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil nesse contexto.

A análise detalhada revelou desafios práticos na interação entre a Lei n. 9.099/95 e o Código de Processo Civil, apontando para uma aparente antinomia entre suas disposições. Essa dicotomia requer um olhar cuidadoso para harmonizar e conciliar ambas as legislações de modo a garantir uma aplicação consistente e eficaz nos Juizados Especiais Cíveis, devendo ser observada, criteriosamente, a aplicação do CPC nos Juizados.

A execução de título extrajudicial e a defesa do executado por meio de embargos, representam desafios práticos relevantes que demandam uma análise criteriosa para assegurar a efetividade e a justiça no âmbito dos Juizados Especiais.

Os honorários advocatícios de sucumbência, outro ponto de destaque, suscitam reflexões sobre a viabilidade de sua aplicação nesse contexto específico, tendo em vista a premissa de uma justiça mais acessível e célere, sem onerar excessivamente as partes envolvidas, com exceção aos recursos eventualmente interpostos.

Conclui-se, portanto, que a harmonização entre a Lei n. 9.099/95 e o Código de Processo Civil nos Juizados Especiais Cíveis demanda uma análise mais aprofundada, especialmente quanto à eventual aplicabilidade taxativa deste último, visando, contudo, à busca de soluções que garantam uma aplicação eficiente, ágil e equitativa desses institutos, promovendo, assim, a justiça e a celeridade desejadas para a resolução de conflitos de menor complexidade.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ANDRIGH, Fátima Nancy. O Novo CPC e Sua Aplicação Nos Juizados Especiais. In: LINHARES, Erick (Org.). **Juizados Especiais Cíveis e o Novo CPC**. Curitiba, 2015. p. 9-20.

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 1.071, de 11 de julho de 1990**. Dispõe sobre a criação e funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Campo Grande, MS. DOMS-12(2847):7-15,

12.07.1990. Disponível em:

<[https://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao\\_comp.php?lei=5071](https://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?lei=5071)>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.244, de 07 de novembro de 1984**. Dispõe sobre a criação e funcionamento do Juizado das Pequenas Causas. Brasília, DF. 07.11.1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7244impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244impressao.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 27.09.1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BOMFIM, Benedito Calheiros. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1996.

CARDOSO, Antônio Pessôa. **A justiça alternativa: juizados especiais: anotações à Lei nº 9.099/95**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda, 1996.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Hélio Martins. **Lei dos juizados especiais cíveis: anotada e sua interpretação jurisprudencial**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2000.

DIEFENTHÄLER, Gustavo Alberto Gastal. Os Juizados Especiais Cíveis e Seus Desafios. In: LINHARES, Erick (Org.). **Juizados Especiais Cíveis e o Novo CPC**. Curitiba, 2015. p. 21-39.

ENUNCIADOS. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 11 nov. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade – II**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LINHARES, Erick et al. **Juizados Especiais Cíveis e o Novo CPC**. Ed. -Curitiba: Juruá, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Wander Paulo Marotta. **Juizados Especiais Cíveis**. 1ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Vol. Único. Ed. Juspodivm: Salvador, 2018.

NETO, Fernando da Costa Tourinho; JÚNIOR, Joel Dias Figueira. Juizados Especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/1995. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Maria Ferreira dos. **Juizados especiais cíveis e criminais: federais e estaduais**. Volume 15 – tomo II / Marisa Ferreira dos Santos, Ricardo Cunha Chimenti. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Luiz Cláudio. **Os juizados especiais cíveis na doutrina e na prática forense**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SODRÉ, Eduardo. **Juizados Especiais Cíveis** - Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SOUSA, Álvaro Couri Antunes. **Juizado especiais federais cíveis: aspectos relevantes e o sistema recursal da Lei nº 10.259/01**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. 21 ed. Editora Gen: Rio de Janeiro, 2018.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa e outro. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários a Lei 9.099/95**, 4º ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

## **CONTRATO DE NAMORO E SUA (IN)VALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**VICTOR CYPRIANO CORREA** <sup>163</sup>

**RESUMO:** O contrato de namoro é uma manifestação jurídica que tem como objetivo estabelecer as intenções das partes envolvidas em um relacionamento afetivo, deixando claro que não há intenção de constituir união estável ou criar vínculos patrimoniais que possam ser equiparados aos da união estável. Atualmente, prevalece na doutrina sua invalidade, porém deve haver uma reanálise do referido do negócio jurídico a partir dos princípios atinentes à Teoria Geral dos Contratos, notadamente a boa-fé. Sem prejuízo, no caso de invalidade do contrato de namoro, verifica-se a possibilidade da conversão substancial em um contrato de convivência com adoção do regime de separação convencional de bens, atendendo-se ao interesse patrimonial das partes.

**Palavras-Chave:** contrato de namoro, união estável, boa-fé, autonomia privada, função social

**ABSTRACT:** The dating contract is a legal manifestation that aims to establish the intentions of the parties involved in an affective relationship, making it clear that there is no intention to establish a common-law marriage or create patrimonial ties that can be equated to those of a common-law marriage. Currently, its invalidity prevails in the doctrine, however there must be a reanalysis of the aforementioned legal transaction based on the principles relating to the General Theory of Contracts, notably good faith. Without prejudice, in the case of invalidity of the dating contract, there is the possibility of substantial conversion into a cohabitation contract with the adoption of the conventional separation of assets regime, taking into account the patrimonial interests of the parties.

**Keyword:** dating contract, common-law marriage, good faith, private autonomy, social function

### **Introdução**

O contrato existe desde que o ser humano começou a se relacionar entre si e, como qualquer instituto jurídico, foi evoluindo ao passar dos milhares de anos. Para Stolze e Pamplona Filho (2020, p. 608), "contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva,

---

163 E-mail: [v.cypriano@hotmail.com](mailto:v.cypriano@hotmail.com)

autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades”.

Trata-se de um negócio jurídico bilateral, no qual ao menos duas pessoas estabelecem deveres e direitos recíprocos. O direito de contratar é bastante amplo, mas, como se percebe no conceito de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, isso não o torna absoluto. Além dos limites impostos pela legislação, atualmente, entende-se que todo instituto jurídico possui uma função social, não ficando restrito a interesses particulares. Tal característica decorre do movimento de constitucionalização do direito civil, com o fortalecimento da força normativa da Constituição, que ocorreu sobretudo após os horrores da 2ª Guerra Mundial.

No tocante ao contrato, o artigo 421 do Código Civil é expresso ao dispor que a função social atua como fator limitativo da autonomia privada dos contratantes, dispondo que liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Assim sendo, contrato é uma manifestação de vontade livre e consciente, capaz de criar direitos e obrigações entre as partes, bem como de promover a pacificação social e o desenvolvimento econômico, tudo isso sem prejuízo do cumprimento de sua função social, em respeito aos valores constitucionais derivados dos princípios gerais de direito e da dignidade humana, este último epicentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Não se pode olvidar, ainda, da classificação proclamada pelo professor Pontes de Miranda<sup>164</sup> que desenvolveu a chamada Escada Ponteana, estruturando os negócios jurídicos em três planos, quais sejam: existência, validade e eficácia. A famosa teoria é representada por uma escada formada por três degraus: o primeiro que apresentaria as condições de existência do negócio jurídico (partes, objeto, vontade e forma), e se existente, poderia avançar para o próximo degrau, de validade do negócio jurídico (que condiz à capacidade das partes, ao objeto que deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, a forma expressa ou não defesa em lei e a vontade livre dos agentes) e, se válido, poderá alcançar o terceiro e último degrau, que representa os termos para a eficácia do negócio jurídico (condições, termos e encargos).

### **A diferença entre união estável e namoro**

---

<sup>164</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda GCIP (São Luis Do Quitunde, 23 de abril de 1892 — Rio de Janeiro, 22 de dezembro de 1979) foi um jurista, filósofo, matemático, advogado, sociólogo, magistrado e diplomata brasileiro.

A união estável é um instituto do Direito de Família de natureza constitucional (artigo 226, §3º, da CF), caracterizada pela união de duas pessoas, do mesmo sexo ou não, que convivem de forma pública, contínua, duradoura e com fito de constituir família.

O namoro, por sua vez, é uma relação de afeto interpessoal, na qual duas pessoas se envolvem emocionalmente e compartilham experiências em comum, buscando a felicidade comum. Carece da estabilidade da união estável, bem como do elemento teleológico entidade familiar: o objetivo de constituir família.

Segundo a doutrina majoritária, os elementos essenciais da união estável são: publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituir família. Significa dizer que a monogamia ou coabitação, por exemplo, não são requisitos dessa comunhão familiar. Tal fato pode gerar uma confusão com o namoro, pois é possível que um casal em união estável não resida no mesmo local ou até se relacione com terceiros, enquanto que em um determinado namoro pode ser que as pessoas acordem em manter o relacionamento fechado e até estabeleçam coabitação.

No caso de um namoro mais sério, a linha que separa o relacionamento de uma união estável pode ser demasiadamente tênue, porém é indispensável a aferição do tipo de relacionamento formado no caso concreto, porquanto o primeiro instituto não possui a natureza jurídica familiar do segundo, de modo que apenas no caso de união estável serão produzidos efeitos jurídicos, como alimentos, partilhas de bens, entre outros.

A doutrina e a jurisprudência ainda dividem o namoro em duas espécies: quais sejam: simples e qualificado. O primeiro trata-se de algo de menor importância, passageiro, mais comum em jovens que estão iniciando a vida. Já o namoro qualificado é aquele que as partes fazem planos de uma família para o futuro, aproximando-se da união estável. Enquanto neste a finalidade atual é de constituir família, naquele existe uma prospecção de um dia vir a ser formada uma nova entidade familiar.

A jurisprudência reconheceu a figura, já antes defendida pela doutrina, do namoro qualificado, atentando-se para a realidade social em que casais estreitavam os laços afetivos, mas sem o desejo atual de constituir família. Nesse sentido, cabe colacionar a ementa do Recurso Especial nº 1.454.643 – RJ:

RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALEGADAMENTE COMPREENDIDA NOS DOIS ANOS ANTERIORES AO CASAMENTO, C.C. PARTILHA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NESSE PERÍODO. 1. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. PREQUESTIONAMENTO.



AUSÊNCIA. **2.** UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NAMORADOS QUE, EM VIRTUDE DE CONTINGÊNCIAS E INTERESSES PARTICULARES (TRABALHO E ESTUDO) NO EXTERIOR, PASSARAM A COABITAR. ESTREITAMENTO DO RELACIONAMENTO, CULMINANDO EM NOIVADO E, POSTERIORMENTE, EM CASAMENTO. **3.** NAMORO QUALIFICADO. VERIFICAÇÃO. REPERCUSSÃO PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA. **4.** CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO, COM ELEIÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. TERMO A PARTIR DO QUAL OS ENTÃO NAMORADOS/NOIVOS, MADUROS QUE ERAM, ENTENDERAM POR BEM CONSOLIDAR, CONSCIENTE E VOLUNTARIAMENTE, A RELAÇÃO AMOROSA VIVENCIADA, PARA CONSTITUIR, EFETIVAMENTE, UM NÚCLEO FAMILIAR, BEM COMO COMUNICAR O PATRIMÔNIO HAURIDO. OBSERVÂNCIA NECESSIDADE. **5.** RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA; E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

Aduziu, ainda no mesmo julgado, o Tribunal da Cidadania:

“O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável - a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado "namoro qualificado" -, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída”.

Pela doutrina, os professores Carlos Alberto Maluf e Adriana Caldas explicam:

“o namoro qualificado apresenta a maioria dos requisitos também presentes na união estável. Trata-se, na prática, da relação amorosa e sexual madura, entre pessoas maiores e capazes, que, apesar de apreciarem a companhia uma da outra, e por vezes até pernoitarem com seus namorados, não têm o objetivo de constituir família. Por esse motivo é tão difícil, na prática, encontrar as diferenças entre a união estável e o namoro qualificado. Muito embora as semelhanças existentes ente ambos, o que os diferencia é o objetivo precípua de

constituir família - presente na união estável e ausente no namoro qualificado.”

## **O Contrato de Namoro e sua (in) validade**

Há um certo período de tempo, casais de namorados começaram a se valer de contratos para regular a esfera patrimonial. Não se confunde com o Contrato de Convivência, pois este visa regulamentar a relação patrimonial entre pessoas que já se encontram no seio de uma união estável, não havendo dúvidas sobre sua validade jurídica.

Algumas pessoas notaram que certos relacionamentos de namoro viravam batalhas judiciais, quando chegavam ao final, com um dos parceiros ajuizando ação em face do outro requerendo o reconhecimento da formação de união estável e, conseqüentemente, determinados efeitos jurídicos, como alimentos ou o direito à partilha patrimonial.

Tal fato fez com que os indivíduos, ao entrarem em um relacionamento, começassem a formalizar termos e condições do namoro, estabelecendo tudo em contrato, inclusive com registro em cartório, certificando a natureza de namoro, com intuito de impedir o reconhecimento da união estável, gerando o que a doutrina e jurisprudência denominam de contrato de namoro.

A maioria da doutrina, contudo, defende que o contrato de namoro não seria válido. Isso porque, a união estável é uma matéria de fato e o contrato não teria aptidão para afastar sua ocorrência. Nessa linha, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2020, p. 1970) sustentam: “a união estável é um fato da vida e, como tal, se configurada, não será uma simples declaração negocial de vontade instrumento hábil para afastar o regramento de ordem pública que rege este tipo de entidade familiar.”

O professor Tartuce (2019, p. 2) argumenta que tais contratos devem ser considerados nulos nos casos em que já existe uma União Estável estabelecida, uma vez que seria uma forma de renúncia aos direitos e obrigações inerentes à União Estável. Além disso, esses contratos podem ser vistos como uma tentativa de fraudar a lei.

Ocorre que esse entendimento doutrinário em favor da nulidade do contrato de namoro parte da premissa de má-fé dos contratantes, como se tivessem o objetivo de fraudar a lei ou de afastar obrigações decorrentes de norma de ordem pública.

No entanto, o contrato de namoro visa justamente o contrário. Através da transparência, publicidade e boa-fé, a intenção é revelar o sentimento íntimo do casal de constituir ou não uma nova entidade familiar. Isso sem prejuízo, é claro, da declaração de

invalidade de simulação ou abuso do direito por meio de fraudes para ocultar uma união estável.

A mesma constitucionalização do Direito Civil que torna a união estável uma entidade familiar, afastando o preconceito carregado no termo concubinato, é a que irradia pela Teoria Geral dos Contratos, presumindo a boa-fé dos contratantes ao se relacionar e instituir direitos e obrigações recíprocos.

Como dito, a união estável exige uma relação entre duas pessoas pública, duradoura e com o objetivo de constituir família. Nesse diapasão, a manifestação de vontade de ambas as partes deve ser vista como fator capaz de impedir a formação da união estável em razão da ausência do elemento teleológico-subjetivo de formação de uma nova comunhão familiar. O contrato de namoro gera presunção *juris tantum* de ausência de vontade de formar família, *conditio sine qua non* para constituição de uma união estável.

Não se pretende defender o afastamento, de forma absoluta, da existência de uma união estável por um documento escrito, podendo sempre ser demonstrada sua configuração no caso concreto através da produção de provas. O que se busca é reconhecer o princípio da autonomia da vontade enquanto norma jurídica autorizadora do estabelecimento de negócios jurídicos, objetivando a não constituição de relações jurídicas privadas, bem como a força normativa do princípio da boa-fé das partes.

Nesse contexto, parece razoável conceder relevância jurídica ao contrato, firmado por pessoas capazes, baseado na intenção de não constituir família, sendo certo que quando o indivíduo se preocupa em formalizar um acordo versando sobre sua intimidade e registrá-lo, evidencia-se o real propósito, pelo menos naquele momento, de não originar uma nova família, sem prejuízo de, a qualquer hora, dirigirem-se os contratantes ao cartório e desfazer a avença ou até reconhecer formalmente a evolução do namoro para uma união estável.

Não significa, portanto, a tentativa de se sobrepor aos fatos da vida, mas de verdadeira concretização da autonomia privada, corolário da dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático de Direito, convergindo com a realidade social e com os princípios atinentes aos contratos, notadamente a autonomia da vontade, a obrigatoriedade e a boa-fé.

Por certo, quando dois indivíduos, livres e informados, assinam um negócio jurídico cujo conteúdo denota a real intenção do casal, eventual ajuizamento de uma ação pedindo o reconhecimento de uma união estável soará como comportamento contraditório, ofendendo a figura parcelar da boa-fé conhecida como *venire contra factum proprium*.

Ademais, um dos problemas da união estável é justamente a insegurança jurídica, pois muitas vezes é possível que ela exista em uma dada relação sem que tal fato seja registrado. É dizer: a união estável não requer solenidade para a sua constituição. O registro do contrato de namoro confere publicidade ao relacionamento, havendo transparência interna e externa, impedindo eventuais abuso de direitos e protegendo terceiros, fornecendo a segurança indispensável para o desenvolvimento econômico e pacificação social.

O entendimento pela validade do contrato de namoro é o que atende em maior grau à função social. É certo que qualquer instituto jurídico não é visto sob viés estritamente individual, mas também sob a ótica da coletividade. Inclusive, hoje a jurisprudência entende ser possível a tutela externa do contrato, demonstrando que os efeitos de uma relação contratual não ocorrem apenas interpartes. Considerar o contrato de namoro inválido, além de excluir a autonomia privada do casal, tem aptidão para prejudicar a terceiros de boa-fé que venham a firmar relações contratuais, como compra e venda, fiança, entre outros.

Outra consequência jurídica do contrato de namoro assume uma faceta mais processual. Diante de um contrato existente, válido e eficaz, caso uma das partes ingresse em juízo sustentando a ocorrência de união estável, é imperioso reconhecer uma necessidade de intensificação do *standard* probatório necessário para certificar a formação da nova relação jurídica.

Mais uma vez, ressalta-se que não se deseja o genérico e abstrato afastamento da união estável, mas sim a aplicação da cláusula *rebus sic standibus*, segundo a qual o princípio da obrigatoriedade dos contratos deve ser interpretado sob o filtro das circunstâncias fáticas existentes no momento da celebração contratual.

Segundo a doutrina, "o standard de prova precisa ser adequado ao caso concreto, fazendo parte daquilo que se pede ao Judiciário que, incidentalmente, decida". (TRENTO, 2013, p. 167).

Nesse contexto, aquele que assina um contrato de namoro e posteriormente ajuíza ação visando o reconhecimento de união estável deve atuar sobre uma presunção de namoro, gerando um *standard* probatório muito maior em seu desfavor na busca pela demonstração de fatos supervenientes aptos a comprovar evolução de um namoro para união estável, devendo ser analisado pelo juiz a partir de um modelo racionalista de exame probatório

Sem a intenção de catalogar todos os efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento da validade do contrato de namoro, é possível, a título de ilustração da

importância do tema, citar outro exemplo no âmbito processual, que é o impedimento do efeito material decorrente da revelia em razão do artigo 345, IV, do Código de Processo Civil, pois não haverá a verossimilhança necessária, bem como estará em contradição com a prova dos autos, especificamente com o contrato de namoro.

Diversos efeitos, portanto, podem ser sentidos nas relações jurídicas a partir do entendimento pela validade do contrato de namoro, sem que isso signifique defender a eficácia geral e abstrata e absoluta do negócio jurídico. O que se busca é o entendimento que mais atende aos preceitos da função social e da boa-fé contratual, valorizando a manifestação de vontade, que é requisito de existência de negócios jurídicos.

Assim, evita-se violação da boa-fé por meio de atitudes contraditórias (*venire contra factum proprium*) e fortalece a segurança jurídica dos parceiros e, principalmente, de terceiros alheios às relações pessoais e individuais.

### **Conversão substancial como opção**

Caso entenda pela invalidade do contrato de namoro e pelo reconhecimento de União estável, uma possibilidade garantida pelo ordenamento jurídico é a chamada conversão substancial do negócio jurídico, instituto jurídico fundamentado no princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Previsto no artigo 170 do Código Civil, o dispositivo prevê que no caso de um negócio jurídico nulo conter os requisitos de outro subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

Segundo José da Silva Pacheco (2003, p. 611), são três os requisitos para a aplicação da medida conservatória:

- 1º) que haja um negócio nulo; 2º) que o negócio nulo contenha os requisitos necessários de outro negócio jurídico, e que esses requisitos necessários sejam apropriados a produzir efeitos jurídicos para satisfazer, razoavelmente, os interesses das partes; 3º) que o fim a que as partes tinham em vista leve à convicção de que elas teriam querido este novo contrato, em lugar daquele, que originariamente fizeram, se houvessem previsto a sua nulidade.

Desse modo, a conversão substancial do contrato de namoro em um contrato de convivência a ser regido pela separação absoluta de bens, mostra-se como a melhor saída, subsidiariamente falando. Caso não se adote a posição favorável à validade da referida

espécie contratual, uma vez observado ainda os requisitos formais do Contrato de Convivência, e é forçoso concluir que as partes teriam requerido esse último negócio jurídico.

Com efeito, o casal que busca registrar um acordo com o fim de evitar a formação de união estável, se cogitasse a invalidade do negócio jurídico, optaria pela adoção do regime separatório de bens, pois este negócio jurídico substituto tem aptidão para realizar os fins práticos do negócio jurídico convertido, ao menos no que tange à esfera patrimonial relacionada à partilha de bens.

### **Conclusão**

O breve artigo tem por escopo a defesa da validade do chamado contrato de namoro, a despeito do entendimento majoritário na doutrina da sua invalidade, sem que haja pretensão de permitir às partes interessadas a total e completa regulamentação dos fatos da vida. Busca-se o protagonismo da autonomia privada e demais princípios da Teoria Geral dos Contratos, notadamente a boa-fé. Não se quer a mera validade do que está escrito em detrimento dos fatos, mas sim a o respeito à real intenção do casal que certifica a natureza de relacionamento e abre mão de sua intimidade com a finalidade de evidenciar relação de namoro e a não constituição de uma nova entidade familiar. Por fim, subsidiariamente, aponta-se como opção a conversão substancial dos negócios jurídicos para que, desde que respeitados os requisitos, seja validado o contrato de namoro como de convivência, acolhendo o regime da separação convencional, protegendo os bens, a boa-fé a intenção genuína dos contraentes.

### **Referências Bibliográficas**

Stolze, Pablo ; Pamplona Filho, Rodolfo Manual de direito civil – volume único / Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona Filho. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.454.643-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015.

(MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 371-374).

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito de família - v.5, 14. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 2

(TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas da variação. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 226, dez.-2013, p. 167).

PACHECO, José da Silva. Da Conversão em Face do Novo Código Civil, in COAD, Informativo, Boletim Semana 41, 2003, p. 611-613, publicado no endereço eletrônico <<http://www.gontijo-familia.adv.br/tex134.htm>>. Acesso em: 29/04/2011.

## ASPECTOS RELEVANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

**HAROLDO JOSE CRUZ DE SOUZA JUNIOR:**  
Especialista em direito público pela Universidade  
Cândido Mendes

**Resumo:** Este trabalho pretende analisar, em linhas gerais, os temas mais importantes atinentes a responsabilidade civil do Estado e as formas de sua aplicação, passando pelas teorias adotadas para o nexos de causalidade, como a teoria do risco integral e do risco administrativo, pelas condutas comissivas e omissivas e as hipóteses em que essa responsabilidade será considerada objetiva ou subjetiva.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Aspectos mais relevantes. Repercussões.

**Abstract:** This study aims to analyze in general terms the most important issues related to the civil responsibility of the State and the forms of its application, through the theories adopted for the causal link, such as the theory of integral risk and administrative risk, And omissive and the assumptions in which this responsibility will be considered objective or subjective.

**Key Words:** Administrative law. State Liability. Most relevant aspects. Repercussions.

### Introdução

A responsabilidade civil do Estado significa o dever de reparação pelos danos causados por uma conduta estatal, seja essa conduta comissiva ou omissiva. E pressupõe violação a direitos, mediante conduta contrária ao ordenamento jurídico, gerando assim o dever de indenizar, ou seja, de ressarcimento dos prejuízos causados.

O sacrifício de direitos em pro do Estado, por outro lado, envolve situações em que a própria ordem jurídica confere ao Estado a prerrogativa de restringir ou suprimir direitos patrimoniais de terceiros, mediante o devido processo legal e o pagamento de indenização<sup>165</sup>.

A Responsabilidade Civil do Estado pode ser divididas em algumas fases ao longo da história mais recente da humanidade.

A primeira fase da Responsabilidade Civil do Estado é a da irresponsabilidade. Neste período predominava a ideia de que o Estado era irresponsável por seus atos, pois

---

<sup>165</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 95.



fora referente a época dos Estados Absolutistas. Nesse período a figura do Monarca se confundia com a do próprio Estado, como demonstra a célebre frase atribuída ao Rei francês Luis XIV "*L'État c'est moi*" (O Estado sou eu). Além disso, predominava a ideia do caráter divino do Rei, de que este teria sido escolhido por Deus, para ser o seu representante na Terra.

Assim, em função desse suposto caráter divino, justificava-se a irresponsabilidade do monarca por seus atos, e gerou a célebre expressão: "*The King can do no Wrong*" (O Rei nunca erra) e também "*Le roi ne peut mal faire*" (O rei não pode fazer mal).

Contudo, essa fase da irresponsabilidade do Estado caiu em desgraça com o advento das revoluções burguesas no final do século XVIII, especialmente com a Revolução Francesa de 1789. Deste modo, começam a surgir os Estados de Direito, que são delimitados pela ordem jurídica, com ênfase no princípio da legalidade, da separação dos poderes e o reconhecimento dos direitos fundamentais ligados a liberdade (direitos fundamentais de primeira geração).

A segunda fase da Responsabilidade Civil do Estado é a da responsabilidade subjetiva. Nesta fase inicia-se a responsabilidade do Estado, mas desde que comprovadas à culpa dos agentes públicos praticantes da conduta.

Esta segunda fase ainda pode ser subdividida através de duas teorias: (i) teoria da culpa individual e (ii) teoria da culpa anônima. A teoria da culpa individual afirma que a responsabilidade do Estado dependeria da distinção entre atos de império e atos de gestão. Nos atos de império, o Estado estava em posição de supremacia em relação ao particular, em razão de sua soberania, não sendo assim responsabilizado por eventuais danos. Todavia, nos atos de gestão, o Estado está em patamar de igualdade com os particulares, assim seria possível a sua responsabilização com base no Direito Civil e, portanto, dependeria da identificação do agente público e da demonstração do dolo ou culpa deste agente. Esta exigência dificultava a reparação dos danos suportados pelas vítimas, especialmente em virtude da complexidade da organização administrativa.

Já a teoria da culpa anônima, ou culpa do serviço, ou ainda *Faute du service*, parte da premissa de que a responsabilidade civil do Estado dependeria apenas da comprovação, pela vítima, de que o serviço público não funcionou de maneira adequada. Assim, a diferença para a teoria da culpa individual consiste na obrigação da vítima identificar a falha do serviço, e não o agente público responsável. e também ter que comprovar dolo ou culpa deste agente.

A terceira fase da responsabilidade civil do Estado é a da responsabilidade civil objetiva. Desta maneira, a vítima não tem a obrigação de comprovar a culpa para receber a reparação pelos prejuízos sofridos em virtude da conduta estatal.

No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da irresponsabilidade do Estado nunca esteve presente, tendo sempre a responsabilidade civil do Estado reconhecida pela legislação, doutrina e jurisprudência.

Com o advento do Código Civil de 1916, fora consagrada a responsabilidade subjetiva do Estado, sendo esta responsabilidade solidária entre o Estado e seus agentes públicos.

Apenas com a promulgação da Constituição de 1946, positivado em seu artigo 194, fora introduzida no Brasil a teoria da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de Direito Público.

A Constituição de 1988 manteve tal disposição no artigo 37, §6º, quando diz:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Portanto, a CF/88 alargou as hipóteses de incidência da responsabilidade civil objetiva do Estado, com vistas a abarcar também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

O artigo 43, do Código Civil de 2002, está em sintonia com a lógica constitucional, inovando, assim, em relação ao CC/16.

### **Responsabilidade Civil Extracontratual:**

A responsabilidade civil do Estado pode ser tanto contratual, quanto aquiliana (extracontratual). Na responsabilidade contratual, o dever de reparação pressupõe um vínculo negocial e o Estado deve descumprir as condições do contrato, para que possa incidir a responsabilidade. Já na responsabilidade aquiliana não há a um vínculo negocial entre as partes, estando esta responsabilidade relacionada com os danos causados por atuações estatais de forma geral.

Inclusive, há que se destacar que a responsabilidade civil presente no artigo 37, §6º, da CRFB/88 possui natureza extracontratual, tendo em vista que o dispositivo faz

menção a "terceiros", portanto, pessoas que não possuem qualquer vínculo específico com o causador do dano. Dessa forma, essa regra especial do §6º, do artigo 37 não se aplica aos danos causados aqueles que possuem vínculo jurídico negocial ou institucional com a Administração Pública.

Com base nessa distinção, o Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação do artigo 37, §6º, da CF/88 no caso em que ocorreu furto de automóvel em estacionamento fechado, mantido pelo Município, tendo em vista o descumprimento das cláusulas do contrato de depósito<sup>166</sup>.

Para que se possa atribuir uma a responsabilidade civil ao Estado há alguns pressupostos positivos (fato administrativo, dano, nexos causal) e negativos (fato exclusivo da vítima, fato de terceiro e caso fortuito interno).

O fato administrativo pode ser representado por uma conduta comissiva ou omissiva atribuída ao Poder Público, ou seja, praticada por um agente público. Portanto, é imperioso que seja demonstrado que o dano tem relação direta com o exercício da função pública ou com a omissão relevante dos agentes públicos.

O dano, ou seja, a lesão a determinado bem jurídico da vítima tem que ser comprovado, sendo o dano dividido em: (a) danos materiais ou patrimoniais: lesão ao patrimônio da vítima, que abrange tanto o dano emergente (diminuição efetiva e imediata do patrimônio da vítima) e os lucros cessantes (diminuição potencial do patrimônio da vítima); (b) dano moral ou extrapatrimonial: são lesões ligadas aos direitos da personalidade, como a honra, a imagem e a reputação; (c) dano estético: há ainda essa terceira categoria mencionada na jurisprudência do STJ, que representa os danos a integridade física da vítima.

Segundo o STJ, no Enunciado de Súmula 37 e 387, é passível de cumulação por danos morais, materiais e estéticos, mesmo que oriundos do mesmo fato gerador.

O dano moral pode, ainda, ser *in re ipsa*, ou seja, decorre apenas da ocorrência do fato lesivo, por si só. Não há a necessidade se comprovar qualquer dano a personalidade, como dor, sofrimento ou angústia.

A doutrina e a jurisprudência ainda admitem o dano moral de pessoa jurídica, relacionada com a honra objetiva da sociedade empresária. Este ponto inclusive é objeto

---

<sup>166</sup>OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos. 2.ed. São Paulo: Método, 2012. p. 119.

do Enunciado da Súmula 227, do STJ. Todavia, Na verdade, se trata apenas de uma técnica de quantificar um prejuízo material de corrente da conduta.

O nexos de causalidade significa a relação de causa e efeito entre a conduta estatal e o dano suportado pela vítima. A doutrina cita algumas teorias: (a) teoria da equivalência das condições: todos os antecedentes que contribuírem de alguma forma para o resultado são equivalentes e considerados causas do dano.; (b) teoria da causalidade adequada: é considerado causa do evento danoso aquela que, em abstrato, seja a mais adequada para a produção do dano. (c) teoria da causalidade adequada: apenas o evento que se vincular direta e imediatamente com o dano será considerado causa necessária do dano.

A teoria da causalidade direta e imediata foi a adotada pelo artigo 403, do Código Civil, e é a mais aceita entre a doutrina e a jurisprudência pátria.

Pode haver algumas causas excludentes do nexos de causalidade e, portanto, da obrigação de reparar o dano. Essa possibilidade está intimamente relacionada com a teoria do risco administrativo, adotada no artigo 37, §6º, da Constituição.

São excludentes do nexos de causalidade: (a) fato exclusivo da vítima; (b) fato de terceiro; (c) caso fortuito ou força maior. Assim, o Estado só pode ser responsabilizado por causa de eventos previsíveis e evitáveis, eliminando a possibilidade da responsabilização do estado por eventos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequência inevitáveis.

Há algumas exceções das excludentes de responsabilidade. Em relação ao fato exclusivo da vítima, é pacífico nos Tribunais Superiores que o suicídio de detento, dentro da estabelecimento penitenciário, é passível de responsabilização do Estado. Em relação ao caso fortuito e a força maior, a jurisprudência tem relativizado e apenas admitido o rompimento do nexos de causalidade no caso fortuito externo<sup>167</sup>.

Um exemplo muito lembrado é os atos decorrentes de multidões, se eles teriam ou não o condão de gerar a responsabilidade civil do Estado. A resposta é que depende. Os danos causados em decorrência exclusiva de atos de multidão não acarretam a responsabilidade civil do Estado, já que foram praticados por terceiros e pela imprevisibilidade ou rapidez com que os fatos se desencadeiam não se pode atribuir os seus efeitos a qualquer omissão do Poder Público. Contudo, em certas situações específicas, caso haja uma notória omissão do Poder Público, quando há a possibilidade de agir e garantir o patrimônio das pessoas e evitar os danos, há aqui uma conduta

---

<sup>167</sup> SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 66-68.

omissiva capaz de gerar o nexo de causalidade e, conseqüentemente, a responsabilidade civil do Estado.

Com relação a questão sobre danos provenientes de obras públicas, há três cenários possíveis: (a) dano é provocado apenas pela obra em si: Nesta situação há o dever de indenizar. (b) o Estado tenha concedido a execução da obra através de um contrato administrativo e o dano tenha sido culpa do executor: A responsabilidade será do executor, e o Estado só pode ser responsabilizado subsidiariamente, caso seja configurado que o executor não consiga reparar os prejuízos. (c) quando o empreiteiro e o Poder Público contribuem para a ocorrência do dano: A responsabilidade é solidária entre o empreiteiro e o Estado.

### **Responsabilidade Civil por ato lícito:**

A responsabilidade civil, ordinariamente, está intimamente relacionada à violação de um dever jurídico, assim os atos ilícitos são a principal fonte geradora da responsabilidade civil no direito brasileiro.

Entretanto, o ordenamento jurídico pátrio também prevê excepcionalmente a responsabilidade civil por atos lícitos, esta hipótese ocorre, por exemplo, no artigo 187, que trata do abuso de poder pelo titular de um direito, quando um ato lícito, por diversas circunstâncias pode se transmutar pra um ato ilícito.

Com relação a responsabilidade civil do Estado, especificamente, a doutrina tem admitido a responsabilidade civil por atos lícitos em duas situações: (i) expressa previsão legal; (ii) sacrifício desproporcional ao particular.

Um exemplo dado pela doutrina em relação a expressa previsão legal pode ser encontrado na Lei 10.744/2003, que trata da responsabilidade da União por danos provocados por atentados terroristas contra aeronaves de matrícula brasileira.

Em relação a segunda hipótese, do sacrifício desproporcional ao particular, a doutrina<sup>168</sup> dá como exemplo recorrente a situação em que um ato jurídico que determina o fechamento permanente de uma rua para tráfego de veículos, para a construção de um calçadão, inviabiliza a continuidade de atividades econômicas prestadas na antiga rua, como um posto de gasolina ou um estacionamento privado.

---

<sup>168</sup> Dentre outros autores: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, Direito Administrativo - 29ª Ed. Forense, 2016. p. 647.

Há, ainda, a possibilidade de configuração da responsabilidade pré-contratual do Estado, com fundamento nos princípios da boa-fé e da confiança legítima, nos casos em que a administração age com abuso de direito<sup>169</sup>.

Segundo Rafael Oliveira<sup>170</sup> descreve:

No campo da responsabilidade objetiva do Estado, a ilicitude desloca-se da conduta estatal para o resultado (dano antijurídico). Independentemente da conduta do agente (lícita ou ilícita), a responsabilidade do Estado estará configurada quando comprovado o dano ilícito, anormal, desproporcional, causado à vítima. Portanto, ainda que a conduta estatal seja lícita, restará caracterizada a responsabilidade do Estado quando demonstrada a ilicitude do dano.

A responsabilidade civil do Estado, como afirmado pela doutrina clássica<sup>171</sup>, tem dois pilares: (a) teoria do risco administrativo; (b) repartição dos encargos sociais.

A teoria do risco administrativo pressupõe que o Estado assuma a responsabilidade por determinadas atividades, sem que possa alegar que não houve culpa, havendo um dever de indenizar desde que o lesado comprove o fato, o dano e o nexo de causalidade.

Contudo, pela teoria do risco administrativo não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada, assim se houver alguma participação do lesado para o dano o Estado não será responsável por indenizar. Deste modo, os fatos de terceiro, culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito externo eliminam o dever jurídico estatal de indenizar.

Em relação ao princípio da repartição dos encargos sociais, princípio este ligado a isonomia, diz que se há benefícios gerados a coletividade, pelo desempenho de atividades administrativas, os eventuais danos suportados por determinados indivíduos, devem ser compartilhados como toda a sociedade, ou seja, os danos devem ser coletivizados. Assim, o ressarcimento dos prejuízos é obrigação do Estado, com os recursos públicos oriundos de obrigações tributárias e não tributárias suportadas por todos os cidadãos. Parte-se da

---

<sup>169</sup>SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no direito administrativo brasileiro. RDA, Rio de Janeiro, n. 217, 1999. p. 163-170.

<sup>170</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito administrativo**/Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método:2014. p. 692.

<sup>171</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 562-563; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo/ José dos Santos Carvalho Filho. – 26. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2012. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 504-507.

lógica de que se a sociedade se beneficia com uma determinada atividade, a mesma coletividade deve suportar os ônus causados por essa atividade a determinados grupos de pessoas.

Diferentemente da teoria do risco administrativo, na teoria do risco integral a responsabilidade do Estado não depende do nexo de causalidade e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima, também não se leva em conta fatos de terceiro ou caso fortuito, sendo absoluto o dever de indenizar.

Alguns doutrinadores, como Sérgio Cavalieri<sup>172</sup>, afirmam que o artigo 21, XXIII, d, da CF/88, que traz a competência da União em explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer tipo assevera que a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa, se utiliza da teoria do risco integral. Todavia, a doutrina majoritária refuta essa tese e afirma que o fundamento é a teoria do risco administrativo, de modo que, se a União ou outra pessoa de sua administração não poderão alegar ausência de culpa, mas nada impede que seja alegado culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro ou caso fortuito interno.

Há ainda uma terceira teoria citada pela doutrina<sup>173</sup>, trata-se da teoria do risco social. A teoria do risco social foca na vítima, e não no autor do dano, de modo que a reparação estaria cargo de toda a coletividade, dando ensejo ao que se denomina socialização dos riscos. Para Carvalho Filho<sup>174</sup>, essa teoria tem caráter demasiadamente genérico, o que pode provoca grande insegurança jurídica e graves agressões ao erário, prejudicando em última análise os próprios contribuintes.

### **Responsabilidade Civil por condutas omissivas:**

Quando o fato administrativo é omissivo é preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Afinal, nem toda conduta omissiva retrata um desleixo<sup>175</sup> em cumprir um dever legal, se assim for, não se

---

172 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 5.ed., 2004.p. 154.

173 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 2.ed., 1988.p. 155.

174 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo/ José dos Santos Carvalho Filho. – 26. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2012. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 553.

175 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo/ José dos Santos Carvalho Filho. – 26. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2012. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 567

configurará a responsabilidade estatal. Somente há responsabilidade quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano.<sup>176</sup>

Há, porém, uma relevante e forte controvérsia doutrinária sobre a natureza da responsabilidade por omissão estatal, se é objetiva ou subjetiva, e, portanto, necessita do elemento culpa.

Parecem existir três correntes doutrinárias a respeito: (a) a responsabilidade é sempre objetiva, pois o artigo 37, §6º, da CF/88 não fez distinção entre as condutas comissivas ou omissivas. (b) a responsabilidade é subjetiva, com presunção relativa de culpa do Poder Público, tendo em vista que o Estado, na omissão, não é o causador do dano, mas atua de forma ilícita (com culpa) quando descumpre o dever legal de impedir a ocorrência do dano. E o artigo 37, §6º, da CF/88, ao mencionar os danos causados a terceiros, teve o objetivo de restringir a sua aplicação às condutas comissivas, uma vez que a omissão do Estado, nesse caso, não seria "causa", mas uma condição do dano. (c) nos casos de omissão genérica, relacionadas ao descumprimento do dever genérico de ação, a responsabilidade é subjetiva. Por outro lado, nas hipóteses de omissão específica, quando o Estado descumpre o dever jurídico específico, a responsabilidade é objetiva.

Alguns doutrinadores<sup>177</sup> fazem a distinção entre omissão natural e a omissão normativa. A omissão natural relaciona-se com a ausência de movimento ou comportamento físico, sem produção de qualquer resultado (da inércia nada surge). Já a omissão normativa, por sua vez, pressupõe o descumprimento de um dever jurídico, gerando, com isso, consequências jurídicas, inclusive a responsabilidade civil. Dessa forma, a responsabilidade por omissão estatal revela o descumprimento do dever jurídico de impedir a ocorrência de danos. Todavia, somente será possível responsabilizar o Estado nos casos de omissão específica, quando demonstradas a previsibilidade e a evitabilidade do dano, notadamente pela aplicação da causalidade direta e imediata quanto ao nexo de causalidade. Portanto, a responsabilidade restará configurada nas hipóteses em que o Estado tem a possibilidade de prever e evitar o dano, mas permanece omissivo.

## Considerações finais

---

<sup>176</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo, São Paulo: Malheiros, 17.ed., 2004.p. 893.

<sup>177</sup> Carvalho Rezende Oliveira. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método:2014.p. 702; WILLEMANN, Flávio de Araújo. A responsabilidade civil das pessoas de direito público e o Código Civil de 2002 (lei nacional 10.406/2002). In: fórum Administrativo, Belo Horizonte, ano 5, n. 56, p. 6258-6261, out. 2005.



Ao longo deste artigo é possível perceber que o tema da responsabilidade civil do Estado carrega uma problemática atinente a se definir o que realmente é de responsabilidade do Estado e qual o liminar para que o Estado não se torne um segurador universal de todos os riscos atinentes a vida em sociedade.

É preciso um cuidado jurisprudência, ao adotar premissas em casos que podem se tornar *leading cases* e assim guiar toda a atuação dos demais juízes, e com isso causar um grande desequilíbrio no erário, o que certamente será refletido em um déficit nas políticas públicas.

### **Bibliografia**

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo/ José dos Santos Carvalho Filho. – 26. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2012. – São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2.ed., 1988.

\_\_\_\_\_. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 5.ed., 2004.p. 154.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, São Paulo: Malheiros, 17.ed., 2004.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito administrativo**/Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método:2014.

\_\_\_\_\_. **Licitações e contratos administrativos**. 2.ed. São Paulo: Método, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, **Direito Administrativo** - 29ª Ed. Forense, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. **Responsabilidade pré-negocial e culpa in contrahendo no direito administrativo brasileiro**. RDA, Rio de Janeiro, n. 217, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 95.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. **A responsabilidade civil das pessoas de direito público e o Código Civil de 2002 (lei nacional 10.406/2002)**. In: fórum Administrativo, Belo Horizonte, ano 5, n. 56, p. 6258-6261, out. 2005.

## **MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA PROTEGER OS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES ENVOLVIDOS EM CONFLITOS FAMILIARES**

**ANA KAROLAYNE SILVA FIRMO:**  
graduanda em Direito pela Facimp  
Wyden<sup>178</sup>.

**Resumo:** O presente estudo tem como objetivo analisar a aplicação da mediação como forma de solucionar conflitos no âmbito do Direito das Famílias, visando demonstrar as vantagens da utilização deste instituto, de forma geral. Inicialmente, examinaremos a evolução da família, seu conceito, tecendo breves considerações acerca do Direito das Famílias. Em seguida, trataremos dos métodos alternativos de resolução de conflitos e da aplicabilidade da mediação ao Direito das Famílias, ressaltando as vantagens e procedimentos deste Instituto, suas peculiaridades, seu conceito, suas características, as fases deste processo e sobre a figura do mediador, a fim de entender a viabilidade em casos específicos do direito das famílias; como as questões de guarda, alimentos, dissolução das entidades familiares e alienação parental. Por fim, demonstraremos a importância em abordar este tema, diante de uma rotina que afeta muitos brasileiros: a crise jurídica devido à morosidade processual. Nosso trabalho monográfico utiliza-se do método dedutivo, sendo de natureza qualitativa bibliográfica, uma vez que faz uso de projetos de lei, legislação, conteúdo online e doutrina.

**Palavras-chave:** Direito das Famílias. Conflitos Familiares. Mediação. Crise do judiciário.

### **INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa tem por objetivo abordar a questão da mediação como método eficaz na resolução dos conflitos que permeiam o âmago familiar. Essa técnica, além de buscar a resolução do litígio, adentra nas questões subjetivas, o que pode proporcionar melhores resultados às partes.

Como preceitua nossa carta magna, a família é da base da sociedade e todo indivíduo está inserido em algum âmbito familiar, seja ele de qualquer espécie. É comum existir conflitos familiares, e muitos destes precisam ser resolvidos com auxílio jurídico. Diante das inúmeras transformações que vivenciamos, as novas classificações e novos conceitos, presenciamos um cenário crítico com o crescimento das demandas, o que nos

---

178 E-mail: [anakfirmo@gmail.com](mailto:anakfirmo@gmail.com)

leva aos meios autocompositivos como alternativa para que, além da solução do litígio, consiga-se alcançar também um relacionamento saudável entre os litigantes.

Os métodos autocompositivos ganharam notoriedade com o Código de Processo Civil de 2015, e a mediação é uma delas. A mais indicada para o Direito das Famílias, a mediação mostra-se como a mais benéfica para todos os envolvidos, pois proporciona aos litigantes uma forma de compreender os interesses em conflito e, assim, chegar a um consenso, identificando soluções e benefícios mútuos.

Abordaremos tal temática com o fim de produzir um material com linguagem clara e direta, para o entendimento de leigos e operadores do direito, sobre os principais pontos que defendem o uso da mediação no Direito das Famílias, com o objetivo de que, posteriormente, esta pesquisa possa ser utilizada como material de estudo e de outros trabalhos mais aprofundados sobre o tema. Este material também pode contribuir para que a sociedade entenda as ferramentas que lhes são oferecidas.

Este trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo aborda as transformações da família no âmbito histórico, seu conceito, evolução, proteção, estruturas e dos objetivos do Direito das Famílias, seus princípios, demonstrando o cenário atual de nossa sociedade.

Já o segundo capítulo irá tratar dos meios não jurisdicionais de resolução de conflitos, explicando o modelo multiportas, além de abordar os meios mais conhecidos e utilizados, com ênfase na mediação, suas características, conceito e o importante papel do mediador.

Por fim, o terceiro capítulo tratará a ideia central desta monografia, que é a aplicação da mediação ao Direito das Famílias e em como ela atua face aos conflitos familiares.

Este trabalho foi realizado através de pesquisa qualitativa, pois investigará a aplicação da mediação por meio da visão de autores e estudiosos do tema, buscando identificar sua natureza e seu alcance. Quanto aos objetivos, o método utilizado é o dedutivo, pois será avaliado o quadro geral e diante disso, será deduzido para compor nossas considerações sobre o assunto. A técnica metodológica é bibliográfica, que se dá através de análises de obras, legislação, pesquisas, artigos e livros, na busca de agregar informações para elaboração de cada ponto do desenvolvimento deste trabalho.

Esta pesquisa busca ser uma primeira visão acerca da aplicação da mediação no Direito das famílias e não tem o objetivo conclusivo, espera-se que nosso trabalho resulte como aporte para outras pesquisas e abra espaço para novas discussões.

## 1. AS TRANSFORMAÇÕES DE FAMÍLIA NA HISTÓRIA E SEU ACOLHIMENTO JURÍDICO.

Quando nos debruçamos sobre o termo “família”, dificilmente chegaremos a um só conceito ou a um só entendimento. A Família está enraizada em nossa sociedade, acompanhou-nos durante nossa evolução enquanto indivíduos e cada vez mais absorve e se adéqua, abraçando as mudanças das quais necessitamos.

O Direito das Famílias brasileiro, enquanto protetor e garantidor da Justiça nas relações parentais e afetivas, diante das mais variadas mudanças, não podia se esquivar das necessárias alterações para garantir uma existência digna e isonômica, conforme os ditames de nossa carta Magna. Diante disso, faz-se necessário analisar a evolução da família ao longo dos anos, para assim entender sua introdução e desenvolvimento no ordenamento jurídico, bem como analisar os alicerces que impulsionaram essa importante vertente do direito civil.

### 1.1 Família: Conceito e Evolução história

Dialogar sobre família é adentrar na história da existência da própria humanidade, sendo, logicamente, um instituto que sofreu inúmeras alterações ao longo dos anos, desde os primeiros registros de grupos voltados a um auxílio mútuo e de mera propagação da espécie, até os dias atuais, em que vivemos um *boom* de novos laços afetivos.

No último século essas mudanças foram mais rápidas e marcantes, Rodrigues (2002) explica que a ideia de família dos nossos avós não é a mesma dos nossos pais e não serão as mesmas dos nossos filhos. O mesmo autor ainda nos diz que a expressão família deriva do latim *famulus* ou *famuli* no plural e, significa “servo ou escravo doméstico”, conjunto de escravos e servidores que viviam sob a jurisdição do pater famílias. Com sua ampliação tornou-se sinônimo de *Gens* que seria o conjunto de agnados (os submetidos ao poder em decorrência do casamento) e os cognados (parentes pelo lado materno).

Pereira (2003) classifica a origem da família em três fases históricas (estado selvagem, barbárie e civilização), afirmando que:

No estado selvagem, os homens apropriam-se dos produtos da natureza prontos para serem utilizados. Aparece o arco e a flecha e, conseqüentemente, a caça.

É aí que a linguagem começa a ser articulada. Na barbárie, introduz-se a cerâmica, a domesticação de animais, agricultura e aprende-se a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano; na civilização o homem continua aprendendo a elaborar os produtos da natureza: é o período da indústria e da arte (PEREIRA, p.12, 2003).

Nas fases anteriores à civilização, a característica notável dos indivíduos era a vivência em grandes grupos, onde não há uma separação de famílias, sem maiores preocupações com definições parentais ou de afeto.

Sobre o período “pré-civilizatório”, ENGELS (1884), aborda a relação materno-filial presente em tais grupos, ao dizer que:

Em todas as formas de famílias por grupos, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança, mas sabe-se quem é a mãe. Muito embora ela chame seus filhos a todos da família comum e tenha para com eles deveres maternos, a verdade é que sabe distinguir seus próprios filhos dos demais. É claro, portanto, que, em toda a parte onde subsiste o casamento por grupos, a descendência só pode ser estabelecida do lado materno e, portanto, reconhece-se apenas a linhagem feminina. De fato é isso que ocorre com todos os povos que se encontram no estado selvagem e no estado inferior da barbárie. (ENGELS, 1884, p.49)

Sendo assim, por não existir uma definição de relacionamento, as mulheres podiam se relacionar com vários homens, não havendo como identificar quem era o pai de seus filhos, algo que foi perdendo força com o advento das mudanças sociais.

São várias teorias que permeiam o surgimento da família, mas todas chegam a um consenso quanto à forma de organização pela qual foi regida por um longo período: O patriarcalismo.

Uma das maiores contribuições para a família tal qual conhecemos hoje, sem dúvidas veio de Roma, amplamente conhecida como berço da civilização e é de onde temos a gênese do instituto patriarcal. É em Roma que surge a família natural e o próprio casamento enquanto instituição. Para DINIZ (2008), o casamento era dividido em *confarreatio*, casamento religioso, restrito a classe patricia que era caracterizado por uma

cerimônia onde havia oferenda aos deuses, e em *coemptio*, o casamento da plebe onde ocorria uma espécie de venda fictícia da mulher do pai para o marido.

Segundo DANTAS (1991), no Direito Romano, a figura do pai era detentora dos bense do poder perante sua esposa e seus filhos, mais conhecido como *pater familias*, estendendo este poder ao cunho religioso e político.

PEREIRA (1997) afirma que:

O *pater*, era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comanda, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia in loco *filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu maritar*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis demintuio pérpetua* que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignoratiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido (PEREIRA, 1997, p.31)

Verifica-se, portanto, que a família romana era completamente submissa ao poder patriarcal, o que perdurou até o Império de Constantino, onde se instaurou a concepção cristã. Com a implantação do cristianismo, a igreja passou a atuar na sociedade impondo regras que introduziram modificações também na organização familiar.

É com Estado Canônico que a figura do *pater família* vai dividir espaço para o poder da Igreja, e o próprio casamento adquire a forma sacramental, onde Deus passa a ser o responsável pela união entre homem e mulher. Verifica-se neste momento, uma importância ao sexo, pois este virou requisito de validade da união, que deveria ocorrer após o casamento.

CAPPARELLI (1999) afirma que "entendia-se dessa forma que o fim do matrimônio enquanto instituição era a procriação e, por conseguinte, a educação da prole, o que tornava justificável a prática do ato sexual dos cônjuges, autorizado no seio dessa instituição como remédio" (CAPPARELLI, 1999). É neste momento que o casamento, regido pelas imposições do Direito canônico, passa a ser uma união indissolúvel, exceto pela morte. Tal modelo influenciou diretamente a composição jurídica das legislações

ocidentais, onde o casamento, enquanto ato solene consolidou-se por mais de um milênio.

Com o passar dos anos tivemos importantes transformações na ordem dos problemas e de seus personagens. De início, cabe ressaltar a divisão feita por Dias (2007) em três tempos: Família Pré-moderna, Família Moderna e a Família Contemporânea.

Dias (2007) ao tratar da Família Pré-Moderna, que vigorou por volta do século XVIII, também conhecida por Família extensa, caracteriza-a pela coabitação no mesmo espaço de várias gerações. Do ponto de vista do poder e das relações de gênero, é uma família patriarcal, onde o pai detém o poder absoluto e a figura da mãe seria de mera reprodutora, tendo dentro da ordem da família e social um lugar completamente submisso ao poder masculino vertical. Essa ordem da família reproduz aquilo que se passa no espaço político e religioso, onde no político o poder era do rei e no religioso uma soberania de Deus, no familiar a soberania ficava a cargo do pai. Essa concepção seria do próprio patriarcado, onde os três soberanos acabam por se firmar e se completar na soberania.

Dias (2007) destaca ainda que, nessa concepção de família, onde o sexo feminino não possui relevância, deriva de uma tradição Grega denominada de sexo único, onde se prega e acredita que o homem e a mulher vêm do mesmo sexo, e que o homem é superior à mulher. Acredita-se também que a mulher poderia se transformar em um homem, mas o homem jamais poderia se transformar em uma mulher, isso porque a condição de ser macho ou fêmea se dava por fatores corporais, o que compunha o pensamento preponderante.

Já no que diz respeito à Família Pré-Moderna, Dias (2007) nos diz que as crianças não eram tão diferentes dos adultos, elas eram entendidas como “adultos em miniatura”, vivendo entre os adultos. A figura dos avós e bisavós tinha uma peculiar importância, pois eram tidos como guardiões das memórias e dos valores da história familiar e social.

Na família Moderna, inicia-se após a Revolução Francesa e toma-a por base, Dias (2007) explica a questão de igualdade de direitos entre cidadãos em que as questões de gênero não poderiam mais compor uma relação hierárquica, como na família pré-moderna. Essa passagem da família pré-moderna para a moderna acabou por gerar um problema ético-político. Nessa fase, não existe a teoria de sexo único, mas sim uma teoria da diferença sexual, incorporada até hoje, onde ser homem e ser mulher não corresponde a uma matriz de sexo único, tendo diferenças anatômicas e fisiológicas fundamentais, de maneira que, nessa teoria, a mulher pode ter os mesmos direitos que os homens, mas considerando a natureza da mulher e a natureza dos homens eles têm funcionalidades sociais, políticas e civilizatórias diferentes.



Grisard Filho (2007) ensina que o patriarcado, a fim de implantar novamente certa hierarquia entre homens e mulheres, acaba por pregar que mulheres são apenas seres maternais, tendo um papel fundamental neste sentido, porém, com isso ajuda as mulheres a ganhar um poder enquanto mãe, passando a ter certa notoriedade enquanto representante do amor maternal, cabendo a elas gerirem o espaço doméstico, e ao homem o poder do espaço público. Grisard Filho (2007) ensina que esse novo poder surgiu junto a uma transformação fundamental da civilização ocidental, uma nova concepção de riqueza, onde o que faz de um indivíduo ser rico, não é mais sua extensão territorial, mas a qualidade de vida da sua população (boas condições de saúde e educação).

Com o passar dos anos a mulher passa a ter outra visão, não mais ligada apenas à maternidade, mas passa a exigir direito de participar da governabilidade pública, buscando estudar e trabalhar. Gisard Filho (2007) explica que, com isso, toda a estrutura familiar passa por uma nova transformação, na busca de se reorganizar, percebe que alguns problemas e, personagens que não existiam, passam a fazer parte das famílias; o que marca o surgimento da Família Contemporânea. Dentre tais alterações, presencia-se a dissolução da eternidade do casamento, onde sua base passa a ser o desejo e se o parceiro alimenta ou não o projeto existencial do outro, e o não alcance da expectativa pode gerar a separação.

Dias (2007) explica que com toda essa “desorganização” da quebra da família nuclear burguesa (família moderna), as famílias começam a deixar de lado suas funções diante das crianças, na sua educação primária, buscando na escola esse papel, criando instituições como maternais e creches, onde as crianças passam a ir cada vez mais cedo para a escola. Todo um processo de institucionalização da maternidade, antes feita pela mãe, acaba sendo buscados outros meios para suprir as necessidades na educação das crianças.

Dias (2007) nos diz que o que se pode analisar desta síntese do tempo sobre a família, é que a evolução dela traz consigo também conflitos, pois muito embora seja o afeto o responsável pela união desse instituto, a convivência tende a gerar conflitos, e estes se renovam, ao passo que todos os dias a sociedade passa por mudanças e consequências.

O autor ainda continua ressaltando que as mudanças são notórias: a diminuição do número de crianças, onde cada vez mais os casais estão optando por ter número menor de filhos; além do aumento do número de separações e os novos tipos de famílias. Os novos comportamentos trazem à tona novos conflitos, surgindo, assim, a necessidade de novas normas para acompanhar este processo de evolução.

## 1.2 A Proteção legal das famílias no ordenamento jurídico brasileiro

A família é a primeira expressão humana com relação à organização social, já que seus membros têm como função básica a reprodução e defesa do grupo familiar. De acordo com Grisard Filho (2007), como instituição, a família vem sofrendo diversas modificações, estas se deram paralelamente as mudanças religiosas, econômicas e socioculturais. Além disso, o poder político, social e o desenvolvimento humano contribuíram para as transformações no modelo familiar. Tais fatos são tão importantes para o direito, que o Código Civil de 1916 trazia e o Código Civil de 2002 traz, na Parte Especial, um livro destinado à normatização do Direito das Famílias.

A Constituição Federal de 1988 abarcou importantes mudanças no universo das famílias, tais como a equiparação entre homem e mulher (art. 226 § 4º), e a ampliação do conceito de família (art. 226 § 6º). Com isto, ocorre uma espécie de revolução no ideário de família até então presenciado, trazendo reflexos no casamento, na separação e nas relações concubinárias.

Toda a importância de que a família se reveste em nosso país e o cuidado de que é alvo, estão expressos no largo espaço que a lei civil deixa para humanização da Justiça das Famílias. Diante de toda essa preocupação e cuidado no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se constatar o quão importante é a instituição da família para o desenvolvimento do ser humano e, com isto, para o ordenamento jurídico brasileiro.

A CF de 1988 determina a promoção da dignidade da pessoa humana e assegura a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Como já citado, em seu artigo 226 ela prevê e provê "especial proteção" à família, como base da sociedade colocando a criança e o adolescente, "a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, maldade e opressão." (Art. 227 da CF). Fica claro que esses dispositivos constitucionais não se referem apenas a aspectos materiais, mas as necessidades básicas de alimentação, teto, educação, que devem ser providas em ambiente mental saudável e harmonioso.

Rodrigues (2002) versa sobre o tema, e diz:

Já foi afirmado acima que a família constitui a célula básica da sociedade. Ela representa o alicerce de toda organização social, sendo compreensível, portanto, que o Estado a queira preservar e fortalecer. Daí a atitude do legislador constitucional, proclamando que a família vive sob a proteção especial do Estado. O interesse do Estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as

relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do direito público do que do direito privado. Dentro do Direito de Família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares [...] (RODRIGUES, 2002, p.11)

Embora na prática tenhamos muitos desafios, na teoria, o Brasil é dotado de leis que garantem ao cidadão ter esse bem (família) protegido, o que não pode garantir é que esse direito esteja sendo respeitado, por isso presenciamos constantemente uma mutabilidade de nossas normas, a fim de nos adequar aos novos conflitos.

Rodrigues (2002) destaca que o Estado deve ser o indicador de meios técnicos e científicos que permitam o planejamento familiar de forma adequada, livre e responsável, e que essa atuação é tão somente para resguardar o Direito das Famílias, sem passar a ideia de que está interferindo na liberdade do outro no seu seio familiar, o objetivo do Estado é da garantia de que a liberdade individual seja respeitada.

### **1.3 A nova estrutura familiar e seus conflitos.**

Conviver com alguém e dividir responsabilidades, alegrias, tristezas e tudo que acontecem nossas vidas não é uma tarefa fácil. Com o tempo, cada pessoa passa a enxergar as coisas a seu modo, e os fatores externos passam a influenciar cada vez mais no convívio de um casal. As relações conjugais passam a ser mais vulneráveis, seja pela simples rotina ou por fatores externos, situação financeira desfavorável, expectativas frustradas, enfim, dentre tantas situações que podem vir a contaminar a relação parental.

Com isto, constata-se que o fim as uniões resultam na criação de outros tipos de família. Venosa (2004) exemplifica alguns destes tipos, dividindo-os em Família Monoparental, Família Ampliada/Alargada/Extensa, Família Alternativa e Famílias Comunitárias, todos estes decorrentes do desfazimento da união e que resultam em novas definições.

Segundo o autor, as famílias monoparentais seriam uma variação da estrutura nuclear tradicional, uma vez que são formadas por um dos pais devido a fenômenos sociais, como o divórcio, óbito, abandono de lar, dentre outros.

Já a família ampliada, alargada ou extensa (também dita consanguínea), para o mesmo autor, consiste num conjunto formado não só pela família nuclear, mas por um conjunto de parentes diretos ou colaterais, existindo uma extensão das relações entre pais e filhos para avós, netos, tios e sobrinhos.

Para além destas estruturas, Venosa (2004) ainda aborda as famílias alternativas, estando, entre estas, as famílias comunitárias e as famílias arco-íris, constituídas por pessoas LGBT (lésbicas, gays, bissexuais ou transgêneros) e os seus filhos. Trata ainda das famílias comunitárias que, ao contrário do “sistema familiar tradicional” onde os pais possuem total responsabilidade pela criação e educação das crianças, há uma descentralização, sendo as crianças responsabilidade de todos os da comunidade que sejam adultos.

De acordo com Dias (2007), nossas normas têm se adequado às inúmeras mudanças que presenciamos na estrutura familiar, porém os conflitos são basicamente, os mesmos, mas que passam despercebidos por muitos, pois esses conflitos já se tornaram comuns, aos olhos da sociedade. A forma como estes conflitos são tratados faz toda diferença, pois eles podem tomar grandes proporções.

Quando há a ruptura da união de casais que possuem filhos, por mais amigáveis que sejam já existe uma carga destrutiva acontecendo, pois a estrutura familiar vai sofrer uma alteração significativa, que altera desde a rotina diária até promover certo afastamento de um dos lados. Como se não bastasse todo o desgaste pela ruptura da relação parental, o processo judicial e sua morosidade muitas vezes contribuem para a ineficácia da resolução, tornando ainda mais difícil a reconstrução da vida afetiva dos envolvidos. Dias (2007) destaca que, na maioria dos casos, começa uma luta para ver quem tem mais força, quem vai magoar mais, sem muitas vezes, pensar em tudo que há envolvido nessa briga, pois quando uma família é disseminada acaba por atingir muito mais do que a estrutura daquele lar, mas outros envolvidos acabam por sentir diretamente seus efeitos.

Nos processos de separação judicial, Venosa (2004) explica que os problemas advindos da relação e os aspectos emocionais de cada um, aparecem sob a forma de desentendimento, de acusações, da impossibilidade de conciliação quanto à pensão alimentícia, quanto à guarda dos filhos e forma de visitas. Isso implica na dificuldade em pensar na criação dos filhos conjuntamente. Os filhos tornam-se objeto de uma verdadeira disputa e a questão econômico- financeira é usada como instrumento de poder, pondo em risco o saudável desenvolvimento psíquico da criança e, muitas vezes, de sua própria subsistência.

Não pensar na prole que está sofrendo em meio ao conflito pode ser considerado um atentado aos seus direitos fundamentais. Segundo Brito (1999),

Ouvir a criança, dar-lhe o direito de expressar seus sentimentos, angústia e dúvidas é uma prática que deve ser empreendida constantemente. No entanto, atribuir a decisão de guarda ao proclamado “desejo” da criança

torna-se um erro de interpretação da normativa quando desloca aos menores de idade responsabilidades que estão em desacordo com suas necessidades e interesses de sujeitos em desenvolvimento, forçando-os a decidir impasses judiciais. (BRITO, 1999, p 176)

É importante entender que aquilo que aparece como objeto de litígio - discussão por alimentos, guarda, visitas ou o que quer que seja - na verdade, não é foco do conflito, pois estese encontra na disfunção relacional dos parceiros.

As crises do casal são, de fato, um perigo e uma oportunidade, na medida em que a maneira sob a qual suas crises forem superadas, os indivíduos poderão sair fracassados ou fortalecidos. O fracasso leva a paralisia, ao fechamento, a falência emocional. A superação criativa da crise levará o fortalecimento, vale dizer, a possibilidade de equilíbrio psíquico, aodesenvolvimento e ao crescimento.

Pittman (1990), referindo-se a separação conjugal, afirma:

Poucas crises familiares produzem mudanças tão profundas em tantas vidas. A separação conjugal pode ser pior do que a morte, pois separa violentamente os membros da família, e a morte tende a unir os remanescentes. (PITTMAN, 1990, p. 112).

Em se tratando dos novos modelos de família, achamos necessário destacar mais algumas formas de união, dentre elas: a família homoafetiva, a família nuclear, a família reconstituída, a família estável, a família anaparental e as famílias eudemonistas.

Ao tratar da família homoafetiva, Dias (2007) conceitua como sendo resultado da união de pessoas do mesmo sexo, com o mesmo propósito, que é constituir uma família. Essa união, hoje reconhecida legalmente no Brasil, vem adquirindo notoriedade no que se refere a direitos até mesmo por respeito, mesmo que ainda presencie muitos obstáculos.

O autor ainda retrata a família nuclear, modelo inspirado na revolução industrial e que por muito tempo foi considerado o único modelo de família, que é aquela formada por uma mulher, um homem e seus filhos.

Já a família reconstituída, trata-se de um modelo que cada vez mais tem ganhado adeptos. De acordo com Dias (2007), ocorre quando, após o divórcio, os envolvidos

formam uma nova família, onde muitas vezes, essa nova união é composta exclusivamente por divorciados, bem como pela junção de seus filhos.

A família estável, explica Dias (2007), é definida como aquela formada por um homem e uma mulher, livre de formalidades legais do casamento, com o *animus* de conviver e constituir uma família. Em assim sendo, se a união estável é entidade familiar, como o casamento, não há como fugir da conclusão de que as regras do instituto da guarda devem ser aplicadas à união estável. Recentemente, tal entendimento foi estendido a união homoafetiva sendo reconhecida como entidade familiar.

A família anaparental é aquela constituída por pessoas que convivem, mas sem grau de parentesco, convivendo por rotina ou atividades, que acabaram unindo os indivíduos, sejam essas atividades, sociais, econômicas ou de qualquer natureza, (Dias 2007).

Por fim, Dias (2007) explica que as famílias eudemonistas, são famílias que não aderem a tradicionalidade, embora externamente pareçam como o modelo de família tradicional, formadas por pai, mãe e filhos, dentro do convívio muitas vezes não há hierarquia ou outras características presente em famílias tradicionais, no que diz respeito ao tratamento entre os indivíduos.

#### **1.4 O Direito das Famílias**

A Constituição Federal de 1988 traz um tratamento especial ao Direito das Famílias, reservando a totalidade de um capítulo para deste ramo do direito civil (Capítulo VII do Título VIII) que sofreu profundas transformações. Em contraposto ao modelo autoritário e patriarcal definido pelo Código Civil de 1916, o modelo de família depreendido do texto constitucional é fundado em preceitos como a igualdade, a solidariedade e do respeito à dignidade da pessoa humana, fundamentos e, ao mesmo tempo, objetivos do Estado brasileiro.

A Constituição de 1988 confirmou normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como a gratuidade do casamento e a garantia de efeitos civis ao casamento religioso, inovaram também ao reconhecer a união estável como entidade familiar, ao igualar homem e mulher na relação conjugal e ao vedar a quaisquer diferenças de direitos, de qualificação ou de tratamento entre os filhos havidos na constância do casamento, fora dele ou por adoção.

Além disso, foi o primeiro dispositivo jurídico brasileiro a reconhecer o afeto como formador da família, sem distinção aos laços decorrentes do casamento ou de sangue, ao igualar o filho adotivo aos filhos de origem sanguínea.

A partir da ideia trazida pela nossa Carta Magna, foi promulgada a Lei nº 8.971/94 - que dispõe sobre o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão - e a Lei nº 9.278/96 - que regula o artigo 226, §3º da Constituição Federal, que trata da união estável, sendo garantidos às relações formadas sem o ato solene do casamento aos direitos garantidos pelo texto constitucional.

Com o advento da Lei nº 10.406, de 10/01/2002, o atual Código Civil, as normativas constitucionais que tratavam de Direito das Famílias foram regulamentadas. Cabe ressaltar que o projeto de reforma deste código data da década de 70 e passou por inúmeras mudanças, tendo em vista as necessidades da sociedade. Algumas novidades foram trazidas pelo Código Civil de 2002, tais como: igualdade dos cônjuges no seio familiar, extinguindo-se o poder patriarcal; a atualização da dissolução do vínculo conjugal, por meio do divórcio; a regulamentação da união estável entre o homem e a mulher, bem como o reconhecimento de direitos decorrentes das relações concubinas.

O Código civil de 1916 esteve em vigor por quase 90 anos e mesmo com as mudanças significativas trazidas por ele, notadamente não foram suficientes para abranger todas as questões vivenciadas. Nas palavras de Maria Berenice Dias: "o novo Código, embora bem-vindo, chegou velho" (Dias, 2009). O que nos faz questionar sobre as normas que regem nosso país que, por mais que se criem novas, diante de tanta burocracia, quando vão ser implantadas, já estão defasadas.

Quando falamos sobre o intérprete da lei, temos que colocá-lo presente, no momento das interpretações e não como um mero observador. O repertório vivencial (valores, crenças e mitos), que constitui a pessoa do intérprete, depende sempre de construções que o ampliem, levando-o pelo caminho da transformação.

Advogados, juízes e promotores são os operadores que constituem o tripé sobre o qual a justiça se sustenta, são intérpretes da lei e, saibam ou não, estarão envolvidos no significado que lhe atribuem.

Tendo em vista tudo já relatado, as mudanças, as evoluções, as relações de afeto sendo reconhecidas e todo esse aparato para tratar do Direito das Famílias, é necessário também que os operadores envolvidos sejam capazes de entender o quanto tal processo é delicado, o que denota a necessidade de um comprometimento de todos os profissionais que fazem parte daquele processo para que tudo ocorra de forma mais justa possível.

Os litígios familiares mexem não só com bens materiais, mas com pessoas, com sentimentos e envolvem um bem maior: os filhos. Não se trata apenas de uma discussão

sobre a aplicabilidade das normas, mas de uma preocupação em amenizar o sofrimento e evitar desdobramentos negativos que a letra fria da lei poderia causar.

Pensando nisso, vale ressaltar a importância da inserção de outros profissionais nestes conflitos, como o psicólogo e o assistente social, visto que tais áreas tratariam a questão de forma a entender aspectos que vão além do previsto pelo legislador, trazendo subjetividade e um olhar para questões importantes que muitas vezes não recebem a devida atenção.

O papel de outros profissionais passa a ser, também, regulamentador dos direitos que cada um dos pais tem perante os filhos, responsabilizando ambos por tudo que o menor necessitar, inclusive de afeto. Este afeto, que muitas vezes é renegado, não pode ser forçado pelo juiz, mas pode ter consequências indenizatórias, tendo em vista que a falta de afeto pode gerar consequências gravíssimas na personalidade e desenvolvimento de uma criança.

### **1.3.1 Os princípios do Direito das Famílias**

Os Princípios que a base da constituição do Direito das Famílias, estão elencados no art. 226 em um rol não taxativo, in verbis:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre



decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Segundo Lôbo (2011) os princípios jurídicos aplicáveis ao Direito das Famílias e a todas as entidades familiares podem ser divididos em dois grupos: princípios fundamentais, que seriam princípio da dignidade da pessoa humana, de solidariedade e princípios gerais, formados pela igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança.

Os princípios são os norteadores para as decisões nos casos que envolvem as famílias. Abaixo teceremos breves considerações acerca de alguns destes quais sejam: O Princípio da Igualdade, Princípio da dignidade da pessoa humana, Princípio da solidariedade, princípio da afetividade, princípio da pluralidade das famílias.

### **1.3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Segundo Stolze (2012), a dignidade da pessoa humana é um princípio difícil de se conceituar, pois embora pareça simples, torna-se complexo diante da importância que ele possui.

Sarlet (2010) explica que o constituinte, em 1988, optou por essa classificação, incluindo esse princípio na ordem jurídico-positiva, não existindo apenas onde o Direito a reconheça. Essa qualificação constitui a dignidade humana como norma jurídico-positiva, bem como uma declaração com conteúdo ético e moral, elevando-a a condição de *status* constitucional formal e material, possuindo eficácia e alcançando, assim, valor jurídico fundamental.

Dias (2013), afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio universal, base para todos os outros princípios e quando aplicado no âmbito do Direito das Famílias significa que todo indivíduo será tratado com igual dignidade. Assim, o Direito das Famílias está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se a base das relações familiares atuais. Tal princípio garante a todos os membros das entidades familiares tenham igual respeito e proteção, deixando de lado

a visão patrimonialista anterior e concebendo a nova perspectiva da personalização deste ramo do Direito.

### **1.3.3 Princípio da Solidariedade**

Disposto no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1998, é um princípio que carrega objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que é o de construir uma sociedade justa, livre e solidária. Sendo assim, por óbvio, esse princípio repercute no Direito das Famílias, eis que nesses relacionamentos pessoais é imprescindível a existência da solidariedade.

Para Madaleno (2013), este princípio está presente em todas as relações familiares de vínculos afetivos, pois para que a relação sobreviva deve haver uma troca mútua de compreensão. Aplicada no Direito das Famílias, a solidariedade é como a reciprocidade. O autorressalta ainda que, embora a ideia da solidariedade remeta aos mais puros e nobres sentimentos humanos, a repercussão patrimonial desse princípio é evidente e inevitável no sistema jurídico brasileiro.

Lôbo (2011) evidencia a aplicação deste princípio em diversos artigos, tais como:

No Código Civil, podemos destacar algumas normas fortemente permeadas pelo princípio da solidariedade familiar: o art. 1.513 do Código Civil tutela "a comunhão de vida instituída pela família", somente possível na cooperação entre seus membros; a adoção (art. 1.618) brota não do dever, mas do sentimento de solidariedade; o poder familiar (art. 1.630) é menos "poder" dos pais e mais múnus ou serviço que deve ser exercido no interesse dos filhos; a colaboração dos cônjuges na direção da família (art. 1.567) e a mútua assistência moral e material entre eles (art. 1.566) e entre companheiros (art. 1.724) são deveres hauridos da solidariedade; os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos, para o sustento da família (art. 1.568); o regime matrimonial de bens legal e o regime legal de bens da união estável é o da comunhão dos adquiridos após o início da união (comunhão parcial), sem necessidade de se provar a participação do outro cônjuge ou companheiro na aquisição (arts. 1.640 e 1.725); o dever de prestar alimentos (art. 1.694) a parentes, cônjuge ou companheiro, que pode ser transmitido aos herdeiros no limite dos bens que

receberem (art. 1.700), além de ser irrenunciável (art. 1.707), decorre da imposição de solidariedade entre pessoas ligadas por vínculo familiar. (LÔBO, 2011, p. 65)

### **1.3.4 Princípio da Igualdade**

De acordo com Lôbo (2011) a CF trouxe a igualdade entre homem e mulher, bem como em relação à entidade familiar, provocando também mudanças na filiação, além de igualar aqueles filhos que não possuem laços consanguíneos e os havidos fora da consonância do casamento. Tal princípio mostra-se como norteador de vários preceitos presentes no Direito das Famílias.

### **1.3.5 Princípio da Liberdade**

A Liberdade atrelada à igualdade busca a efetividade da dignidade da pessoa humana. Lôbo (2011) explica que o princípio da Liberdade, defende que todos são livres para fazer suas escolhas: ao livre planejamento familiar; a livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; a livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; a liberdade de agir, não deixando de munir-se do respeito à integridade física, mental e moral.

O autor ainda nos diz que antes da CF/88 presenciávamos o contrário, não existia uma Liberdade de fato nem tão pouco de direito: existia o patriarca.

A partir da Constituição Federal de 1988 e com a instituição do princípio da liberdade, este paradigma familiar foi profundamente transformado para que os membros das famílias exercessem sua liberdade de forma mais ampla, substituindo o autoritarismo familiar por um modelo familiar mais democrático. A liberdade se realiza na constituição principalmente no que tange à manutenção e extinção da entidade familiar; no planejamento familiar, que "é livre decisão do casal" (art. 226, § 7º, da Constituição), sem interferências públicas ou privadas.

Stolze (2012) defende que o Estado não deve tomar decisões sob a estrutura familiar, sem envolvendo direto, para que não seja atingida a base afetiva do instituto da família. O Estado deve ser para a família como protetor, cuidador dessa relação.

### **1.3.6 Princípio da Afetividade**

Este princípio não se encontra de forma clara no texto constitucional. Lôbo (2011) explica que este princípio é um dos fundamentos do Direito das Famílias, sendo um reflexo

dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), entrelaçando-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica das famílias. Madaleno (2012) denomina a afetividade como a mola propulsora do Direito das Famílias, nos dizendo que o afeto deve estar presente em toda base familiar, pois muito embora não seja só ele necessário para manter o núcleo familiar, é de suma importância a sua existência.

Após o afeto, sendo base do Direito das Famílias, a ideia de família matrimonializada foi derrubada, dando espaço à família afetiva, onde se tem um propósito de formar de um grupo familiar ligado pelo afeto.

### **1.3.6 Princípio da Pluralidade das Famílias**

Este princípio foi resultado dos acontecimentos da própria sociedade que já moldava suas novas formas de família, não existindo mais modelos familiares articulados por normas, fundadas no matrimônio. Stolze (2012) confirma que não há um único conceito de família, pois este instituto acompanha a evolução da sociedade e está sempre em mudança.

Previsto na Constituição Federal de 1988 nos §§ 3º e 4º do art. 226, nos diz que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Lôbo (2011) opina:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado

de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade. (LÔBO, 2011, p 71)

Conforme exposto, mesmo a constituição deixando de elencar outros modelos de família, a própria jurisprudência já trata e vem tratando dos que surgem, e tratará dos que surgirão. Exemplo disso é a união homoafetiva, que vem ganhando direitos e reconhecimento diante de uma sociedade que ainda possui vestígios patriarcais relutantes.

Sendo assim, percebemos que o princípio da pluralidade das famílias está intrinsecamente ligado ao princípio da afetividade, visto que, na sociedade atual, o que rege a entidade familiar é a afetividade, resultando no reconhecimento de outros tipos de famílias.

## **2.AS FORMAS NÃO JURISDICIONAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS – MODELO MULTIPORTAS.**

Diante do tema, torna-se imprescindível a delimitação dos meios de resolução de conflitos para entendê-los, mais especificamente, em se tratando de Direito das Famílias.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, em vigor desde o dia 18 de março de 2016, uma série de mudanças foram implementadas. Dentre tais mudanças, há de se mencionar a maior utilização dos institutos da Conciliação, da Mediação e da Arbitragem. Velhos conhecidos da Justiça brasileira, tais institutos têm ganhado cada vez mais notoriedade, diante do ideário de promover uma facilitação processual, uma menor onerosidade, bem como um descongestionamento do judiciário brasileiro, que cada vez mais observa o crescimento catastrófico das lides.

Sobre o tema, diferente do que ocorria com o antigo CPC, o novo código atribui ao judiciário o dever de estimular os métodos consensuais, onde, hoje, “o magistrado não citará mais a parte ré para contestar no prazo legal, mas, sim, para comparecer à Sessão de Conciliação ou de Mediação” (MOUZALAS, 2016). Portanto, cabe ao magistrado propagar uma cultura à procura dos métodos autocompositivos, cujo estímulo fica limitado ao desejo das partes, que podem concordar ou não em recorrer a tal alternativa.

### **2.1- O Sistema Multiportas**

O Código anterior – lei 5.869/73, que vigorou no Brasil de 1974 até março de 2016, apesar de ser um código moderno e bem elaborado, não mais correspondia aos anseios

da sociedade brasileira que há quase 30 anos vive sob um Estado Democrático de Direito – instituído pela Constituição Federal de 1988.

Havia um enorme descompasso entre os valores e regras estabelecidos pela CF/88 e o processo civil brasileiro, regido por uma lei elaborada em pleno regime ditatorial numa época em que as demandas eram, naturalmente, bem diferentes das atuais. Além disso, foi inspirado num modelo europeu extremamente formalista, com regras ultrapassadas, apesar das inúmeras reformas na tentativa de moldá-lo aos novos tempos, aos novos preceitos e fundamentos democráticos.

O novo Código abarca as medidas alternativas de resolução de conflitos como uma forma de proporcionar ao ordenamento jurídico uma maior efetividade das normas constitucionais, principalmente ao direito a razoável duração do processo, determinando, categoricamente, no seu artigo 3º e respectivos parágrafos, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, através da conciliação, da mediação e de outros métodos, os quais deverão ser estimulados por todos – juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

A ineficácia dos meios de acesso à justiça gera transtornos ao demonstrar a falta de competência para a resolução dos conflitos existentes no meio social, sejam eles individuais ou coletivos. Porém, para poder sanar e efetivamente tutelar o bem jurídico de forma célere, são necessários meios alternativos, possibilitando uma satisfação entre as partes.

Segundo Santos (2014) “A busca pela identificação de critérios que possam ser empregados para efeito de escolha do tratamento mais adequado às particularidades de cada conflito, remete-nos ao estudo de uma experiência Norte-Americana, idealizada na segunda metade da década de 70, que ficou conhecida como Sistema Multiportas de Solução de Conflitos” (SANTOS, 2014).

Sobre esse sistema, Luchiari (2011) aponta que:

O Fórum de Múltiplas Portas ou Tribunal Multiportas constitui uma forma de organização judiciária na qual o Poder Judiciário funciona como um centro de resolução de disputas, com vários e diversos procedimentos, cada qual com suas vantagens e desvantagens, que devem ser levadas em consideração, no momento da escolha, em função das características específicas de cada conflito e das pessoas nele envolvidas. Em outras palavras, o sistema de

uma única 'porta', que é a do processo judicial, é substituído por um sistema composto de vários tipos de procedimento, que integram um 'centro de resolução de disputas', organizado pelo Estado, composto de pessoas treinadas para receber as partes e direcioná-las ao procedimento mais adequado para o seu tipo de conflito. Nesse sentido, considerando que a orientação ao público é feita por um funcionário do Judiciário, ao magistrado cabe, além da função jurisdicional, que lhe é inerente, a fiscalização e o acompanhamento desse trabalho (função gerencial), a fim de assegurar a efetiva realização dos escopos do ordenamento jurídico e a correta atuação dos terceiros facilitadores, com a observância dos princípios constitucionais (LUCHIARI, 2011, p. 308-309).

De acordo com Santos (2014), a primeira referência ao Sistema Multiportas (*Multidoor Courthouse System*) foi em 1976, em uma palestra proferida na *Pound Conference*, realizada por Frank Sander (professor de Direito da Universidade de Harvard). Inclusive, a posteriori foi transcrita e publicada no intitulado artigo *Varieties of Dispute Processing*.

Segundo Gimenez (2015) este instituto surge "como alternativa diante das insuficiências das práticas da justiça até então realizadas nos Estados Unidos, as quais não atendiam satisfatoriamente às pessoas que buscavam um amparo judicial" (GIMENEZ, 2015).

"Neste sentido, ao procurar o Judiciário as partes passariam antes por uma antessala desse Centro de solução de conflitos em que escolheriam uma das portas para ingressar, com a ajuda do *screening clerk* nesta triagem do conflito" (GABBAY, 2013).

O futuro é muito promissor, e o bom funcionamento das câmaras privadas dependerá de uma implementação, principalmente, por parte dos Tribunais, da capacitação rigorosa e da reciclagem constante de conciliadores e mediadores, do acompanhamento sistemático e avaliação correta do seu desempenho para correção de rumos e melhoras, não sendo suficiente, por si só, a previsão normativa para sua verdadeira inserção nas práticas jurídicas.

## 2.2 Conciliação

Um dos meios de resolução de conflitos é a conciliação, que possui características próprias. Há duas formas de conciliação que podem ser realizadas: extrajudicialmente (extraprocessual) ou judicialmente (dentro do processo).

De acordo com Silva (2008), a conciliação funciona quando um terceiro administra a negociação do conflito, este terceiro pode sugerir acordos, da melhor maneira para que seja favorável para ambos os lados conflitantes. Embora possa sugerir soluções, este tem que se apresentar imparcial, e tentar sempre o acordo entre as partes.

O conciliador tem papel fundamental no decorrer da conciliação. Segundo Andrade (2002), o conciliador precisa possuir a técnica da oralidade, pois a todo o momento a forma com que ele atua é argumentando.

Andrade (2002) ensina:

O conciliador deve atuar de forma informal, sem contudo perder a posição de presidente da audiência. Tratar as partes com cortesia, com dignidade e igualdade, de forma que esses se sintam à vontade para proporem soluções, tudo visando ao acordo almejado, sem com isso deixar que os ânimos se acirrem e dificultem a conversação (ANDRADE, 2002, p. 36).

A celeridade deve ser característica da conciliação. Andrade (2002) explica que a rapidez é de suma importância para uma justiça eficaz, ou seja, existe uma relação entre tempo e solução do conflito. À medida que a resposta de como proceder é recebida rapidamente pela parte que a aguarda, a disparidade entre resposta dada e o fato gerador do conflito serão pequenos, ou seja, a resposta ainda será útil para contornar o problema.

Isso não deve dar a ideia de que a audiência de conciliação deva ser rápida, e sim que o procedimento do pré-conciliação e pós-conciliação, deva ser ágil. Além da celeridade, a conciliação gera baixo custo, sendo vantajoso tanto para as partes, quanto para o judiciário.

No Brasil, a conciliação extraprocessual já é uma realidade. De acordo com Grinover (2008), ela acontece por meio de Juizados Informais de Conciliação e pelos Conselhos de Conciliação e Arbitramento, criados para a solução de conflitos.

O procedimento de conciliação encontra-se nos arts. 447 a 449 do Código de Processo Civil (CPC). Conforme Ribeiro e Ribeiro (2005), a finalidade da tentativa de conciliação, é fazer com que o juiz, mesmo da instrução, possa oferecer e fechar um acordo



que ele entenda ser justo. É relevante a atuação do juiz neste momento, pois as partes dão mais credibilidade, por ser o magistrado e por entender que esta decisão pode ser a melhor para ambos os lados.

Ribeiro e Ribeiro (2005) afirmam que o CC de 1939 não possui estes meios de solução de conflitos, mas o magistrado já era adepto ao procedimento, então mesmo não sendo previsto expressamente na norma, a conciliação já existe há muito tempo no direito brasileiro.

Silva (2008) nos diz que a conciliação tem como objetivo promover o acordo, o entendimento entre as partes conflitantes, e, além disso, por meio da cultura de conciliar é que se pode difundir a ideia de mudar o comportamento da sociedade e dos operadores jurídicos, para que, cada vez mais, os meios alternativos, como a conciliação, ganhem força.

A solução do conflito deve ficar clara para ambas as partes que deverão estar de acordo com todos os pontos. O judiciário evita mais uma burocratização, e o acesso à justiça é garantido.

Ao aplicar a técnica de mediação no Direito das Famílias, tanto os envolvidos no conflito quanto a sociedade, perceberão a agilidade do processo. Ainda, para as famílias é fundamental a busca pelo acordo, pois, como os relacionamentos afetivos já estão fragilizados, o ato de conciliar traz consigo um alívio às partes, refletindo em menos sofrimento, pois a solução ocorre de forma pacífica, sem ser necessário o desgaste de dar andamento à lide.

### **2.3 A mediação**

No surgimento de conflitos na entidade familiar, a primeira atitude é o diálogo, visando à resolução do problema. Quando o diálogo já não é mais suficiente, surge então a necessidade de se buscar alternativas viáveis para solucionar os conflitos.

De acordo com Rodrigues Júnior (2007), não é recente que a mediação é usada para resolver conflitos, existe indícios de que sua existência se deu 3.000 a.C na Grécia. Sobre o assunto Rodrigues Júnior (2007) conta:

As culturas islâmicas também têm longa tradição de mediação. Em muitas sociedades pastoris tradicionais do Oriente Médio, os problemas eram freqüentemente resolvidos através de uma reunião comunitária dos idosos,

em que os participantes discutiam, debatiam, deliberavam e mediavam para resolver questões tribais ou intertribais críticas ou conflituosas. Nas áreas urbanas, o costume local ('urf) tornou-se codificado em uma lei sari'a, que era interpretada e aplicada por intermediários especializados, ou quadis. Estes oficiais exerciam não apenas funções judiciais, mas também de mediação. [...]O hinduísmo e o budismo, e as regiões que eles influenciaram, têm uma longa história de mediação. As aldeias hindus da Índia têm empregado tradicionalmente o sistema de justiça panchayat, em que um grupo de cinco membros tanto media quanto arbitra as disputas... (RODRIGUES JÚNIOR, 2007, p. 63.)

A autora Porto (2001) nos fala que não há um marco efetivo do surgimento da mediação existe também relatos de que a mediação em meados dos anos de 1950 era comumente usada na China, onde desde a segunda Guerra mundial possui registros em sua legislação.

De acordo com Da Rosa (2012), em 1980 a mediação deu seus primeiros passos no Brasil, atuando no âmbito trabalhista, empresarial e comercial. Em 1990, 10 anos após, a mediação passou a ser usada no âmbito familiar.

Quando na promulgação do NCPC Novo Código de Processo Civil, em 2015, este, de forma clara, defende o uso dos meios alternativos de solução de conflitos, que é o caso da mediação. O NCPC destaca em vários artigos a possibilidade do uso da mediação, entretanto, o mesmo só entrou em vigor em 18 de março de 2016, o que causou alguns conflitos em relação à Lei de Mediação (Lei nº 13.140) que foi publicada em 26 de junho de 2015.

De acordo com Da Rosa (2012), no NCPC, a definição da mediação é tida como um procedimento onde o mediador atuará, preferencialmente, nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprias, as soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Na Lei da Mediação ela é definida como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Em casos de designação de audiência de mediação, as partes não poderão obstar sua realização mediante consenso, haja vista que a disciplina do inciso I do § 4º do artigo 334 não se aplica à mediação, vez que subtraída da disciplina geral do Código pela existência de diploma especial e posterior (Lei de Mediação). Nesse sentido, a possibilidade de dispensa da audiência de mediação pelas partes restou suprimida pela nova Lei de Mediação, no que esta torna obrigatória sua realização. A partir disso, temos que a parte de mediação do Novo CPC está revogado pela Lei de Mediação, que é posterior e especial, no que as disciplinas não sejam conciliáveis, ilação que tem reflexos absolutamente substanciais, tudo a demandar da atuação do intérprete na conciliação dos diplomas normativos.

### **2.3.1 O mediador**

De acordo com Moore (1998) os litigantes são os participantes do processo de mediação, e são auxiliados pelo mediador, sendo este último um terceiro que tem o objetivo de conduzir o processo de forma que os envolvidos possam chegar a um consenso. Além disso, o mediador não pode interferir no caso, devendo estar preparado e orientado para orquestrar o procedimento. As partes podem, a qualquer momento, retirar-se da discussão, sem que haja punição.

Silva (2004) destaca a diferença do mediador diante de outros que atuam nos meios alternativos de solução de conflitos:

Não é um juiz, pois não impõe um veredicto, mas como um juiz, deve ter o respeito das partes conquistado com sua atuação e imparcialidade. Não é um negociador que toma parte na negociação, com interesse direto nos resultados. Dependerá das partes a conclusão da mediação com um acordo ou não. Não é um árbitro que emite um laudo ou decisão. O mediador ainda que seja um experto no tema tratado, não pode dar assessoramento sobre o assunto em discussão. Ele cuida do relacionamento e da descoberta dos verdadeiros interesses reais de cada uma das partes (SILVA, 2004, p. 109).

Silva (2004) destaca ainda que o mediador deve superar barreiras pessoais, desvencilhar as partes da sua visão radical do conflito e quebrar o grande antagonismo que existe entre elas. Em um primeiro momento, o mediador deve apresentar a mediação,

fazendo com que as pessoas compreendam a dimensão do procedimento e os objetivos principais.

Ressalta-se que o mediador, apesar de não ter o poder decisório, não é figura passiva no processo de mediação:

O mediador, portanto, é primeiramente alguém que faz comunicar, que faz passar uma corrente. Aquele que não tem este desejo primeiro de criar ligações não pode tornar-se um bom mediador no domínio em que habitualmente se situa o papel do mediador: o dos conflitos. Se alguém não tem inventividade suficiente e imaginação para criar ligações, como poderá ter a criatividade necessária para desembaraçar um conflito? E compreende-se que a terceira pessoa, em mediação, mesmo não intervindo como juiz ou árbitro, não é, no entanto, uma pura presença passiva (SIX, 2001, p. 236).

O que se pode constatar é que cada caso exige uma atuação e visão diferentes, sem se deixar levar por julgamentos próprios e sim ter uma visão geral do conflito. Na análise de conflitos familiares, percebe-se a atuação de mediadores advogados, psicólogos, sociólogos e assistentes sociais. Esses profissionais, por estudarem as relações de família durante a sua formação específica, podem ser úteis no deslinde dos conflitos familiares.

### **2.3.2 Princípios da mediação**

Weizenmann (2009) relata que, em 29 de novembro de 2010, foi publicada a Resolução nº 125/2010 para tratamento adequado de resolução de conflitos, pelo Conselho Nacional de Justiça, que o implementou no âmbito do Poder Judiciário. Através dessa Resolução, foram criados os centros especializados nos meios de tratamento de conflitos, para que, por meio da participação dos envolvidos encontrem soluções mais apropriadas a cada tipo de litígio, visando satisfazer seus interesses e preservar seus relacionamentos.

Sendo assim, de acordo com Weizenmann (2009), o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores editados pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, elencou alguns princípios fundamentais aplicáveis à conciliação e mediação. Esses princípios são: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia e respeito à ordem pública e às leis vigentes. Ainda, acrescentam-se outros princípios considerados importantes no âmbito da mediação como

o da cooperação, da liberdade das partes, o da não competitividade e o da informalidade do processo. Veremos alguns desses princípios mais aprofundadamente nos subtópicos a seguir.

### **2.3.3 Princípio da Imparcialidade**

De acordo com Weizenmann (2009), este princípio rege visa tratar todos de forma igual, onde o mediador terá que eximir-se de suas próprias convicções para que não interfiram no momento de resolver e mediar os conflitos, devendo sempre primar pela imparcialidade.

Sales (2009) trata de tal princípio, nos dizendo que:

A imparcialidade deve ser inerente ao mediador. Isto porque é função do mediador ajudar as partes a reconhecerem os reais conflitos existentes, produzindo as diferenças com o outro e não contra o outro, criando assim novos vínculos entre elas. Não cabe ao mediador decidir, pois só as partes têm o poder decisório. Para o mediador realizar essa tarefa ele deve ser imparcial, caso contrário, poderá ir além de seu compromisso, interferindo na decisão, privilegiando a parte que lhe interessa. A intervenção do mediador, manipulando a argumentação, e daí a decisão, descaracteriza a mediação, pois a igualdade de oportunidade do diálogo é imprescindível a esse procedimento (SALES, 2003, p.48).

Sales (2003) destaca que a escolha do mediador pode ser feita pelas partes e a qualquer momento pode ser interrompida. Em caso de conduta errada do mediador, as partes podem decidir encerrar a discussão, já que não é obrigatória.

### **2.3.4 Princípio da Confidencialidade**

Trata-se do sigilo do processo de mediação. O mediador possui a obrigação de não repassar para terceiros as informações sobre o conflito, agindo como protetor do processo. De acordo com Weizenmann (2009), a confidencialidade significa que tudo o que ocorre durante o processo de mediação precisa ser sigiloso, sendo de conhecimento apenas dos envolvidos e do próprio mediador.

Braga Neto (2007) explica:

Devendo significar que os fatos, situações, documentos, informações e propostas, expostas durante a mediação, guardem o necessário sigilo e exigir daqueles que participaram do processo, obrigatoriamente, mantê-lo sobre todo conteúdo a ele referente, não podendo ser chamados para eventual testemunho em situações ou processos futuros [...] (BRAGA NETO, 2007, p. 97).

Luz (2005) leciona que a confidencialidade afeta diretamente as partes, pois se não sentirem segurança de dizer o que pensam, o procedimento de mediação fica prejudicado. O segredo acerca dos aspectos do conflito, das discussões enfrentadas e de outros detalhes observados durante a mediação, é fundamental para que as partes se envolvam efetivamente no diálogo, sem receios ou ressalvas no decorrer do procedimento. Este princípio tem como objetivo possibilitar que a comunicação entre as partes, para que essa possa ocorrer de forma transparente, onde o sigilo só poderá ser rompido se está for a vontade das partes.

### **2.3.5 Princípio da Competência**

Sales (2003) explica que o princípio da competência é referente à capacidade do mediador para realizar o procedimento de mediação. O mediador deve apresentar características essenciais para desempenhar esse papel, dentre elas, ser diligente, cuidadoso e prudente, de forma a garantir um processo de qualidade, bem como um resultado satisfatório. Importante ressaltar que a competência do mediador sempre dependerá de sua qualificação, sendo que, deve ser escolhido o tipo específico de profissional mais apropriado para conduzir cada caso mediado. Não cabe ao mediador dizer o que deve ser feito, pois não é papel do mesmo ditar regras, nem decidir. Entretanto, cabe a ele viabilizar a comunicação entre as partes conflitantes, acompanhar as suas reflexões, esclarecer dúvidas e se as partes quiserem explicar acerca dos direitos e deveres que respaldam o caso que está sendo mediado.

### **2.3.6 Princípio da Independência e Autonomia da Vontade das Partes**

Sales (2003) explica que este princípio representa o poder de decisão dos envolvidos. Apenas os envolvidos podem decidir o que lhes for mais conveniente, sendo assim, responsáveis por tal decisão. Ao mediador cabe apenas orientá-los, facilitando o diálogo, e não a decisão do caso. A autora ainda nos diz que a liberdade deve ser incontestável, de forma que nenhuma das partes esteja sofrendo coação ou ameaças que possam causar mudanças em seu comportamento e, principalmente, em sua decisão acerca da controvérsia.

### 2.3.7 Princípio da Informalidade

À luz do princípio da informalidade, temos a ideia de que a mediação não segue um padrão predeterminado. Sales (2003) ensina que os mediadores buscam padrões para organizar o processo apenas, não devendo seguir uma forma única. Não há uma forma exigível no processo de mediação, pois a mesma vai se desencadeando a partir do diálogo entre as partes.

Sendo assim, é necessário que a comunicação seja eficaz para que o acordo se torne viável, ressaltando-se a informalidade, pois o instituto da mediação propicia um ambiente confortável, até mesmo descontração e tranquilidade. Por essa razão, conclui-se que o mais importante é adotar uma postura adequada na busca da pacificação dos conflitos.

A autora destaca que a informalidade é bastante vantajosa aos envolvidos no processo de mediação, visto que, por ser uma maneira distinta de resolver conflitos, cria um ambiente propício para a comunicação das partes, sem barreiras formalísticas que, por vezes, acabam atrapalhando o andamento de processos, burocratizando-os.

### 2.3.8 Princípio da Não-Competitividade e Princípio da Cooperação

O princípio da não competitividade, como sua própria denominação o diz, visa um andamento da mediação sem tom de competitividade, onde há aqui uma relação com o princípio da cooperação, uma vez que, as partes cooperam entre si, não há competição. Dessa forma não haverá ganhadores nem perdedores, apenas partes satisfeitas com o resultado.

Sobre esse ponto, Cruz (2005) nos diz que:

Assim, não há competição na mediação, já que as pessoas conflitantes não são oponentes, não havendo a ideia de uma vencer a outra. Pelo contrário, na mediação as partes são vistas como solidárias e colaboradoras, possuindo um objetivo comum de tratar o conflito, encontrando uma solução satisfatória (CRUZ, 2005, p. 270).

Sales (2003) conclui que, na mediação, existe o interesse em harmonizar a comunicação entre as partes e para isso, o mediador tem um papel fundamental para, assim, transformar o conflito negativo em positivo, demonstrando que a pacificação feita entre elas trará bons resultados. A abordagem positiva do conflito é fator importante já

que, nessa perspectiva, não há que se falar em partes oponentes, pois serão as próprias que, em conjunto, terão o poder decisório sobre sua divergência.

### **3. APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS**

A mediação, conforme o exposto é o meio de solução mais viável para ser aplicado nos conflitos familiares. Por diversas razões já destacadas nesta pesquisa, tal método mostra-se o ideal, pois vai além da mera contribuição para a resolução do litígio, atua nos litigantes para os litigantes, tentando entender suas angústias e subjetividades, para com isto resolver a questão.

Neste capítulo será abordada a aplicação do instituto da mediação nos conflitos do Direito das Famílias com o fim demonstrar que, além de atuar de forma eficaz, gera diversos benefícios para a sociedade como um todo e, conseqüentemente, para o Poder judiciário.

#### **3.1 A mediação no direito das famílias**

É certo que os conflitos familiares se diferenciam de outros tipos de conflitos em razão de suas peculiaridades. Com isso, Ferreira (2007) destaca que é necessário, em contrapartida, uma forma diferenciada para sua resolução, sendo a mediação o meio mais apropriado para o tratamento de conflitos em família, senão vejamos.

O grande desafio da mediação é buscar o consenso, o equilíbrio emocional e interpessoal. Neste sentido, vislumbra-se a mediação como medida viável para a resolução dos conflitos surgidos no âmbito familiar.

Na visão de Brito (2006) a mediação se apresenta como um processo de gestão de conflitos, e oferece ao núcleo familiar um ambiente propício a negociação, a escuta, a autodeterminação, que devem ser seguidas após a concretização de um rompimento conjugal, por exemplo. Esse procedimento ajuda no fortalecimento dos laços familiares e faz com que os envolvidos assumam as responsabilidades pelos seus atos. Através do diálogo trata o conflito, inclusive na questão dos filhos, que muitas vezes são usados como instrumento até mesmo de agressão.

A mediação é um processo informal, o que segundo Da Rosa (2012), leva os envolvidos a construir suas próprias decisões, que devem ser mutuamente aceitas, possibilitando a continuidade da relação pós-separação, prevenindo qualquer tipo de inimizade. Nos conflitos familiares as questões a serem resolvidas são complexas, e a família consegue reestabelecer a comunicação com a mediação, sendo essa técnica um auxílio na resolução de questões emocionais, voltando-se sempre para o bom senso.



Nesse procedimento, a solução pode aparecer mais rapidamente e de forma menos onerosa, sendo uma nova maneira de abordagem para casais, pais e filhos, irmãos, parentes, enfim, todos aqueles que possam estar ligados adeterminado núcleo familiar.

A mediação no Direito das Famílias é bastante utilizada em situações envolvendo guarda de filhos, alimentos, separações e divórcios. Silva (2004) nos diz que:

[...] deve ter em vista o respeito à família e à cultura da sociedade na qual é adotada, pois assim como a família é o pilar da sociedade, a mediação vem em sua defesa e em seu fortalecimento, podendo-se estimular o seu valor para o exercício da cidadania (SILVA, 2004, p. 58)

Sendo assim, a mediação tem seus alicerces baseados na cooperação entre os conflitantes e no auxílio do mediador, no sentido de propiciar um ambiente favorável ao diálogo, fonte inicial e final para chegada do acordo.

### **3.2 Procedimentos**

Bush (2005) ensina que a mediação, como já relatado, é um meio alternativo de resolução de conflitos e uma forma de acesso à justiça. Suas principais características são que esse processo permite que as partes dialoguem e cheguem a um acordo entre si, e principalmente, para que consigam manter a relação amigável após findar o conflito.

A mediação tem como característica a posição menos formal do que os processos judiciais. Nesse sentido, alguns autores como John M. Haynes (1996), afirmam que não deve existir um "ciclo linear" de etapas preestabelecidas na mediação, entretanto, outros autores como Fiúza (1995) e Mendonça (2004) estabelecem em suas obras os passos a serem percorridos pela mediação.

Para Mendonça (2009), existe uma fase anterior ao início da mediação. Essa fase, tida como pré-mediação, inicia-se com a decisão das partes em buscar um método extrajudicial para solucionar o conflito. Ressaltando-se, ainda, que neste momento é firmado um acordo de participação na mediação. Noutro trilhar, de acordo com Fiúza (1995), uma das partes pode procurar os Centros de Mediação e solicitar que entrem em contato com a outra parte fazendo um convite formal à mediação. Esta, portanto, trata-se de uma fase mais informativa e esclarecedora tanto para as partes quanto para o mediador.

Bush (2005) continua explicando que a fase introdutória é a efetiva iniciação do processo de mediação e neste momento, os aspectos físicos e organizacionais do local são fundamentais, podendo inclusive ser determinantes para o resultado final do processo. Sendo assim, para que seja atribuída maior confiabilidade e segurança no processo é fundamental que seja explicado às partes o funcionamento da mediação, suas características, bem como todos os elementos que irão contribuir com a solução do conflito.

Na etapa seguinte, o mediador tem como papel incentivar, de forma clara, a exposição dos motivos que levaram as partes ao conflito que se encontram atualmente. Sendo assim, Fiúza(1996) ressalta a importância de que seja feita uma leitura do que fora relatado pelas partes, a fim de que ambas concordem com o que fora dito. Sendo assim, a função do mediador, neste momento, deve ser para favorecer o clima amigável e respeitoso entre as partes. É mister ressaltar que esta fase é o início do que faz o diferencial da mediação, pois visa identificar os reais desejos e intenções das partes, sendo a razão da própria mediação a visão mais humana do conflito.

Tal etapa consiste no momento em que é feita a relação do que está sendo desejado e questionado. É a etapa da identificação e redefinição das questões e interesses. Nesse momento, o mediador tenta ordenar o conflito de maneira que este abranja as partes e de que ambas, por sua vez, se visualizem dentro da questão, sem que, para tal, o mediador seja tendencioso em relação a alguma parte.

A fase de formulação e avaliação de opções é a que mais reflete o espírito da mediação. Pois nesta fase, segundo Mendonça (2004), as características de criatividade e flexibilidade do mediador são postas à prova, pois cabe a ele aproximar os desejos das partes às realidades possíveis. É importante ressaltar que, devido às peculiaridades de algumas questões, o mediador pode recorrer à procura de especialistas - e é aqui que entra a inclusão de profissionais como o psicólogo e o assistente social- que, com mais propriedade, posicionem-se sobre as possibilidades viáveis diante dos fatos.

A fase conclusiva permite a confecção de um acordo com a decisão em que as partes chegaram a um comum acordo. Ressaltando-se que os termos de acordo (documentos com as descrições do que ficara acordado), podem ser vistos por terceiros ligados às partes, a fim de apreciação das decisões. Mendonça (2004) reflete que:

É indispensável que as partes tenham plena compreensão do conteúdo do acordo, de como viabilizá-lo e suas consequências. Recomenda-se a elaboração de um plano detalhado de implementação acompanhado de um plano de implementação, acompanhado do prazo para seu

cumprimento, e de quais recursos serão utilizados para caso não se cumpra. (MENDONÇA, 2004, p. 55)

O autor ressalta a importância de as partes estarem conscientes quanto à decisão que foi tomada durante o processo de mediação, sobre os procedimentos utilizados e todos os detalhes relacionados a ela, inclusive em caso de descumprimento.

### **3.3 A atuação da mediação nos conflitos**

Neste ponto abordaremos a atuação da mediação em conflitos importantes e mais comuns dentro do Direito das Famílias, defendendo assim a ideia desta pesquisa que é a aplicação do instituto da mediação.

#### **3.3.1 Atuação na Dissolução da entidade familiar**

Motta (2007) nos diz que, com a vida agitada das pessoas, as transformações constantes da sociedade e a dinamicidade dos indivíduos, tudo têm propiciado ambiente de desentendimentos. Dentre as diversas espécies de crises no âmbito familiar, a que mais abala a estrutura afetiva da família tem sido a separação conjugal. Segundo Arduz Motta (2007) :

As separações conjugais são uma das crises não previsíveis mais freqüentes destes tempos. Elas estão se tornando crônicas e afetando, direta ou indiretamente, quase todas as famílias, na sociedade. Ora são as próprias famílias nucleares que se vêem atingidas por esse evento, ora são as famílias extensas que vêem as famílias de seus filhos desfazerem-se. E, em ambos os casos, o estresse é inevitável e o risco de perturbação no processo de desenvolvimento das crianças e adolescentes envolvidos é significativo (MOTTA, 2007, p. 78).

A agitação causada nos membros da família é a preocupação principal da separação, uma vez que a estrutura, até então tida como base da vida para aquelas pessoas está sendo dissolvida em sua essência, traz uma espécie de rompimento dos ideais daquela família. É nesse contexto que entra a atuação da mediação.

Brito (2006) ensina que na dissolução da entidade familiar é fundamental para preservação do afeto e do amor com relação aos filhos, pois as figuras do pai e da mãe não deixam de existir. Apesar da dissolução da vida conjugal do casal, a manutenção do

bom relacionamento com os filhos é de suma importância. Os filhos não podem ser manipulados conforme interesses particulares dos pais, pois quando isso acontece o desgaste dos laços afetivos torna-se mais forte, transpassando o limite do ideal da separação, que deveria afetar apenas o desfazimento da união.

A mediação mostra-se menos dispendiosa e desgastante. Brito (2006) acrescenta que “na mediação, as pessoas são levadas a agir cooperativamente, diante de opções realistas, e não fazer acusações desmedidas ou pleitos baseados unicamente em seu posicionamento pessoal”. (BRITO, 2006, p. 291)

Por todo o exposto, pode-se perceber que é por meio da mediação que há a junção do conflito e da reflexão sobre a responsabilidade de cada envolvido, na busca pela resolução da controvérsia.

### **3.3.2 Atuação na guarda**

A aplicação da mediação na guarda determina como será conduzida a vida dos pais e dos filhos após a dissolução da entidade familiar. Marodin (1996) explica que este momento é dito como de parentalidade futura, pois há que se determinar as decisões que afetam a criação dos filhos: sua residência, relacionamentos com pai e mãe, os termos de visitação, dentre outros. Na mediação, a questão da guarda pode ser decidida pelos pais de acordo com a melhor conveniência e sempre pensando no bem estar dos filhos. Marodin (1996) expõe que em detrimento das mudanças sociais, um aspecto muito importante – onde houve significada melhoria – a foi o da maior participação que os pais têm em desempenhar seu papel ativo após a separação.

Conforme preceitua Brito (2006), nesse contexto, é papel do mediador apresentar as diferentes possibilidades da guarda aos envolvidos para que se encontre uma solução que cause menos sofrimento aos envolvidos. No caso da guarda, o entendimento é de que “quando os pais não conseguem chegar a um acordo e recorrem ao Judiciário, algumas questões são resolvidas quase que mecanicamente, segundo uma fórmula padrão de visitação”. Este é um ponto que precisa ser levado em consideração: a mediação acredita que os “protagonistas” das decisões devem ser os membros da família, e não um terceiro, alheio ao caso e aos sentimentos envolvidos em tal relação.

A guarda deve acima de tudo respeitar o princípio do melhor interesse da criança. Brito (2006) esclarece que:

Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda é um dever de assistência educacional, material e moral, a ser cumprido no interesse e em proveito do filho

menor, garantindo-lhe a sobrevivência física e o pelo desenvolvimento psíquico. É um poder-dever exercido no interesse da prole. Com a separação consensual, os pais decidem com quem ficam os filhos menores ou maiores incapazes, restando ao juiz apenas homologar esse acordo. Não há interferência do Estado nesses casos, a menos que alguma das decisões tomadas possa não resguardar o melhor interesse do menor (BRITO; CAMPOS, 2006, p. 296).

Marodin (1996) ainda destaca que a mediação pode ser útil para elucidar sobre o desenvolvimento e as necessidades dos filhos no futuro. A decisão acertada da guarda e o consenso no momento da separação são fatores de sucesso para a nova estrutura familiar e das relações decorrentes dela.

### 3.3.3 Atuação nos alimentos

Marodin (1996) ilustra que “é obrigação de ambos os pais proverem o sustento de seus filhos. Não pode o pai guardião renunciar à pensão a que têm direito os filhos, ainda que dela não precisem”. De fato, é o que elenca a legislação brasileira no art. 1.694, CC, quando prevê o direito aos alimentos e a sua cobrança entre os familiares.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Buscando sempre a razoabilidade, a mediação auxilia a delimitar o binômio possibilidade X necessidade em que o foco da discussão é o *quantum* que deve ser pago pelo responsável pela pensão. Para Marodin (1996), a mediação serve para esclarecer o orçamento dos pais e analisar a capacidade que cada um deles tem para pagamento de sua parte com relação às despesas necessárias para o desenvolvimento digno de seus filhos. Na sessão de mediação, o diálogo acerca das receitas e despesas de cada indivíduo

é conduzido pelo mediador de forma que as partes conflitantes possam encontrar uma solução que seja justa para o filho e viável para ambos no que se refere à pensão alimentar.

A escolha pela mediação ao invés dos “meios legais” nada mais é do que uma via complementar, não tirando o poder de excoutoriedade perante o Poder Judiciário; Thomé (2007) nos diz, ao tratar do assunto, que:

O credor dos alimentos dispõe de mecanismos legais para ver satisfeito o seu crédito. As normas processuais vinculam e responsabilizam o patrimônio do devedor, inclusive com a possibilidade de restringir sua liberdade, decretando a prisão civil, que não tem caráter criminal, mas sim caráter executivo, sendo utilizado como meio coercitivo para compelir o pagamento dos alimentos devidos. [...] As técnicas de mediação podem auxiliar o poder judiciário e o credor na busca da satisfação de seu crédito alimentar. Para isso, em termos legais, a mediação nas ações de execução de alimento apoia-se no preceito do artigo 599 do Código de Processo Civil, localizado no Capítulo V, das disposições gerais, que prevê ao juiz a possibilidade, a qualquer momento da execução, de ordenar o comparecimento das partes (THOMÉ, 2007, p. 424).

No que diz respeito aos alimentos, ressalta-se que tanto alimentos referentes aos filhos como os referentes à ex-cônjuges, podem ser tratados na mediação.

### **3.3.4 Mediação familiar e alienação parental**

Com o fim da relação conjugal, é comum ocorrer que um dos genitores demonstre mágoas, ressentimentos oriundos do fim do vínculo conjugal e passe a fazer uma verdadeira campanha visando desmoralizar a imagem do outro e até mesmo impedir a convivência familiar com os filhos. Tal comportamento caracteriza a Síndrome de Alienação Parental. Menezes (2007) aponta que nos casos em que um dos cônjuges se sinta enciumado e inconformado com a separação, a pior reação possível é a incitação dos filhos ao ódio pelo outro genitor denegrindo e, por vezes, destruindo a imagem deste. Pena Júnior (2008):

Fruto do conflito estabelecido entre os genitores, a alienação parental consiste na atitude egoísta e desleal de um deles – na maioria das vezes o genitor-guardião, no

sentido de afastar os filhos do convívio com o outro. Deste processo emerge a chamada Síndrome de Alienação Parental, que nada mais é que a nova conduta agressiva e de rejeição que passa a se ter a prole em relação ao genitor que deseja afastar-se do convívio. (PENA JÚNIOR, 2008, p.226)

A Síndrome de Alienação Parental viola os seguintes princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança e do adolescente, prevalência e convivência familiar, afetividade e paternidade responsável, no dia 26 de agosto de 2010, foi promulgada a Lei 12.318, popularmente conhecida como Lei da Alienação Parental, visando proteger crianças e adolescentes vítimas desse mal. Apesar do inegável sucesso da referida Lei, grande parte das lides judiciais não conta com a colaboração dos genitores alienadores. Eis que surge a mediação familiar no âmbito da alienação parental. Num primeiro momento, houve revogação do art. 9º da Lei da Alienação Parental, artigo este que trazia a mediação como forma de resolução de conflito.

De acordo com Russi (2012):

O artigo que previa mediação na lei no 12.318/2010 foi suprimido por se entender que a convivência familiar é direito indisponível, não cabendo sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, e, ainda, frente à aplicação do princípio da intervenção mínima, que refere que eventual medida de proteção deve ser exercida apenas por aquelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável. (RUSSI, 2012, p. 42)

Apesar do veto, diversos Tribunais do país vêm utilizando a mediação familiar como forma de resolução de litígios envolvendo menores. Ademais, cabe mencionar que a mediação familiar protege a vida pessoal da exposição causada pelo processo judicial. Apesar de correr em segredo de justiça, testemunhas são arroladas, perícias são requeridas e cada vez mais a privacidade das partes é abalada. Por consequência, ao evitar tal exposição desnecessária, protege-se tanto a dignidade da pessoa humana quanto os direitos de personalidade consagrados pela Constituição Federal.

Nota-se que inúmeras são as vantagens da utilização da mediação em casos de dissolução conjugal, uma vez que busca meios de amenizar traumas advindos da ruptura familiar em razão da segurança e do desenvolvimento dos filhos. Outrossim, a mediação,

além de minimizar os custos, agiliza a parte judicial e efetiva a garantia constitucional de tempo razoável para o processo.

### **3.3.5 A mediação frente à crise: o dever de propagar sua utilização**

A mediação, como o já exposto, surge como uma forma de auxílio diante do desgaste que a Justiça brasileira tem gerado àqueles que a ela recorrem. Diante disto, o socorro que tal meio propõe principalmente ao âmbito das lides familiares, torna-se fundamental para se chegar novamente ao patamar de credibilidade da Justiça perante a sociedade brasileira.

Apesar de tantas benfeitorias, percebe-se que não só a mediação como os demais meios autocompositivos, não têm tido a receptividade devida e, em muitos casos, até mesmo um desvirtuamento de sua real razão, não existindo uma orientação fidedigna sobre suas finalidades. Tal fato tem gerado diversos transtornos, pois, o que seria uma forma de solucionar problemas tem gerado tantos outros. Com isto, devemos nos voltar ao estado preparatório, desde os primórdios até a atuação de fato, no que se refere à formação do profissional de direito.

Facilmente podemos constatar a ausência de discussões a respeito do tema em nível de graduação, não havendo nenhum componente curricular que trate do tema de maneira ampla, sendo restrito apenas a pequenas discussões que não agregam conhecimento suficiente nem ao menos cria um senso crítico nos estudantes.

Por outro lado, tratando dos profissionais atuantes de repartições públicas como o PROCON, presencia-se o uso indiscriminado da conciliação, até mesmo em situações que não é cabível, o que gera uma descredibilidade também aos meios extrajudiciais, diante da evidente falta de conhecimento, de preparação e da carência de entendimento no momento de identificar os métodos mais adequados para cada caso.

Temos ainda a atuação dos profissionais do Direito. A figura do advogado carrega consigo um peso ainda maior, uma vez que deve orientar diretamente àqueles que estão vivenciando o problema, sendo o gestor dos conflitos, devendo exaltar os meios autocompositivos como sendo meios tão ou mais eficientes que o processo judicial, obviamente, nos casos em que for pertinente.

Partindo deste propósito, não só o mediador, o conciliador ou o árbitro que necessita de um preparo, mas todos àqueles que atuam nos seguimentos do Direito, devendo haver uma maior preocupação em proporcionar tal preparo, uma vez que os métodos não jurisdicionais são mundialmente reconhecidos como eficazes na solução de conflitos, em especial, no direito das famílias.



#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A família enquanto base de nossa sociedade necessita de um maior cuidado no tratar de suas divergências. Conflitos referentes à guarda dos filhos, visitas, ou necessidades destas, podem ser resolvidos com uma conscientização dos litigantes, de um maior cuidado na proteção das crianças e de seus direitos, para que estes não sejam usados como meio de atingir ex- parceiros. Os benefícios da atuação da mediação são inúmeros e precisam ser garantidos como a melhor escolha para litigantes, judiciário, e população.

Concluimos com esse trabalho que os meios alternativos de solução de conflitos já vinham sendo utilizados há um tempo como recursos para solução de conflitos, porém seu reconhecimento só se deu com o advento da Lei 13140/2015, que positivou sua existência.

Sua discussão se torna importante diante do desconhecimento sobre tais institutos, que notadamente precisam de um maior estímulo para o aumento de sua procura, tendo em vista que o senso comum é de apenas buscar a justiça. Além disto, a utilização de tais artifícios tende a evitar outros conflitos desencadeados por um processo judicial, como a alienação parental, diante de uma decisão considerada injusta por quem se sentiu afetado.

O Novo Código de Processo Civil de 2015 agregou esses meios em diversos artigos e, mesmo sendo velhos conhecidos do direito brasileiro, nos últimos anos, eles foram mais evidenciados, porém ainda não se trata como uma unanimidade. Percebe-se, portanto, que os profissionais do Direito, também devem estar preparados para realizar orientações para introduzir os meios extrajudiciais na solução de lides, naquilo que os couber, sendo fundamental sua atuação para a promoção de uma mudança efetiva. A tendência em ampliar os meios de acesso à justiça demanda um maior apoio por aqueles que atuam na área, devendo ser propagada uma conscientização desde a formação do profissional e até mesmo após, trazendo cada vez mais formas de conhecimento e preparo adequado às inúmeras particularidades que vivenciamos.

Esta pesquisa procurou abordar os pontos mais importantes para a defesa da aplicação do instituto da mediação no Direito das Famílias como alternativa eficaz na resolução dos conflitos, e da celeridade processual que este meio proporciona. Buscamos também demonstrar porquê de a mediação ser entendida como sendo o meio mais adequado para o Direito das famílias, diante de seu caráter de solucionar não só o conflito, mas também melhorar o convívio entre os litigantes.

Verificamos ainda os inúmeros benefícios da aplicação dos institutos não jurisdicionais na resolução de conflitos no âmbito do Direito das Famílias, benefícios estes que refletem não só em nossa sociedade, mas no próprio Poder Judiciário.

Percebe-se também a necessidade em trazer ao público um estímulo gradativo dos métodos autocompositivos, propiciando uma maior conscientização sobre estes meios, mostrando-os como sendo uma forma desburocratizada de resolver litígios de forma ágil, pacificadora, o que evita a formação de novos problemas decorrentes de decisões desfavoráveis.

Ademais, além de solucionar a insatisfação perante a população brasileira tais métodos mostram-se como uma forma mais econômica, o que proporciona melhorias ao próprio Estado, gerando uma cadeia de benefícios mútuos.

Conclui-se, portanto, que diante dos inúmeros modelos de família que têm surgido ao longo dos anos, novos conflitos têm surgido, sendo necessário um maior preparo para não superlotar (ainda mais) as varas de famílias.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 05.01.1916.

BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 11.01.2002.

BRASIL. Lei nº 12.318, **de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 27.8.2010.

BRASIL. **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. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 29.6.2015.

BRASIL. **Lei 13.105, de Março de 2015. Código de Processo Civil**. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 17.3.2015.

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

BRITO, Enrica **O papel da mediação no direito de família: separação e guarda compartilhada.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha;

BUSH, Robert **The promise of mediation: the transformative approach to conflict.** Ed. rev. São Francisco, CA, EUA: Jossey-Bass, 2005.

CACHAPUZ. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família.** Citado por RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson in A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família.** Curitiba: Juruá, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPARELLI, J.C. **Manual sobre o matrimônio no Direito Canônico.** São Paulo: Paulinas, 1999. P.20.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125/2010: Código de Ética de Conciliadores e Mediadores.** [2010]. Disponível em: 14165812.pdf. Acesso em: 31 mar. 2018.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CRUZ, Sáskya Narjara Gurjel da. **O estudo da mediação: uma análise principiológica.** In: SALES, Lília Maria de Moraes (Org.). Estudos sobre a Efetivação do Direito na Atualidade: a cidadania em debate. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.

DA ROSA, Conrado Paulino. **A Justiça que tarda, falha: a Mediação como nova alternativa no tratamento dos conflitos familiares.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 61, agost./set. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado: texto integral. Traduzido por Ciro mioranza.** 2ª edição. Rev. São Paulo: Escala, [S.D]. (Coleção grandes obras do pensamento universal, v.2)

FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIUZA, César. **Teoria geral da Arbitragem.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** Vol. 6. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUNTHER, Luiz Eduardo. (Coord). **Manual elementar de mediação e conciliação judicial.** Curitiba: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 2013. Disponível em:

<[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tOPsXYmLdwJ:8nnternet\\_base/arquivo\\_download.do%3Fevento%3DBaixar%26idArquivoAnexadoPlc%3D3498082+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tOPsXYmLdwJ:8nnternet_base/arquivo_download.do%3Fevento%3DBaixar%26idArquivoAnexadoPlc%3D3498082+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>.

HAYNES, John M. **Fundamentos da mediação familiar.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias.** 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUZ, Jovanka da. Gandhi e Mediação: **os princípios da não-violência, da justiça e do amor.** In: SALES, Lília Maria de Moraes (Org.). Estudos sobre a Efetivação do Direito na Atualidade: a Cidadania em Debate. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo - **MESC'S - Uma visão Geral de Conceitos e Aplicações Práticas,** 2ªed.2004.

MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação: estratégia práticas para resolução de conflitos.** Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 131.

MOORE. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos.** Citado por MOTTA, Verônica A. da. Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson in **A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 63.

NETO LÔBO, Paulo Luiz, "**Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além donumerus clausus". Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>.

PENA JÚNIOR, Moacir Cesar. **Direitos das Pessoas e das Famílias**: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.12.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. V. 11º Ed. Rio de Janeiro: forense, 1997, p 31.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodri go?s equence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodri%20go?s%20equence=1)>.

PEREIRA, Tânia da Silva. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 291-324.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Direito de Família**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V 6.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RUIZ, Ivan Aparecido. **A mediação e o direito de família**. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 75-105, jul./set. 2005.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Ouidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania**. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/787/1647>>. Acesso em: 02 abr. 2017, p. 160.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na constituição de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Antônio Hélio. **Arbitragem, mediação e conciliação**. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 17-37.

SILVA, João Roberto da. **A mediação e o processo de mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

STOLZE, Pablo. **Novo curso de direito civil**, volume 6: Direito de família — As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 5 : direito de família. 9. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

WEIZENMANN, Cristina. **A Mediação Como Meio de Resolução de Conflitos no Direito de Família**. 2009. Monografia. Univates, Lajeado.

## A USUCAPIÃO NO DIREITO BRASILEIRO

### **GABRIEL CARDOSO LOPES:**

Pós-graduação lato sensu em Direitos Difusos e Coletivos e Assessor Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia<sup>179</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo principal realizar uma análise das diversas espécies de usucapião existentes no ordenamento jurídico pátrio, as suas hipóteses de cabimento e requisitos legais, bem como os posicionamentos prevalentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente no que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal (STF). Nota-se que tal instituto se relaciona à intervenção do Estado na propriedade privada, que é um direito fundamental com previsão constitucional, razão pela qual deve sempre ser aplicado em estrita observância à legalidade. Apresenta como problema que tais instrumentos estão previstos em diversos diplomas, o que muitas vezes dificulta a atuação dos operadores do direito. É concluído, então, que a usucapião é um instrumento de garantia do direito à moradia, cuja legitimidade tem fulcro na própria Constituição, razão pela qual se observada a espécie e do procedimento adequados, surge o direito de propriedade originário do usucapiente.

**Palavras-chave:** Direito à propriedade privada. Função social da propriedade. Usucapião. Prescrição aquisitiva. Usucapião comum. Usucapião ordinário. Usucapião tabular. Usucapião extraordinário. Usucapião rural. Usucapião urbano. Usucapião pro habitare. Usucapião conjugal. Usucapião coletiva. Usucapião indígena.

### **INTRODUÇÃO**

O presente estudo realiza uma abordagem das diversas modalidades de usucapião existentes no ordenamento jurídico pátrio, bem como as suas hipóteses de cabimento e requisitos legais.

Nesta senda, tal instituto se relaciona tanto ao direito de propriedade, quanto à posse, que são direitos fundamentais com previsão constitucional, razão pela qual a usucapião deve sempre ser aplicada em estrita observância à legalidade.

---

179 E-mail: cardosolopes.gabriel@gmail.com

Além disso, nota-se que a usucapião está prevista em diversos diplomas, o que muitas vezes dificulta a atuação dos operadores do direito. Existem espécies de usucapião dispostas na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB); no Código Civil; e no Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001); sendo que muitas vezes os diplomas versam sobre a mesma modalidade do instituto.

Desse modo, o trabalho busca demonstrar as semelhanças e diferenças entre as espécies de usucapião, bem como os posicionamentos prevalentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente no que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal (STF).

A metodologia utilizada no trabalho baseia-se em pesquisa bibliográfica, tendo em vista que se utiliza da legislação brasileira, de artigos de recursos informativos, dissertações, revistas, utilizando o método dedutivo.

## **1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA USUCAPIÃO.**

De início, importa registrar que “usucapião” é uma expressão feminina (FIGUEIREDO<sup>180</sup>):

A usucapião constitui instituto sedimentado pelo Corpus Iuris Civilis de Justiniano. Etimologicamente, significa a *capio* ou *capionis* (tomada, aquisição, ocupação) por meio do *usu* (uso). Trata-se de expressão no feminino a significar a ocupação da coisa por meio do uso. Exatamente por isso é que a expressão é consagrada no gênero feminino, como consta na Lei 6.969/81, no Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001), no Código Civil de 2002, no Direito Francês, Espanhol, Italiano e Inglês.

A usucapião é um instituto jurídico por meio do qual o indivíduo que fica na posse de um bem móvel ou imóvel por determinados anos agindo como se fosse dono, adquire a propriedade ou outros direitos reais a ele relacionados, desde que cumpridos os requisitos legais.

De acordo com CAVALCANTE<sup>181</sup>, “alguns autores, especialmente mais antigos, afirmam que a usucapião também pode ser chamada de prescrição aquisitiva [...] faz com

---

180 FIGUEIREDO, Luciano; e FIGUEIREDO, Roberto. Direito Civil Parte Geral. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 557.

181 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Impossibilidade de declaração de ofício da usucapião. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:



que a pessoa adquira um determinado direito em virtude de ter ficado na posse daquele bem como se fosse o dono durante alguns anos, período no qual o proprietário original manteve-se inerte e não questionou essa posse”.

Ainda segundo o professor<sup>182</sup>:

Em contraposição aos direitos pessoais, que decorrem das relações humanas mediante o exercício do direito pelo credor contra o devedor, os direitos reais recaem sobre bens corpóreos, mediante o exercício de poderes imediatos e diretos sobre os bens, em caráter permanente e com direito de sequela.

Assim, não se verifica a prescrição dos direitos reais do titular sobre o bem ou o direito de reaver a coisa, independentemente do período de tempo em que ficou afastado da posse ou do simples uso. O que se verifica, na verdade, é a perda do bem diante do surgimento de algum direito em favor de uma terceira pessoa perante o mesmo bem, como é o caso da usucapião.

A usucapião é um modo de aquisição originária da propriedade, tornando irrelevante quaisquer direitos que terceiros tenham sobre o bem, bastando estar demonstrada a posse contínua, mansa e pacífica durante o prazo legal, com animus domini e sem contestação, independentemente do conhecimento ou não da posse pelo antigo proprietário, não havendo discussão quanto ao elemento subjetivo das partes.

Para TARTUCE<sup>183</sup>, a usucapião possui, essencialmente, 5 (cinco) requisitos:

---

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/20b5e1cf8694af7a3c1ba4a87f073021>>  
. Acesso em: 19/11/2023

182 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Prescrição aquisitiva começa do exercício da posse ad usucapionem. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1f1a330a04265fcc56b37df4f9bc529c>>. Acesso em: 19/11/2023

183 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

a) Posse com intenção de dono (animus domini) – entra em cena o conceito de posse de Savigny, que tem como conteúdo o corpus (domínio fático) e o animus domini (intenção de dono). [...]

b) Posse mansa e pacífica – exercida sem qualquer manifestação em contrário de quem tenha legítimo interesse, ou seja, sem a oposição do proprietário do bem. Se em algum momento houver contestação dessa posse pelo proprietário, desaparece o requisito da mansidão.

c) Posse contínua e duradoura, em regra, e com determinado lapso temporal – posse sem intervalos, sem interrupção. Como exceção a ser estudada, o art. 1.243 do CC admite a soma de posses sucessivas ou accessio possessionis. Quanto à duração, há prazos estabelecidos em lei, de acordo com a correspondente modalidade de usucapião. [...]

d) Posse justa – a posse usucapível deve se apresentar sem os vícios objetivos, ou seja, sem a violência, a clandestinidade ou a precariedade. Se a situação fática for adquirida por meio de atos violentos ou clandestinos, não induzirá posse, enquanto não cessar a violência ou a clandestinidade (art. 1.208, 2.<sup>a</sup> parte, do CC). [...]

e) Posse de boa-fé e com justo título, em regra – a usucapião ordinária, seja de bem imóvel ou móvel, exige a boa-fé e o justo título (arts. 1.242 e 1.260 do CC). Para outras modalidades de usucapião, tais requisitos são até dispensáveis, como se verá mais adiante, havendo uma presunção absoluta ou iure et de iure de sua presença.

Note-se que, conforme ensinamento de CARVALHO FILHO<sup>184</sup>, a Administração Pública direta e indireta pode adquirir bens por usucapião: “A lei civil, ao estabelecer os requisitos para a aquisição da propriedade por usucapião, não descartou o Estado como possível titular do direito. Segue-se, pois, que, observados os requisitos legais exigidos para os possuidores particulares de modo geral, podem as pessoas de direito público adquirir bens por usucapião. Esses bens, uma vez consumado o processo aquisitivo, tornar-se-ão bens públicos”.

Nessa linha intelectual, ainda conforme o referido autor, importa registrar que:

---

<sup>184</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019

Como os imóveis públicos não são suscetíveis de ser adquiridos por usucapião, conforme averba o art. 183, § 3º, da CF, sentiu-se a necessidade de adotar para eles outro instrumento que guardasse similitude com aquele instituto, sempre tendo em mira atender às necessidades reclamadas pela política urbana. Foi então instituída a concessão de uso especial para fins de moradia, disciplinada pela Medida Provisória no 2.220, de 4.9.2001. Sendo instrumento recente, vale a pena alinhar sucintamente algumas observações sobre seu regime jurídico. Antes, porém, cumpre salientar que ambos os instrumentos têm como núcleo central o direito à moradia, sem dúvida um dos direitos fundamentais dos indivíduos. Desse modo, pode dizer-se que o direito à propriedade, no usucapião, e o direito ao uso de imóvel público, na concessão de uso especial, retratam direitos-meio para o exercício do direito-fim – este o direito à moradia, verdadeiro pano de fundo daqueles outros direitos. Esse aspecto não deve ser esquecido na medida em que o Estatuto da Cidade inclui o direito à moradia como um dos fatores que marcam as cidades sustentáveis (art. 2º, I, Estatuto da Cidade). Constitui, pois, uma das diretrizes de política urbana, de modo que outros instrumentos devem ser instituídos para tal desiderato política urbana

Em regra, o usucapiente pode contabilizar a posse do antecessor, desde que contínua. No caso da usucapião ordinária e da usucapião tabular, contudo, tanto o possuidor atual, quanto o(s) antecessor(es) cuja posse se pretenda utilizar para fins de usucapião precisam ter justo título e estar de boa fé.

Os arts. 1.241, 1.243 e 1.244 do Código Civil dispõem acerca do tema:

Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Art. 1.243. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus

antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.

Art. 1.244. Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião.

Registre-se, ademais, que, para o Superior Tribunal de Justiça, é possível o reconhecimento da usucapião de bem imóvel com a implementação do requisito temporal no curso da demanda, sendo certo que a contestação apresentada pelo réu não impede o transcurso do lapso temporal, pois a peça defensiva não tem a capacidade de exprimir a resistência do demandado à posse exercida pelo autor, mas apenas a sua discordância com a aquisição do imóvel pela usucapião (STJ. 3ª Turma. REsp 1.361.226-MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 05/06/2018)185.

Embora não seja comum, é juridicamente possível o reconhecimento de usucapião de bem móvel. Ela é classificada em ordinária, se houver justo título e boa-fé, caso em que o prazo de aquisição da propriedade é de 3 (três) anos, e em extraordinária, cujo prazo é de 5 (cinco) anos, mas não é exigido nenhum outro requisito. Para melhor elucidar a questão, vejamos:

Art. 1.260. Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.261. Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé.

Art. 1.262. Aplica-se à usucapião das coisas móveis o disposto nos arts. 1.243 e 1.244.

Por fim, DI PIETRO<sup>186</sup> leciona que:

Embora não mais previsto na Constituição, havia até recentemente o usucapião especial disciplinado pela Lei nº 6.969, de 10-12-81, que

---

185 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É possível o reconhecimento da usucapião de bem imóvel com a implementação do requisito temporal no curso da demanda. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7eb532aef980c36170c0b4426f082b87>>. Acesso em: 19/11/2023

186 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020

incidia sobre terras devolutas situadas na área rural, após o período de cinco anos de posse ininterrupta e sem oposição, além de outros requisitos anteriormente estabelecidos para o usucapião pro labore: morada e cultivo da terra com o próprio trabalho, inexistência de outro imóvel de que seja proprietário o interessado, área não superior a 25 ha. A Constituição de 1988, lamentavelmente, proibiu qualquer tipo de usucapião de imóvel público, quer na zona urbana (art. 183, § 3º), quer na área rural (art. 191, parágrafo único), com o que revogou a Lei nº 6.969/81, na parte relativa aos bens públicos. Essa proibição constitui um retrocesso por retirar do particular que cultiva a terra um dos instrumentos de acesso à propriedade pública, precisamente no momento em que se prestigia a função social da propriedade.

Pois bem. A usucapião pode ser rotulada em comum e especial. No primeiro caso, a usucapião se subdivide em usucapião ordinária e usucapião extraordinária. Na segunda hipótese, a usucapião é classificada em usucapião rural, usucapião urbana e usucapião coletiva.

Vejamos as características de cada modalidade de usucapião.

## **2. USUCAPIÃO COMUM**

A usucapião comum é aquela cujo maior aliado é o transcurso do tempo, sendo exigido, quando muito e a depender da espécie, apenas justo título e boa-fé. Não se confunde com a usucapião especial, para a qual, além do tempo, é imprescindível que o imóvel sirva de moradia ou, ao menos, que sejam nele realizadas obras ou serviços produtivos, como será visto adiante.

Outra característica marcante da usucapião comum, é que ela pode ocorrer indistintamente em imóveis urbanos ou rurais, bem como que o usucapiente pode usucapir mais de um imóvel, utilizando o instituto quantas vezes necessárias, desde que observados os requisitos legais para tanto.

### **2.1 USUCAPIÃO ORDINÁRIA**

A usucapião ordinária está prevista no art. 1.242, *caput*, do Código Civil.

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Como visto, é possível usucapião ordinária tanto de imóvel rural, quanto de imóvel urbano, sendo o prazo, em ambos os casos, de 10 (dez) anos. Para tanto, necessária a existência de justo título e de boa-fé.

Quanto ao justo título, TARTUCE187 leciona:

No que toca ao justo título, é fundamental a citação novamente do Enunciado n. 86 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevendo que a expressão abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro. Em outras palavras, deve ser considerado justo título para a usucapião ordinária o instrumento particular de compromisso de compra e venda, independentemente do seu registro ou não no Cartório de Registro de Imóveis

## **2.2 USUCAPIÃO TABULAR OU DOCUMENTAL OU POR COVALESCENÇA REGISTRAL**

A usucapião tabular ou documental ou por coalescência registral, por sua vez, tem disposição no parágrafo único do art. 1.242 do Código Civil, de modo que é, em verdade, um desdobramento da espécie anterior.

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Além dos requisitos da usucapião ordinária, a usucapião tabular depende que o justo título existente – adquirido onerosamente – tenha sido cancelado e que o imóvel sirva de moradia ou de investimento de interesse social.

---

187 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

O objetivo do legislador foi proteger o adquirente de boa-fé, que comprou bem imóvel onerosamente e, *a posteriori*, foi surpreendido com o cancelamento do título. Tãmanha a necessidade de conferir segurança jurídica a esse indivíduo, foi incluída ressalva expressa no art. 214, § 5º, da Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015/1973):

Art. 214 - As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta.

§ 1º A nulidade será decretada depois de ouvidos os atingidos.

§ 2º Da decisão tomada no caso do § 1º caberá apelação ou agravo conforme o caso.

§ 3º Se o juiz entender que a superveniência de novos registros poderá causar danos de difícil reparação poderá determinar de ofício, a qualquer momento, ainda que sem oitiva das partes, o bloqueio da matrícula do imóvel.

§ 4º Bloqueada a matrícula, o oficial não poderá mais nela praticar qualquer ato, salvo com autorização judicial, permitindo-se, todavia, aos interessados a prenotação de seus títulos, que ficarão com o prazo prorrogado até a solução do bloqueio.

§ 5º A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel.

A usucapião em apreço, como a anterior, também pode ocorrer em imóveis urbanos ou rurais, mas, diante das particularidades acima indicadas, seu prazo é de somente 5 (cinco) anos.

### **2.3 USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA**

A usucapião extraordinária está disposta no art. 1.238 do Código Civil.

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Seu prazo é, como regra, 15 (quinze) anos. Entretanto, pode ser reduzido para 10 (dez) anos se o imóvel servir de moradia ou apresentar obras ou serviços produtivos. Note-se, portanto, que o fato de o imóvel servir como moradia ou possuir caráter produtivo não é circunstância propriamente constitutiva do direito à usucapião, mas sim causa de redução do tempo necessário para usucapir, em franco benefício ao usucapiente que cumpriu a função social da propriedade rural ou urbana, conforme o caso.

Especificamente acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a usucapião extraordinária pode ser de área inferior ao "módulo urbano". Essa já era o entendimento prevalecente na doutrina. Por todos, CARVALHO FILHO<sup>188</sup>: "a previsão em lei municipal de módulo urbanístico com área superior à prevista para os institutos anteriormente citados (250m<sup>2</sup>) não impede que o possuidor, preenchidos os demais requisitos, tenha o direito à usucapião urbana, e isso porque os elementos do direito subjetivo têm definição no art. 183 da CF [...] o tecido social do instituto deve preponderar sobre o formalismo de leis locais urbanísticas".

No julgamento do REsp 1667842/SC189, em consonância com o julgamento do RE 422349/RS pelo Supremo Tribunal Federal, foi decidido pela Corte da Cidadania que:

Se forem preenchidos os requisitos do art. 1238 do CC/2002, a pessoa terá direito à usucapião extraordinária e o fato de o imóvel em questão não atender ao mínimo dos módulos urbanos exigidos pela legislação municipal para a respectiva área (dimensão do lote) não é motivo suficiente para se negar esse direito, pois não há na legislação ordinária própria à disciplina da usucapião regra que especifique área mínima. Para que seja deferido o direito à usucapião extraordinária basta o preenchimento dos requisitos exigidos pelo Código Civil, de modo que não se pode impor obstáculos, através de leis municipais, para impedir que se aperfeiçoe, em favor de parte interessada, o modo originário de aquisição de propriedade.

---

188 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019

189 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Usucapião extraordinário e possibilidade de a área do imóvel ser inferior ao "módulo urbano". Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/202ed3792e2cfa7318b12ead83763c37>>. Acesso em: 19/11/2023



### **3. USUCAPIÃO ESPECIAL**

A usucapião especial, por sua vez, tem como característica que o imóvel sirva como moradia do usucapiente, possuindo, de pronto, prazos menores em relação às espécies de usucapião comum.

#### **3.1 USUCAPIÃO RURAL**

A usucapião rural tem amparo constitucional, no art. 191 da Constituição da República:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Ocorre que o dispositivo da Carta Magna foi integralmente copiado no art. 1.239 do Código Civil:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Como seu próprio nome indica, essa espécie de usucapião é restrita a imóveis rurais, e tem como prazo 5 (cinco) anos.

Seus requisitos são que o imóvel rural possua até 50 (cinquenta) hectares; sirva para produção familiar; sirva de moradia; e que o usucapiente não possua outro imóvel.

Para o Superior Tribunal de Justiça, presentes os requisitos exigidos no art. 191 da CF/88, o imóvel rural cuja área seja inferior ao "módulo rural" estabelecido para a região (art. 4º, III, da Lei 4.504/1964) poderá ser adquirido por meio de usucapião especial rural

(STJ. 4ª Turma. REsp 1.040.296-ES, Rel. originário Min. Marco Buzzi, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/6/2015)190.

Registre-se que na prática forense se verifica o emprego da nomenclatura usucapião *pro labore*, entretanto, essa denominação não é a mais técnica. Isso porque a posse-trabalho não é uma espécie de usucapião, mas sim uma característica presente em diversas espécies, que consiste em tornar o bem imóvel produtivo por meio do trabalho.

### 3.2 USUCAPIÃO URBANA

A usucapião urbana pode ser de duas subespécies: *pro habitare* ou *pro misero* e familiar, conjugal, especialíssima ou residencial. Ambos só podem ser utilizados uma vez, por expressa previsão legal.

### 3.3 USUCAPIÃO PRO HABITARE OU PRO MISERO

A usucapião urbana *pro habitare* ou *pro misero* é a espécie de usucapião com maior número de previsões normativas. Ela tem assento no art. 183 da Constitucional da República Federativa do Brasil:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Além disso, conta com reprodução no art. 1.240 do Código Civil:

---

190 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Usucapião especial rural e área do imóvel inferior ao módulo rural. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1579779b98ce9edb98dd85606f2c119d>>. Acesso em: 19/11/2023

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Por fim, consta também no art. 9º do Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001):

Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Trata-se de espécie de usucapião voltada exclusivamente aos imóveis urbanos e que conta com prazo de 5 (cinco) anos.

Seus requisitos são que o imóvel tenha até 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados – podendo ser unidade autônoma em condomínio; sirva de moradia; e que o usucapiente não possua outro imóvel. Há previsão específica de que o herdeiro somente continua a posse do posseiro anterior se residir no imóvel ao tempo da sucessão.

Quanto ao aproveitamento do tempo anterior de posse de terceiros para complementação do quinquênio necessário à declaração de prescrição aquisitiva, esse

pode ser pela soma das posses *inter vivos* (*accessio possessionis*) ou pela soma das posses *causa mortis* (*sucessio possessionis*). O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.799.625-SP, decidiu que isso não seria possível a *accessio possessionis* – mas, somente a *sucessio possessionis* – no caso de usucapião especial urbana:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA - USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA (arts. 183 da CRFB/88, 1.240 do CC/02 e 9º da Lei nº 10.257/2001) - PRETENSÃO PETITÓRIA DEDUZIDA EM RECONVENÇÃO - TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, AO REFORMAR A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, ACOLHE O PEDIDO DECLARATÓRIO DE PRESCRIÇÃO AQUISITIVA E JULGA IMPROCEDENTE AQUELE VEICULADO EM RECONVENÇÃO (pleito reivindicatório). INSURGÊNCIA DOS RÉUS/RECONVINTES. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA - CARÁTER PESSOAL/FAMILIAR - INCOMPATIBILIDADE COM O INSTITUTO DA ACCESSIO POSSESSIONIS (art. 1.243 do CC) - IMPOSSIBILIDADE DE ACRÉSCIMO DE POSSES ANTERIORES - LAPSO QUINQUENAL NÃO ALCANÇADO.

Hipótese: ação de usucapião especial urbana ajuizada por promissários compradores de imóvel urbano, cujo pedido foi julgado procedente pela Corte estadual, ao reformar a sentença em sede de apelação, com fundamento no instituto da *accessio possessionis* - somatório das posses anteriores -, a teor do que dispõe o artigo 1.243 do Código Civil.

1. A usucapião especial urbana, introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição da República de 1988, consubstancia expressão da política de desenvolvimento urbano pautada pelo caráter social do direito à moradia - enquanto desdobramento da garantia à dignidade da pessoa humana. Referido instituto destina-se, portanto, uma vez satisfeitos os requisitos previstos na Carta Magna, à concretização da justiça social e do acesso à moradia.

1.1 De acordo com o seu aparato normativo - constitucional e infraconstitucional, a referida modalidade de usucapião apresenta como pressupostos: a) área urbana (a ser usucapida) não superior a 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados); b) posse mansa e pacífica de 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, com *animus domini*; c) imóvel utilizado como moradia do possuidor ou de sua família, e d) o possuidor não seja proprietário de outro imóvel urbano

ou rural, não lhe tendo sido deferida a usucapião especial urbana em outra ocasião.

2. A *accessio possessionis*, prevista no Diploma Substantivo Civil desde o Código de 1916, traduz-se na possibilidade de crescer, para fins de implemento do prazo prescricional aquisitivo, a posse exercida anteriormente, contanto que todas sejam contínuas e pacíficas (artigo 1.243 do Código Civil vigente).

3. Distancia-se do escopo constitucional a compatibilidade entre o instituto da *accessio possessionis* com a usucapião especial urbana, porquanto inarredável o caráter pessoal e humanitário inerente a essa. Trata-se de modalidade de aquisição da propriedade imóvel singular, com especificidades próprias, a exemplo do prazo relativamente diminuto, comparativamente aos demais modos, bem assim a exigência da finalidade precípua de moradia e de o requerente não ser titular de nenhum outro imóvel urbano ou rural.

3.1. Nesse sentido, destaca-se o enunciado n. 317, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, qual seja: "A *accessio possessionis* de que trata o art. 1.243, primeira parte, do Código Civil não encontra aplicabilidade relativamente aos arts. 1.239 e 1.240 do mesmo diploma legal, em face da normatividade do usucapião constitucional urbano e rural, arts. 183 e 191, respectivamente".

3.2 Na hipótese, de acordo com a moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias, a posse dos autores, coincidente com a celebração do compromisso de compra e venda, teve início em 20/12/2002, tendo a demanda sido ajuizada apenas em maio de 2004, em lapso temporal inferior a cinco anos e, portanto, insuficiente à declaração da prescrição aquisitiva, a impor o provimento do recurso especial.

4. Recurso especial provido, a fim de reformar o acórdão impugnado, restabelecendo a sentença proferida pelo magistrado singular (improcedência da ação e procedência da reconvenção).

(REsp n. 1.799.625/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 15/6/2023.)

Acerca da polêmica, assim esclarece CAVALCANTE<sup>191</sup>:

Em tese [...], é possível a soma das posses para fins de usucapião? Sim. Isso está previsto no art. 1.243 do Código Civil:

Art. 1.243. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.

A soma das posses inter vivos é chamada de *accessio possessionis*, algo como “compra da posse”.

A soma das posses *causa mortis*, isto é, decorrente de herança, é denominada *sucessio possessionis*.

[...] Se formos analisar apenas o Código Civil, vamos perceber que não existe nenhuma proibição de que seja feita a soma das posses para a usucapião especial urbana. O art. 1.243 do CC não restringe a possibilidade de acréscimo/soma de posses a alguma modalidade específica de usucapião. Assim, o art. 1.243 apresenta previsão de caráter genérico.

Vale ressaltar, contudo, que o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), que também rege a usucapião pro-moradia, autoriza apenas a *sucessio possessionis* (soma das posses *causa mortis*), não mencionando a possibilidade de *accessio possessionis*. [...]

Para o Superior Tribunal de Justiça, a destinação de parte do imóvel para fins comerciais não impede o reconhecimento da usucapião especial urbana sobre a totalidade da área (STJ. 3ª Turma. REsp 1.777.404-TO, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 05/05/2020). De acordo com o referido acórdão, em nenhum dispositivo legal é feita a exigência da exclusividade no uso residencial. O que a lei exige é que o imóvel pleiteado seja utilizado para a moradia do autor ou de sua família, mas não se proíbe que essa área seja produtiva, especialmente quando é utilizada para o sustento do próprio requerente,

---

<sup>191</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Não é possível aproveitar o tempo anterior de posse de terceiros para complementação do quinquênio necessário à declaração de prescrição aquisitiva no caso de usucapião especial urbana. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b32a29fd7425fb6b46049bf9e240cda1>>. Acesso em: 19/11/2023

logo, o exercício simultâneo de pequena atividade comercial pela família domiciliada no imóvel objeto do pleito não inviabiliza a usucapião buscada<sup>192</sup>.

No que diz respeito à vedação de que o usucapiente possua outro imóvel, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento segundo o qual o fato de os possuidores serem proprietários de metade do imóvel usucapiendo não faz incidir a vedação de não possuir “outro imóvel” urbano, contida no art. 1.240 do Código Civil (STJ. 3ª Turma. REsp 1.909.276-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 27/09/2022). Isso porque, para a Corte Superior, a usucapião especial urbana foi idealizada para contemplar as pessoas sem moradia própria, o que ocorre nessas hipóteses, já que o usucapiente eventualmente teria que remunerar o coproprietário para usufruir com exclusividade do bem<sup>193</sup>.

Outra particularidade da usucapião em comento está preceituada no art. 12, § 1º, do Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001), segundo o qual “na ação de usucapião especial urbana é obrigatória a intervenção do Ministério Público”.

### **3.4 USUCAPIÃO FAMILIAR OU CONJUGAL OU ESPECIALÍSSIMA OU RESIDENCIAL**

A usucapião familiar, conjugal, especialíssima ou residencial está prevista no art. 1.240-A do Código Civil:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

---

<sup>192</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A destinação de parte do imóvel residencial para fins comerciais (utilização mista: residencial e comercial) não impede o reconhecimento da usucapião especial urbana sobre a totalidade da área. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5fd2c06f558321eff612bbbe455f6fbd>>. Acesso em: 19/11/2023

<sup>193</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O fato de os possuidores serem proprietários de metade do imóvel usucapiendo não faz incidir a vedação de não possuir ‘outro imóvel’ urbano, contida no art. 1.240 do Código Civil. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7de64fd4ad48b97aa81f0250c25b899a>>. Acesso em: 19/11/2023

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Mais uma vez, trata-se de espécie de usucapião que diz respeito apenas aos imóveis urbanos. Tem como requisitos que o imóvel tenha até 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados; sirva de moradia; que o usucapiente seja coproprietário; tenha sido abandonado pelo cônjuge ou companheiro; e não possua outro imóvel.

A intenção do legislador foi tutelar os interesses do indivíduo cujo cônjuge abandonou o lar, circunstância que atravanca eventual alienação do imóvel, por exemplo, o que restringe sobremaneira o uso e gozo da propriedade, a depender do regime de bens adotado. Em razão disso, foi previsto prazo diminuto, o menor de todas as espécies de usucapião, de tão somente 2 (dois) anos.

Inclusive, para o Superior Tribunal de Justiça, a separação de fato por longo período afasta a regra de impedimento da fluência da prescrição entre cônjuges prevista no art. 197, I, CC (Art. 197. Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal) e viabiliza a efetivação da prescrição aquisitiva por usucapião (STJ. 3ª Turma. REsp 1.693.732-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 05/05/2020)194.

### **3.5 USUCAPIÃO COLETIVA**

A usucapião coletiva tem disposição no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001):

Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (Redação dada pela lei nº 13.465, de 2017)

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

---

194 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A separação de fato por longo período afasta a regra de impedimento da fluência da prescrição entre cônjuges prevista no art. 197, I, CC e viabiliza a efetivação da prescrição aquisitiva por usucapião. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ab73f542b6d60c4de151800b8abc0a6c>>. Acesso em: 19/11/2023



§ 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

Novamente, trata-se de usucapião específico de bem imóvel urbano e com prazo de 5 (cinco) anos. Entretanto, nessa espécie de usucapião, a área usucapienda é ocupada por núcleos urbanos informais, devendo ser levado em conta a divisão de até 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados por possuidor, que não pode ter outro imóvel.

CARVALHO FILHO<sup>195</sup> faz um paralelo entre a usucapião coletiva – de imóveis privados – com a concessão coletiva de uso especial de imóveis públicos, que, por sua natureza, não podem ser usucapidos:

O legislador, ainda, curvando-se a exigências urbanísticas inafastáveis, instituiu a concessão coletiva de uso especial para fins de moradia (art. 2º), à semelhança do usucapião especial coletivo de imóvel urbano particular, disciplinado pela Lei no 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Outorgar-se-á a concessão coletiva para moradia quando, em imóvel público urbano com área superior a 250 m<sup>2</sup>, haja ocupação por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, não sendo possível identificar os terrenos ocupados por possuidor. Aqui também há a exigência de que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Na concessão coletiva, a cada

---

195 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019

concessionário será atribuída igual fração ideal do terreno, e isso sem levar em conta a dimensão do terreno que cada possuidor ocupe. Ressalva-se apenas a celebração de acordo entre os ocupantes, no qual pode ser pactuada a atribuição de frações ideais diferenciadas. A fração ideal outorgada a cada possuidor não poderá exceder a 250 m<sup>2</sup>. Sem dúvida é singular, e até mesmo se afigura esdrúxulo, que a concessão seja outorgada para incidir sobre uma fração ideal do terreno. Entretanto, deve considerar-se que o instituto tem caráter urbanístico e visa a regularizar a situação imobiliária de infinito número de pessoas, integrantes do que a lei denominou de “população de baixa renda”. Além disso, procurou o legislador assemelhar esse tipo de concessão ao usucapião especial de imóvel urbano privado, figura em que, pela formação de condomínio, o domínio de fração ideal de terreno não acarreta qualquer estranheza. Por fim, é preciso aceitar que a ordem urbanística está mesmo a reclamar medidas jurídicas novas, ainda mais quando se cuida de garantir o bem-estar, a segurança e a comodidade das populações.

Assim como a usucapião *pro habitare* ou *pro misero*, aplica-se o art. 12, § 1º, do Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001), segundo o qual “na ação de usucapião especial urbana é obrigatória a intervenção do Ministério Público”.

#### **4. USUCAPIÃO INDÍGENA E “USUCAPIÃO” QUILOMBOLA**

No que concerne às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, em seu art. 231, §§ 1º e 2º, a Constituição da República dispõe que elas são de propriedade da União:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Nesse contexto, o art. 33 do Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/1973) prevê a existência da chamada usucapião indígena:

Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.

Seu prazo é de 10 (dez) anos e tem como requisitos que o imóvel tenha até 50 (cinquenta) hectares, não havendo distinção entre o indígena "ser ou não integrado", classificação essa, aliás, que se encontra em desuso.

É vedada a usucapião indígena em terras da União, em áreas reservadas pelo Estatuto do Índio e em terras ocupadas ou terras de propriedade coletiva de grupos tribais.

No que toca aos quilombolas, prevalece que o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) não prevê uma espécie de usucapião quilombola. Vejamos o que diz o referido dispositivo:

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

A diferença, portanto, é que, no caso dos indígenas, a Carta Magna lhes garante a posse permanente da área com usufruto exclusivo, mas a propriedade é da União. Tanto é assim que o texto constitucional, no § 6º, do seu art. 231, dispõe que eventuais títulos existentes são nulos, logo.

Por sua vez, o ADCT já garante aos quilombolas a propriedade das áreas por eles ocupadas, não havendo, porém, previsão de nulidade de eventuais títulos existentes.

## **5. DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL**

Prevalece que a desapropriação judicial não é uma modalidade de usucapião, todavia, aqueles que assim entendem, a denominam de usucapião rural coletiva.

A desapropriação judicial está prevista no art. 1.228, § 4º, do Código Civil:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Tem como característica o prazo de 5 (cinco) anos e o fato de ensejar o pagamento de indenização – o que, por si só, já demonstra não se tratar de usucapião. Para além disso, seus requisitos são a existência de área extensa; de um considerável número de pessoas; de boa-fé; e de obras ou serviços relevantes de interesse social e econômico.

## **CONCLUSÃO**

O presente artigo teve como principal finalidade analisar semelhanças e diferenças entre as modalidades de usucapião, bem como os posicionamentos prevalentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente no que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Constata-se que as espécies de usucapião estão dispostas na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB); no Código Civil; e no Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001); o que muitas vezes dificulta a atuação dos operadores do direito.

Demais disso, se verifica, em linhas gerais, que o Constituinte assegurou a propriedade privada como direito fundamental, classificado doutrinariamente como de primeira dimensão, de modo que a usucapião deve sempre ser aplicada em estrita observância à legalidade.

Por fim, conclui-se que a regularidade da usucapião depende da observância dos requisitos positivos e negativos insculpido tanto no texto constitucional, quanto na legislação de regência, a exemplo do Código Civil e do Estatuto da Cidade, sob pena de violação à propriedade privada, direito tão caro numa república.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Prescrição aquisitiva começa do exercício da posse ad usucapionem. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1f1a330a04265fcc56b37df4f9bc529c>>. Acesso em: 19/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Impossibilidade de declaração de ofício da usucapião. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/20b5e1cf8694af7a3c1ba4a87f073021>>. Acesso em: 19/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É possível o reconhecimento da usucapião de bem imóvel com a implementação do requisito temporal no curso da demanda. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7eb532aef980c36170c0b4426f082b87>>. Acesso em: 19/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Usucapião extraordinário e possibilidade de a área do imóvel ser inferior ao "módulo urbano". Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/202ed3792e2cfa7318b12ead83763c37>>. Acesso em: 19/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Usucapião especial rural e área do imóvel inferior ao módulo rural. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1579779b98ce9edb98dd85606f2c119d>>. Acesso em: 19/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A destinação de parte do imóvel residencial para fins comerciais (utilização mista: residencial e comercial) não impede o reconhecimento da usucapião especial urbana sobre a totalidade da área. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5fd2c06f558321eff612bbbe455f6fbd>>. Acesso em: 19/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Não é possível aproveitar o tempo anterior de posse de terceiros para complementação do quinquênio necessário à declaração de prescrição

aquisitiva no caso de usucapião especial urbana. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b32a29fd7425fb6b46049bf9e240cda1>>. Acesso em: 19/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O fato de os possuidores serem proprietários de metade do imóvel usucapiendo não faz incidir a vedação de não possuir 'outro imóvel' urbano, contida no art. 1.240 do Código Civil. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7de64fd4ad48b97aa81f0250c25b899a>>. Acesso em: 19/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A separação de fato por longo período afasta a regra de impedimento da fluência da prescrição entre cônjuges prevista no art. 197, I, CC e viabiliza a efetivação da prescrição aquisitiva por usucapião. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ab73f542b6d60c4de151800b8abc0a6c>>. Acesso em: 19/11/2023

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020

FIGUEIREDO, Luciano; e FIGUEIREDO, Roberto. Direito Civil Parte Geral. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 557.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

## **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO MEIO EVANGÉLICO**

**CAMILA DA SILVA RODRIGUES DE SOUZA:**

Discente do nono período do curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga - UNIFEV. Votuporanga. São Paulo. Brasil. <sup>196</sup>

WALTER FRANCISCO SAMPAIO FILHO<sup>197</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo busca um entendimento mais aprofundado acerca da violência doméstica no meio evangélico e a necessidade de maior atenção, apresentando um estudo baseado sobre o poder da igreja nas decisões na vida de seus seguidores além de mostrar como a violência contra a mulher sempre esteve presente desde os princípios do mundo. A metodologia utilizada foi a dedutiva, partindo-se do estudo geral sobre a mulher e suas conquistas sociais e jurídicas para, em seguida, estudar o papel da igreja em geral e das igrejas evangélicas em especial, em seguida, ao tratar da violência doméstica apontar a problemática do presente trabalho. Aponta-se a Lei nº 11.340, demonstrando a sua aplicabilidade e sua importância para a segurança e o respaldo judiciário das mulheres. Utilizou-se de passagens bíblicas para mostrar como o aconselhamento nas igrejas ocorre, e como as mulheres devem ser submissas, e não devem repreender seus companheiros, mostra-se a influência que grandes cantores evangélicos têm sobre as vítimas, além do entendimento do por que essas vítimas continuam no matrimônio lutando incansavelmente pela mudança do companheiro, responsabilizando-se pelas agressões, e pela não mudança, intensificando orações, jejuns, seguindo aconselhamentos que a façam acreditar que forças malignas estão sendo utilizadas para romper seu matrimônio, trazendo a elas a esperança de que somente Deus trará a mudança. Conta-se com um depoimento de uma mulher evangélica que foi vítima de violência doméstica e procurou ajuda de seus pastores. Apresenta-se gráficos do ciclo da violência para que seja mais fácil a compreensão.

**Palavras-chave:** Violência. Doméstica. Agressão. Igreja. Bíblia. Mulher.

---

<sup>196</sup> E-mail: rodriguescamilla543@gmail.com

<sup>197</sup> Docente do curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga - UNIFEV. Votuporanga. São Paulo. Brasil. E-mail: sampaiowalterfilho@fev.edu.br

**ABSTRACT:** This article seeks a deeper understanding of domestic violence in the evangelical environment and the need for greater attention, presenting a study based on the power of the church in the decisions in the lives of its followers in addition to showing how violence against women has always been present. from the beginnings of the world. The methodology used was deductive, starting from the general study on women and their social and legal achievements, then studying the role of the church in general and of the evangelical churches in particular, then, when dealing with domestic violence, to point out the problematic of the present work. Law nº 11,340 is pointed out, demonstrating its applicability and its importance for the security and judicial support of women. Biblical passages were used to show how counseling in churches occurs, and how women should be submissive, and should not scold their partners, it shows the influence that great gospel singers have on victims, in addition to understanding why these victims continue in their marriage, fighting tirelessly to change their partner, taking responsibility for the aggressions, and for not changing, intensifying prayers, fasting, following advice that makes them believe that evil forces are being used to break their marriage, bringing them hope. that only God will bring the change. There is a testimony of an evangelical woman who was a victim of domestic violence and sought help from her pastors. Graphics of the cycle of violence are presented to make understanding easier.

Keywords: Violence. Domestic. Aggression. Church. Bible. Woman.

## INTRODUÇÃO

É de conhecimento da sociedade que a igreja sempre detém os maiores poderes, e que sempre trouxe o homem como ser superior e a mulher como objeto devendo servir ao seu marido de forma submissa, utilizando-se da Bíblia erroneamente não sendo, jamais, responsabilizada por seus atos. Com isto criou-se a seguinte linha de raciocínio: até onde os aconselhamentos pautados da religião estão corretos? Até quando mulheres viveram sofrendo agressões físicas, psicológicas, sexuais no matrimônio e não denunciam? Por que não existe responsabilidade para quem incentiva e aconselha a vítima a voltar para a sua casa ajoelhar-se e orar, ao invés de ir a uma delegacia realizar uma denúncia e pedir medida protetiva? Até quando os agressores terão sua responsabilidade criminal afastada por meio de aconselhamentos que induza a vítima fragilizada a acreditar que ele está sendo usado por forças demoníacas? Por que as igrejas não abordam sobre a violência doméstica no espaço doméstico, mostrando os sinais da violência e incentivando a denúncia nestes casos? A problematização consiste na aceitação da violência doméstica, porque foram aconselhadas a orar, jejuar, fazer campanhas para que o agressor venha mudar, deixando-o impune por seus atos.

Segundo uma pesquisa realizada no ano de 2018 pela teóloga Valéria Vilhena no curso de doutorado na Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, foi constatado



que 40% das mulheres vítimas de agressões físicas e verbais de seus companheiros se declararam evangélicas. (VILHENA, 2009, p. 90). A violência doméstica traz diversas consequências, dentre elas: o dano e o desequilíbrio emocional não somente da mulher, mas também de todos aqueles que compartilham a vivência doméstica. É necessário que essas vítimas saibam que denunciar o agressor à justiça não fará com que ela destrua sua família ou que será castigada por Deus ou, ainda, julgadas pelos membros da sua igreja. É necessário que elas saibam que podem contar com a justiça em todos os casos, e terão todos os seus direitos e de sua família resguardado.

O presente intuito é analisar e abordar a conduta da igreja e seus aconselhamentos que incentivam a não denunciar seus agressores, levando em conta o dever zelar por seus membros. Para a realização desse artigo foi necessário o estudo da Lei Maria da Penha como base e as condições impostas pelo ordenamento jurídico, além da fundamentação teórica ser bibliográfica foi utilizado para apresentar colocações sobre o tema de violência doméstica a doutrinadora Maria Berenice Dias em sua obra *Lei Maria da Penha na Justiça* e Márcia Haydée Porto de Carvalho e Maicy Milhomem Moscoso Maia em seu livro *Violência Doméstica: Causas, Consequências e Reformas*, além de contar com a complementação de fins teológicos o uso da bíblia, além de livros voltados ao tema da monografia das autoras: Marília de Camargo César *O grito de Eva: A violência doméstica em lares cristãos* e, Valéria Vilhena na obra: *Uma igreja sem voz*.

## **1 A MULHER E A CONQUISTA DE SEU ESPAÇO SOCIAL E JURIDICO**

### **1.1 A conquista social**

É de notório conhecimento humanitário que a mulher desde que o mundo entende se por mundo, foi subjugada não só pelo fato de ser mulher, mais sim subjugada pelos seus pensamentos, atitudes, vestimentas, classe social, profissão, etc.

Mesmo diante de julgamentos e dificuldades as mulheres vieram lutando (e ainda continuam), por direitos sociais, direitos políticos, por seu espaço na sociedade, no seu lar, na sua religião, na ciência, pelo respeito a suas vontades e principalmente pelo respeito a suas palavras.

Daria para elencar, as conquistas e os direitos que as mulheres conquistaram ao passar dos anos. A primeira corrente feminista com muita luta e ação conquistou para as mulheres, como:

“Em 1791, quando as mulheres ainda não havia vozes na sociedade a feminista pioneira, Maria de Gouze (Olympe de Gouges) desejava que as mulheres tivessem seus

direitos e deveres iguais, aos homens, quando escreveu o panfleto da Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã". (GOUGES, 1971, p. 1).

"Em 1932, foi quando das mulheres passaram a ter direito ao voto no Brasil, a bióloga Berta Luz foi responsável por essa e muitas outras conquistas juntamente com outras feministas pioneiras, como a primeira sociedade feminista brasileira". (MARQUES, 2020, p. 197).

"Em 1960, a enfermeira e sexóloga e feminista Margaret Sanger foi responsável pela descoberta das pílulas anticoncepcionais, e considerada como a pioneira no controle de natalidade". (POLI, 2011, p. 1-2).

Em 1979, foi criado o Conselho Estadual dos Direitos da Mulher (CEDIM/RJ), buscando oportunidades igualitárias entre homens e mulheres. (Decreto Lei nº 11 de 1 de janeiro de 1979).

Em 2006, foi sancionada a Lei Maria da Penha, em menção a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu inúmeras agressões, e duas tentativas de homicídio vindas de seu ex-marido na época, que eram casados. Em uma dessas tentativas de assassinato, seu ex-marido simulou um assalto, fazendo o uso de uma espingarda, que deixou Maria da Penha paraplégica. (DIAS, 2021, p. 17).

Estas são algumas das conquistas que as mulheres conquistaram na sociedade, embora mesmo nas ruas fazendo diversos protestos acabaram sofreram bastante represálias, desrespeitos e humilhações. A mulher atualmente ainda luta por seu espaço na sociedade e cada dia que passa vem conquistando profissões e lugares onde jamais se imaginou que uma mulher pudesse chegar.

## **1.2 A mulher e sua proteção constitucional**

Com o passar dos anos e com a integração da voz da mulher na sociedade, a Constituição trouxe uma proteção legal para diversos aspectos na vida da mulher, seja no seu serviço, na rua, na internet, na sua casa.

O judiciário do Brasil acolhe as mulheres com diversas lei assegurando e respaldando direitos, leis com sanções para crimes cometidos contra as mulheres, medidas de segurança que são dadas imediatamente para vítimas de violência, apoio governamental para mulheres vítimas de violência, Sistema Único de Saúde (SUS) que oferece médicos ginecologistas, realização de exames, pré-natal entre outros serviços

oferecidos a mulheres de forma gratuita, além das delegacias especializadas em defesa para mulheres (DEAM), e os canais de ligações 24 horas prontos para o atendimento as mulheres.

Diante de tudo, é necessário lembrar que todos esses direitos concedidos as mulheres foram “conquistadas” graças a dor de outras mulheres, como:

- Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha, que prevê penas mais gravosas para crimes de violência doméstica, ou entre familiares.
- Lei nº 12.845/2013 - Lei do Minuto Seguinte, que oferece pelo SUS, tratamento médico, psicológico, exames de prevenção, remédios para o combate a doenças sexualmente transmissíveis para vítimas de violência sexual.
- Lei nº 14.205/2021 - Lei Mariana Ferrer, que prevê punições para quem comete atos contra a dignidade da vítima violência sexual ou testemunhas no curso do processo.
- Lei nº 12.650/2012 - Lei Joana Maranhão, que prevê alteração nos prazos no crime de abuso sexual em crianças e adolescentes.
- Lei nº 13.104/2015 - Lei do Feminicídio, prevê que quando o crime for cometido pelo fato da mulher ser do sexo feminino, ocorre qualificadora para aumento de pena.

Todas as leis mencionadas são novas no âmbito judiciário, o que vem demonstrando que atualmente a mulher tem seus direitos, deveres e proteções garantidas. O poder judiciário, tem buscado aplicar todas essas proteções e direitos em seus julgados. A mulher embora ainda sofra com ameaças, perseguições, violência de todos os tipos, tem o respaldo necessário para buscar a denúncia e a sua proteção legal.

## **2 O PAPEL DA IGREJA**

### **2.1 Proteção constitucional**

A Constituição Brasileira embora seja laica, proporciona aos seus cidadãos a opção de decidirem por vontade própria se querem ou não seguir alguma religião, e garante direitos e deveres a quem decide seguir qualquer religião.

Em seu artigo 5º, IV da Constituição Federal diz: “VI - e inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”; (BRASIL, 1988).

Ou seja, o Estado permite que seus cidadãos tenham qualquer religião e asseguram que isso é um direito, sendo livre a realizações de cultos de qualquer crença e garantido a proteção dos locais realizados, e do que é transmitido. Além de ter o seu direito e proteção contidos e assegurados na CF, a Declaração dos Direitos Humanos declara em seu artigo XVII:

#### Artigo XVIII:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular. (DUDH, 1948).

Além dessas garantias o Estado pune quem comete discriminação ou intolerância a religião prevendo isso em seu Código Penal, no artigo 208: “Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso”. (BRASIL, 1940).

Podendo ser utilizada no crime de injúria contido no artigo 140 do Código Penal, como qualificadora. A Constituição como Estado busca a segurança para quem segue e pratica qualquer religião.

## 2.2 Papel inconstitucional

Antes de adentrar ao papel da Igreja, é preciso entender o real conceito de Igreja. Igreja do latim *ecclesia*, que significa templo cristão onde existe a pregação dos ensinamentos de Jesus Cristo, onde obedecem a seus ensinamentos e respeitam a ética ensinada.

As igrejas como templos ensinam que os membros (que são considerados corpo da igreja, baseando-se que Jesus é cabeça e os membros o corpo.) é que são a igreja, pois são eles que fazem o funcionamento racional do culto, além de honrar a Deus em suas atitudes no dia a dia. Ensina-se durante as realizações dos cultos os ensinamentos de Jesus, a qual tinha princípios baseados no amor ao próximo, na caridade, na benignidade, domínio próprio, mas a base da igreja é a fé, Jesus em uma de suas parábolas cita que deve ser considerada como um grão de mostarda.

“E Jesus lhes disse: Por causa de vossa incredulidade; porque em verdade vos digo que, se tiverdes fé como um grão de mostarda, direis a este monte: Passa daqui para acolá, e há de passar; e nada vos será impossível.” Mateus 17:20. (BÍBLIA ONLINE, 2022, n.p.).

Jesus ensina aos seus discípulos e isso é repassado até os dias de hoje, é necessário que a fé dos seus seguidores cresça gradativamente até que depois de algumas dificuldades gerando raízes, exatamente como o grão de mostarda que após germinado e enraizado pode chegar até 3 metros de altura.

A igreja, na teoria é o plano perfeito pois une os ensinamentos, milagres e Jesus com pessoas possuintes da mesma fé e as mesmas convicções.

O papel da Igreja na sociedade é baseado nos ensinamentos de Jesus Cristo e na Bíblia. A Bíblia é considerada o “manual” do evangélico, ao qual ali correm todos seus princípios, mandamentos, lições e exortações. É possível ver no decurso dos livros contidos na Bíblia Jesus ajudar os necessitados, órfãos, viúvas, doentes, pobres. A Bíblia trás diversos ensinamentos como base constitucional para que a Igreja venha realmente ser aquilo que ela é destinada a ser.

É possível observar que o principal objetivo da Igreja é o amor ao próximo, esse amor ao próximo é pautado nas obras sociais, no amor e na ajuda quando necessária como é citado em:

A religião pura e imaculada para com Deus e Pai, é esta: Visitar os órfãos e as viúvas nas suas tribulações, e guardar-se da corrupção do mundo. - Tiago 1:27.

Alegrai-vos com os que se alegram; e chorai com os que choram. Romanos 12:15.

Além de ensinar bons costumes, como não praticar extorsão, furtos, acusar falsamente outras pessoas, não matar, não cometer adultério, entre outros:

Então alguns soldados lhe perguntaram: E nós, o que devemos fazer? Ele respondeu: Não pratiquem extorsão nem acusem ninguém falsamente; contentem-se com o seu salário- Lucas 3:14 (BÍBLIA ONLINE, 2022, n.p.).

É papel da igreja ajudar pessoas em situações de necessidade em seus projetos sociais, levando cestas básicas, fazendo a distribuição de panfletos contra o suicídio, visitando pessoas doentes estando elas em hospitais, ou em suas casas, visitando pessoas que estão isolados da sociedade seja em presídios, casas de recuperação, clínicas psicológicas, fazendo evangelismos em áreas abertas onde existam usuário de drogas e moradores de ruas, além de ajudar seus membros em momentos difíceis, realizando campanhas de oração para famílias onde existam algumas dificuldades ou tristeza, procuram orar por famílias que estão velando ente queridos, doam roupas para famílias necessitadas.

A igreja possui um papel de hospital para aqueles que querem uma esperança e uma fonte de vida. É importante ressaltar que embora possua um papel sociológico, possui falhas realizadas por seus membros, onde muitos acabam defraudando aquilo que é ensinado e cometem dentro do próprio ambiente de cultuar, preconceito, fofocas, aconselhamentos errôneos, inveja, julgamento, panelinhas não permitindo que o recém convertido se sinta bem, além de algumas igrejas terem líderes que furtam o dinheiro que é oferecido nos dízimos e nas ofertas, além de ignorarem problemas de comunicação entre os membros e não resolverem os conflitos, fazendo com que muitos seguidores se frustrem e deixem de frequentar, já que procuravam um lugar onde fossem ser acolhidos o que raramente acontece.

### **3 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

#### **3.1 A violência pela história**

Desde que se entende o mundo como mundo humano, social, a mulher sempre foi humilhada, desprezada e objetificada, a mulher tem existido voltada a visão central de que biologicamente e socialmente que determinam a desigualdade entre os gêneros, numa relação desproporcional onde somente o sexo masculino é valorizado. Antigamente era aceito que o homem fosse polígamo e tivesse tinha todos os poderes civis na sociedade, podiam votar, andar sozinhos, ter suas vontades realizadas e nesse contexto acabavam agredindo suas companheiras como forma de correção de atos ao quais acreditavam que ela merecia ser punida, a mulher não obtinha nenhum direito nem mesmos os mais simples como: votar, ir à escola, direitos políticos ou jurídicos, além de não existir nenhum registro onde houve uma sociedade o qual não inferiorizava a mulher.

Essa exclusão da mulher na sociedade, além de torná-la aos homens um objeto ao qual manuseavam como bem entendessem, também as colocavam na mesma escala que muitos vassalos e crianças. Na linha religiosa a mulher foi vista como aquela que trouxe o pecado ao mundo quando Eva comeu do fruto proibido, o apóstolo Paulo na carta de 1 Timóteo 2:12 diz:

Não permito, porém que a mulher ensine, nem uso de autoridade sobre o marido, mas que esteja em silêncio.” Os homens eram vistos como redentores, confiáveis enquanto as mulheres eram inferiorizadas. É possível ver em outras passagens bíblicas como escreve o apóstolo João as cartas de 1 João 8:3-5: “E os escribas e os fariseus trouxeram-lhe uma mulher, apanhada em adultério, E pondo-a no meio disseram-lhe: Mestre, está mulher foi apanhada no próprio ato, adulterando, E na lei nos Moisés que as tais sejam apedrejadas, tu pois que dizes? (BÍBLIA ONLINE, 2022, n.p.).

Além de expor a mulher como pecadora, colocam-na como se fosse extremamente culpada e impura por fazer atos que muitos homens da época faziam e embora possua a mesma condenação não há nenhuma passagem na Bíblia que mencione um homem sendo levado para ser apedrejado por ter cometido adultério. A realidade que incida essa época era que os atos dos homens tinham um porquê, normalmente baseado em uma falha de sua companheira no lar, ou simplesmente nem havia explicação, faziam porque eram homens e podiam tudo, a crença de que o homem era superior em todos os aspectos que a mulher durou anos.

Outra dominância que os homens tinham sob as mulheres, eram as declarar que mulheres bonitas, ou sedutoras eram consideradas prostitutas, e dentro religião foram consideradas bruxas, e muitas morriam enforcadas em praças públicas, para que fossem exemplos as outras quais quiserem seguir o mesmo caminho. Acreditava-se que essas mulheres possuíam demônios em seus corpos e mereciam represálias, pois quanto mais bonitas, mais dominadoras, e quanto mais dominadoras, maiores que os homens elas seriam. Em algumas culturas, as mulheres são condenadas a chibatadas, por serem mulheres, ou por se posicionarem contra algo que não concordam (como sexo sem o seu consentimento).

A violência contra a mulher nunca gerou grande comoção na sociedade, ninguém nunca interferia em brigas familiares porquê visavam que “em briga de marido e mulher, não se mete a colher.” A mulher sempre “representou” a aparência delicada o que era ligado a fragilidade, ingenuidade, e considerava-se a mulher muito sentimental e jamais permitia-se que a mulher viesse a ter a mesmas atitudes de seus companheiros, vindo a ser considerada somente com a serventia de procriação e satisfazer sexualmente os homens.

Outra passagem bíblica que mostra como a mulher era violada sem o mínimo de respeito a sua vontade se encontra no livro de 2 Samuel 13:1 -14, onde conta-se que o

filho do rei Davi, Amnom era apaixonado por sua irmã Tamar, que era virgem, Amnom juntamente com seu amigo Jonadabe montaram uma situação, fingindo que Amnom estava doente, e pedindo para que sua irmã Tamar fosse-lhe levar comida e medicação, Davi consentiu que Tamar fosse. Chegando lá Amnom, mandou que todos os seus servos se retirarem e a abusou sexualmente, mesmo ela pedindo para que ele não fizesse isso. (BÍBLIA ONLINE, 2022, n.p.).

A violência de que as mulheres são vítimas no reduto doméstico, nunca mereceu devida atenção da sociedade, a ideia sacralizada da família e a inviolabilidade do domicílio sempre serviam de justificativa para barrar qualquer tentativa de coibir o que acontecia entre quatro paredes. (DIAS, 2021, p. 29).

Até o ano de 2002 no Brasil, no Código Civil no artigo 233, II antes de ser sancionado o Novo Código Civil descrevia: "Artigo 233, II: O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos". (BRASIL, 1916).

Ou seja, a mulher tinha seu papel de colaboradora, auxiliar, nada que viesse de suas opiniões, ou de suas convicções próprias, tudo era baseado na autonomia e poder de seu marido, que a detinha como alguém menor, sendo o homem o "cabeça" das casas, tomando decisões, e determinando o que deveria ter feito, e o que a mulher deveria se submeter. A mulher no século XIX era estereotipada devendo ter essas características quando novas delicadas, compostas, castas e puras, quando adultas deveriam ser afetuosas com os filhos, ter coxas grossas, seios fartos, quadris largos. A relação da mulher casada com seu esposo era fundada pelo machismo, onde o marido tinha total domínio sobre o corpo, a mente as vestimentas.

### **3.2 A proteção legal**

A Lei nº 11.340/2006 entrou em vigor em 22 de setembro do mesmo ano, denominada Lei Maria da Penha, foi um marco para a prevenção e o combate à violência doméstica contra a mulher no Brasil, porquanto não só previu penas mais rigorosas e a promessa de efetiva punição para os agressores, como também trouxe medidas de proteção e de assistência em favor das vítimas. O nome dado a Lei nº 11.340/2006 é uma homenagem à farmacêutica e bioquímica Maria da Penha Maia Fernandes, que em 1983 sofreu duas tentativas de homicídio por parte de seu marido, tendo ficado paraplégica em razão do primeiro delito.

Em 09/03/2015 entrou em vigor a Lei nº 13.104, que previu como qualificadora do crime de homicídio a ocorrência do feminicídio, ou seja, o assassinato de uma mulher cuja motivação envolve o fato de



a vítima ser do sexo feminino, sendo previsto como uma das causas para a verificação dessa qualificadora em ambiente doméstico. [...]. Foi editada a Lei nº 13.104/2008 que introduziu no art. 24-A da Lei Maria da Penha o tipo penal de descumprimento de medida protetiva, afastando qualquer dúvida, antes existente, se tal conduta constituía ou não em um delito. (CARVALHO; MAIA, 2020, p. 33).

Art. 24: Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas entre outras:

I - Restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor a ofendida;

II - Proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedades em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - Suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - Prestação de caução, provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. (BRASIL, 2008).

Como a Lei Maria da Penha diz com a violência que ocorre no âmbito das relações familiares, sua prática produz efeito não somente no âmbito criminal.

Quando ocorre a aplicação de medida cautelar de afastamento do agressor do lar comum, deve o juiz, independentemente de solicitação, fixar alimentos provisórios, a favor de crianças ou adolescentes que sejam dependentes do agressor (ECA, art., 130, parágrafo único). [...]. A condenação do genitor pela prática de crime doloso sujeito a pena de reclusão, contra a mãe dos filhos comuns, implica em destituição do poder familiar (CC, art. 1.638, parágrafo único a). A mudança legislativa alcançou também o Código Civil, foram previstas mais causas que levam à perda do poder familiar. Entre elas, a condenação pela prática de crime envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher: homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte (CC, art. 1638, parágrafo único). De enorme

significado a imposição de atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras às vítimas de violência doméstica, pelo Sistema Único de Saúde - SUS - Lei nº 8.080/1990, art. 7º, XIV. Outro cuidado que restou positivado é a prioridade na realização dos exames de corpo de delito para investigação de crimes que envolveram violência doméstica. (DIAS, 2021, p. 109-110).

O art. 11 da Lei nº 11.340/2006 determina que as autoridades policiais podem adscrever, automaticamente as providenciar as seguintes coisas:

Art. 11: No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar a autoridade policial deves, entre outras providencias:

I Garantir proteção policial, quando necessário, comunicando imediatamente ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;

II Encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

III Fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo seguro, quando houver risco de vida;

IV Se necessário acompanhar, a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou domicílio familiar;

V Informar a ofendida os direitos a ela conferidos nesta lei e os serviços disponíveis;

VI Informar a ofendida os direitos a ela conferidos nesta lei e os serviços disponíveis, inclusive os de assistência judiciaria para o eventual ajuizamento perante o juízo competente da ação de separação judicial, anulação de casamento ou de dissolução de união estável. (BRASIL, 2006).

No delito de lesões corporais é cometido em decorrência do relacionamento familiar, houve aumento de pena máxima e diminuição da pena mínima. Tal alteração acabou por abrandar a apenação da lesão corporal leve, pois a tendência dos juizes é quantificar a pena perto do mínimo legal. Também foi estabelecida majorante quando a vítima da violência doméstica é portadora de alguma deficiência (CP, art. 129 §11º). (DIAS, 2021, p. 110).

Além da Lei Maria da Penha, a vítima pode ligar para números especializados de violência doméstica, e conta com casas de apoio para vítimas que passam pela mesma situação que a dela e lá ela encontra todo o tipo de apoio.

### **3.3 Igreja evangélica e sua contribuição à violência**

Antes de adentrar o quesito da contribuição da igreja evangélica para a violência é necessário o entendimento de como funciona a violência doméstica.

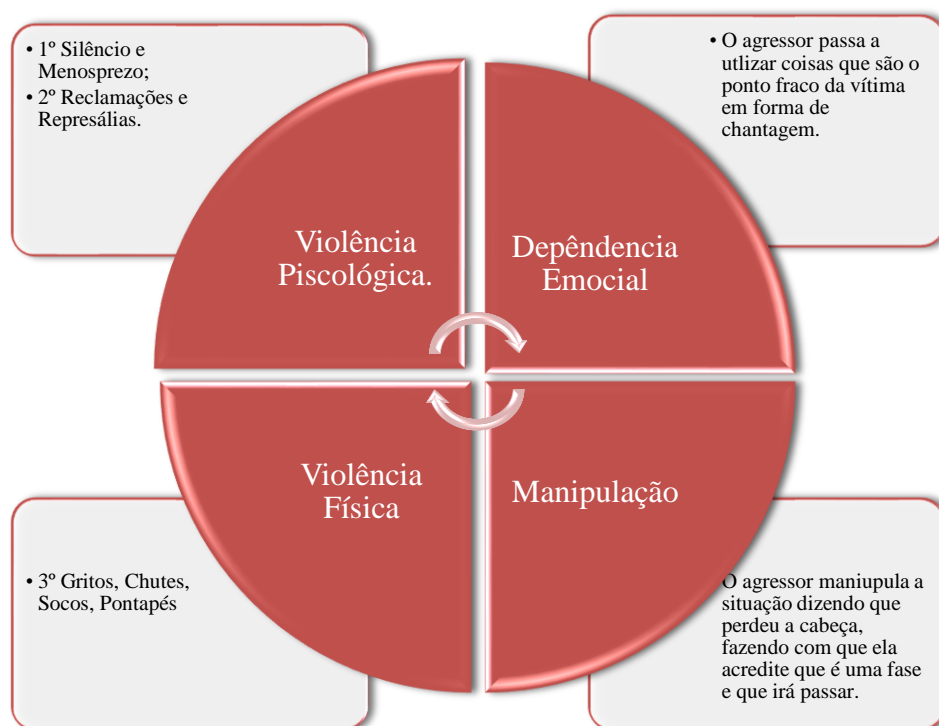
A violência contra a mulher pode ser definida como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico a mulher, tanto na esfera pública quanto na privada. (DIAS, 2021, p. 61). A violência a mulher passou a ter mais visibilidade após sancionada a lei nº 11.340/06 de 22 de setembro de 2006, chamada de Lei Maria da Penha, que foi sancionada visando a diminuição dos casos de violência contra o gênero feminino e punindo o agressor.

A violência contra a mulher encontra previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Artigo III: Toda pessoa tem direito à vida, a liberdade e a segurança pessoal; Artigo V: Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. (DUDH, 1948).

A mulher que vive a realidade de uma violência doméstica, acaba vivenciando inúmeras cenas torturantes, agonizantes, que se tornam costumeiras devido a frequência que acontece, isso acontece porque o agressor tem o sentimento de domínio sob a mulher, seja domínio financeiro, intelectual, profissional; ele vê a mulher como se fosse um objeto ao qual ele pode e tem o direito de realizar todas as agressões, utilizando-se de palavras de cunho grosseiro, força física, da força psicológica e da dependência emocional que criou na mulher.

Muitas destas agressões começam ainda na fase do namoro, o que acaba gerando um ciclo de violência desmuno:

#### **FIGURA 1 - COMO OCORRE A VIOLÊNCIA**



Fonte: Autora, 2022.

Diante desse ciclo a mulher com o passar do tempo, começa a se sentir insegura, feia, anulando as suas vontades, desejos, se culpando por todo o sofrimento que está passando, e devido a manipulação do agressor ela tem o pensamento de que ele quer apenas o bem dela, ou que ele a ama demais e por isso perde a cabeça. Ela se afasta de amigos, utiliza roupas, perfumes, frequenta lugares somente do agrado do companheiro, procurando sempre a validação para que ele não se estresse e não venha a agredir, passando a acreditar que não é capaz de realizar tarefas dentro de casa, que não consegue cuidar de seus filhos, e que sexualmente ela é incapaz de ser boa e dar satisfação ao seu companheiro.

O homem passa a ter o domínio não só do relacionamento, mas sim da mulher, fazendo com que ela se culpe cada vez mais, ele perante a sociedade é um homem bom, íntegro, ele faz com que a mulher passe a achar normais as agressões devido ao dia estressante, a comida sem sal, as crianças chorando, a roupa estar justa.

A imagem do parceiro, para a maioria das mulheres está sempre em conflito entre a repulsa da violência e a afeição que a mulher continua mantendo pelo parceiro violento. Elas costumam falar de homens ao mesmo tempo, "bons" e "maus", não percebendo que os atos de violência não são fatos isolados, mas sim da dinâmica da relação do casal.

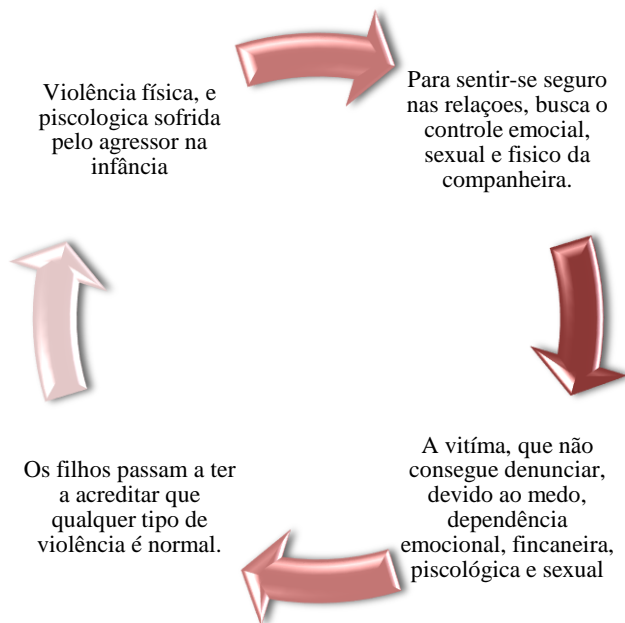
O homem que desrespeita, humilha, ameaça e bate é o mesmo que afaga, sustenta, é bom pai. Essa imagem ambivalente prejudica o enfrentamento da violência, pois é como se as qualidades dos parceiros justificassem as atitudes violentas. Essa interpretação retira a responsabilidade do agressor conferindo um caráter de impulsividade a suas ações, mas a rotinização da violência sobrepõe-se a qualquer dessas características pessoais. Nesse contexto, os agressores ganham traços de vítimas doentes, descontrolados, impulsivos, etc. Assim a representação da violência como intrínseca a relação conjugal passa a ser “ao fim e ao cabo, uma forma de naturalização da violência” (VILHENA, 2009, p. 44-45).

A autora ainda descreve que a condição da mulher perante o agressor:

A ideia da mulher como vítima passiva equivale a “naturalizar” a violência contra a mulher, considerando um problema insolúvel no qual a mulher já nasce eternamente condenada. A conclusão dessa análise, fica no equívoco existente no pensamento ou na consideração da mulher como responsável, cúmplice ou até mesmo culpada pela violência que sofre. Tal equívoco coloca a mulher como “não sujeito” ou como uma “sujeição consentida” excluindo também a possibilidade de luta. Portanto, impossibilita a superação, ou seja, um processo que pode se transformar. Nesta perspectiva os papéis sociais passam a ser fixos e imutáveis. Estes pontos de vista fazem com que as mulheres se tornem condenadas a serem vítimas ou culpadas por seus algazes. [...]. Colocar as mulheres como cúmplices equivale a considerá-las como culpadas pela agressão sofrida, e ainda mais, é fortalecer a ideia de que as mulheres não apenas consentem, mas usufruem da agressão. E essa situação não teria superação, pois não haveria contradição entre o agressor e a agredida, inclusive quando são elas os algazes de seus subalternos, geralmente crianças. Embora a sociedade sempre veja as mulheres como seres delicados, frágeis, seus atos violentos são rechaçados imediatamente pela sociedade e punidos com rigor, enquanto a violência cometida pelos homens vem sendo, muitas vezes, justificada até mesmo por autoridades. (VILHENA, 2011, p. 52-53).

Esse ciclo entre o casal, vem de outro ciclo e gera outro ciclo:

**FIGURA 2** - CLICO QUE É GERADO, PELAS AGRESSÕES DO OUTRO CICLO



Fonte: Autora, 2022.

As taxas de violência contra a mulher são subnotificadas, porque muitas mulheres possuem medo, vergonha, além da dificuldade em denunciar alguém que reside sob o mesmo ambiente onde existe vínculo afetivo, filhos e que é o responsável pelo sustento da família. Segundo a Organização Mundial da Saúde - OMS, a maioria da violência cometida contra a mulher ocorre dentro do lar ou junto a família, sendo o agressor o companheiro atual ou o anterior, as mulheres agredidas ficam, em média, convivendo um período não inferior a 10 anos com seus agressores. (ROVINSKI, 2004, p. 8).

Pode-se relacionar essa relação de dependência emocional, a Síndrome de Estocolmo, seja qual for cenário de abuso, qualquer manifestação afirmativa do agressor e do medo gerando uma sensação de reconhecimento, companheirismo.

A violência contra a mulher pode ser subdividida em:

**Violência Física:** é aquela considerada de atos violentos, nos quais se utiliza do uso da força física, com o intuito de ferir ou lesar.

**Art. 7º, 1 da Lei 11.340/2006:** a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal.

**Violência Psicológica:** é aquela considerada, qualquer ato de humilhação, atitudes que causem a diminuição da autoestima.

**Art. 7º, II da Lei 11.340/2006:** a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e a autodeterminação.

**Violência Sexual:** é aquela considerada, a tentativa sexual indesejada.

**Art. 7º, III da Lei 11.340/2006:** 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 de 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, a gravidez, ao aborto ou a prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

**Violência Patrimonial:** é aquela considerada, qualquer conduta que cause destruição, parcial ou total de seus objetos.

**Art. 7º, IV da Lei 11.340/2006:** 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.

**Violência Moral:** é aquela considerada não visual, conduzida a crimes contra a honra da vítima.

**Art. 7º, V da Lei 11.340/2006:** a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

O fiel de uma denominação religiosa carrega consigo uma nova visão de mundo, que se faz presente no seu cotidiano, revendo valores, criando um universo simbólico repleto de significados que norteiam sua própria vivência, oferecendo certezas diante de incertezas. (VILHENA, 2009, p. 109).

A igreja traz consigo um emblema de que casamento é eterno, e que o amor suporta tudo, desta forma as mulheres submetidas à violência doméstica acabam acreditando que a tolerância as agressões sofridas são “provas” que está passando e no final terão “vitória” onde seu matrimônio será restaurado. Isso acontece porquê, foram orientadas por seus líderes religiosos a acreditar que isso é normal e forças malignas estavam tentando destruir seu matrimônio, alguns líderes utilizam passagens bíblicas distorcendo-as, como:

“Vós mulheres, sejam submissas ao seu próprio marido, como ao Senhor, porque o marido é a cabeça da mulher, como também Cristo, é o cabeça da mulher, sendo este mesmo o salvador do corpo.” - Efésios 5:22-23. (BÍBLIA ONLINE, 2022).

Utilizam-se o verbo submeter como autoridade no casamento, como se o homem tivesse todo o domínio sobre a mulher e ela fosse obrigada a aceitar tudo, como se a mulher fosse só um objeto de manuseio, sem vontades, decisões e onde ela só serve para ser responsável pelas tarefas referentes ao lar. Esse versículo em questão, trata-se de como deve ser pautado um casamento, e nos versículos posteriores é citado como os maridos devem amar suas esposas, mas quase nunca é mostrado para essas vítimas.

Acredita-se que muitas mulheres, procurem igrejas para buscarem respostas, alívio e ajuda diante dos problemas que enfrentam em seu matrimônio, onde muitas são vítimas de violência doméstica e se negam a denunciar ou se separar pois, esses comportamentos agressivos e desviantes podem ser mudados após a conversão delas, elas são orientadas dentro de suas igrejas a relevar, ceder, e aceitar atitudes repugnantes, aprendendo a agir com “sabedoria”, para que seu companheiro seja “liberto” das forças demoníacas que utilizam a vida dele. Nessas orações, ela pede para que Deus mude seu conjugue, depositando a esperança de mudança em Deus, permanecendo na relação de violência acreditando que em algum momento suas orações surtirão efeitos milagrosos e ela então terá sua vitória, e um testemunho para contar.

A violência do agressor é combatida pelo “poder” da oração, as “fraquezas” de seus maridos são entendidas como “investidas do demônio” então a denúncia de seus companheiros agressores as leva



a sentir culpa por, no seu modo de entender, estarem traindo seu pastor, sua igreja e seu próprio Deus. Logo o que era um dever o da denúncia para fazer o uso de seu direito de não sofrer violência, passa a ser entendido como uma fraqueza, ou falta de fé na provisão e promessa divina de conversão-transformação de seu cônjuge. (VILHENA, 2009, p. 94).

Ao mesmo tempo que consideram as agressões como “grave”, culpam a mulher imediatamente pela falta de fé, pela falta de oração, pela falta de participações nas campanhas de libertações para que sejam livres dessa violência. Fazendo-as acreditarem que os únicos responsáveis por essas agressões são elas mesmas e os demônios, retirando totalmente a culpa do agressor, retirando juntamente a ideia da denúncia, já que denunciando elas estariam cometendo pecados aos quais Deus abomina, como o divórcio (que só é aceito em casos de adultério, e morte). A Bíblia em 1 Coríntios 7:10-11, diz que se houver divórcio por outra razão, que não seja adultério e morte, ambos devem se manter solteiros, e que a mulher se reconcilie com seu marido (BÍBLIA ONLINE, 2022). Na prática somente a mulher é punida pelo divórcio e por constituir novo matrimônio.

O envolvimento afetivo, a naturalização da violência na relação conjugal a esperança de mudança, inclusive baseadas na sua religiosidade, fazem com que as mulheres pareçam demonstrar desejarem mais que a relação pudesse ser recuperada do que romper definitivamente os laços afetivos. (VILHENA, 2009, p. 34).

A mesma autora ainda aponta que a teologia pastoral pode fornecer conselho para as mulheres:

A força teológica nos sermões e dos conselhos pastorais sobre o papel da mulher na família, sobre o seu não direito ao seu próprio corpo, a culpa de Eva transferida a todas as mulheres, pois por Eva o pecado entrou no mundo e assim tudo passou a ficar perdido, a exigência de fidelidade conjugal, nem sempre cobrada com a mesma ênfase a seus maridos, a doutrina de “endemonização”, o cuidado da casa, dos filhos, a manutenção da harmonia do lar, a paciência, o sacrifício, a abnegação e a tolerância como atributos femininos pesam sobre as mulheres no decorrer de séculos de história. (VILHENA, 2009, p. 120).

As mulheres passam a ter a visão de que Deus está a fazendo passar por processos para alcançar a graça, paz e a promessa, e quem questiona um Deus onipresente, onisciente, que sabe de todas as coisas, e sempre faz o melhor para seus filhos? Acreditando que devem continuar orando para que seu cônjuge se converta, como diz em 1 Pedro 3:1-2

“Semelhantemente, vós mulheres, sede sujeitas aos vossos próprios maridos, para que também, se alguns não obedecem a palavra pelo porte de suas mulheres sejam ganhos sem palavras; considerando a vossa vida casta em temor.” (BÍBLIA ONLINE, 2002, n.p.)

Muitas vezes os influentes do mundo gospel, aconselham indiretamente as vítimas de violência doméstica a seguir orando para que a circunstância de seu casamento mude, e elas acabam seguindo pois veem essas pessoas influentes como “superiores” e como “pais na fé”, as vezes chegam a acreditar (devido a todo o aconselhamento que já vem sido implantado) que algumas postagens, vídeos e mensagens sejam respostas de Deus para o momento ao qual se encontram. Uma amostra dessa cultura predominante é o videoclipe musical da cantora gospel Cassiane, “A Voz”, lançado em julho de 2020. Ele mostra uma mulher sofredora, com olheiras profundas e rosto abatido, que ora de joelhos pelo marido alcoólatra, que a agride regularmente, ao mesmo tempo que furta dinheiro de sua carteira para gastar a jogatina. As cenas de mulher se alteram as da cantora Cassiane, anunciando na canção em alta voz, o poder de um Deus que: “acalma o mar, faz demônios saírem, pode curar e restaurar vidas”. O clipe segue, a sofredora, a certa altura, resolve sair de casa deixando um bilhete dentro da bíblia, no qual escreve que perdoa o marido e que continua orando por sua conversão, ao ler o recado, o homem cai em si, se arrepende, e o final feliz mostra a esposa voltando para a casa, para um homem miraculosamente transformado.

[...] O vídeo foi tão criticado, que a produtora, decidiu fazer uma segunda versão, nesta a mulher sofredora antes de sair de casa, telefona para o 180 - número para denunciar casos de violência contra a mulher, e em outra cena que não consta na versão original, o agressor é preso no bar onde costuma beber, por causa da denúncia. (CÉSAR, 2021, p. 132).

A sua fé é baseada em acreditar que somente a oração é capaz de mudar a situação em que se encontra e que Deus dará a ela forças para passar por isso com graça, e entendimento. Quando procuram aconselhamento nas igrejas, recebem conselhos que induzem elas a deixarem para lá, para que elas não provoquem seu marido, que elas procurem dar o exemplo dentro de casa e que jamais desistam do seu companheiro, pois é isso que o inimigo quer, a igreja responsabiliza o demônio pela falta de caráter, amor, companheirismo do seu companheiro, normalizando condutas como: agressões físicas, morais, psicológicas, sexuais. As vítimas são vistas perante o ambiente evangélico como

mulheres “guerreiras” e “virtuosas” por suportarem essas “investidas” do demônio para dar fim ao seu casamento, e quando elas decidem procurar aconselhamento, são orientadas a voltar para suas casas e não denunciar porquê Deus irá transformar o conjugue, além de restaurar a família da vítima.

Ocorre que esse tipo de “processo” nunca é citado nos sermões de forma correta, nunca é comentando em cima do púlpito em como Deus abomina agressões, e como ele não é a favor de um casamento pautado no medo, rancor e em agressões. Os líderes religiosos, são omissos quando sabem que a “irmã” da igreja sofre violência doméstica, eles a fazem acreditar que seus maridos são seus senhores, que eles são a parte mais forte dentro do lar, e muitos ainda justificam o aconselhamento na permanência do casamento pois o marido é trabalhador, possui ministério dentro da igreja, ajuda a obra e que o demônio está utilizando a vida dele, mas que pelo poder do nome de Jesus ele será liberto, e que a vitória é garantida. Além de fazerem elas reféns da doutrina da igreja, aquelas que optam pelo divórcio não podem cantar nos grupos de louvores e são mal vistas por terem “desistido” da promessa a qual Deus as tinha designado. Essas vítimas sempre recebem aconselhamentos para venham ser mais submissas perante seu cônjuge e que elas evitem de todas as formas o divórcio. A igreja (igreja aqui, falando do corpo de seguidores) naturalizou as agressões, trazendo-as como se fosse algo comum e que toda mulher deve aceitar, fazendo as acreditar que se divorciar por um problema “pequeno” desse é pecado e que elas seriam castigadas por Deus.

Muitas dessas vítimas acreditando nisso, e pela falta da autoestima, falta de apoio, culpabilizando-se pelo comportamento do agressor, por se sentirem inferiores, por seguirem uma religião conservadora, e não possuírem trabalho, e amando os agressores, acabam convivendo com as violências, pela família, pelos filhos, mas principalmente por acreditarem que os companheiros iram um dia mudar, e que o casamento deve perdurar para a vida toda.

Partimos do pressuposto básico que a violência doméstica é sempre gerada numa relação de desigualdade hierarquizada que confere ao homem condição de mando e a mulher a de submissão, condição essa, social e historicamente construída e naturalizada, tornando-se senso comum. Alguns pressupostos religiosos são, por assim dizer, intocáveis e resistentes a moderna secularização impondo políticas e manipulando poderes. A teologia evangélica, constitui-se como uma poderosa e efetiva ferramenta para a construção das relações de gênero. Desde o uso que faz da bíblia, o status sexista dado os

homens e promovido nas igrejas, na liturgia cúlrica, nos discursos religiosos, etc. (VILHENA, 2009, p. 146).

A religião não somente encoraja para a aceitação diante da violência que a vítima sofre, mas encoraja as dize-las frases como: “Quando Deus tocar nele, ele irá se transformar”, “Deus irá me dar o milagre”, “Deus está trabalhando no meu marido, eu tenho fé”, elas esperam em Deus providências, e se questionam onde tem errado para que seu companheiro perca a cabeça, muitas falam essas frases mas encontram-se com hematomas no corpo todo, problemas de saúde, problemas psicológicos, pois vivem no limite, buscam todo dia a sobrevivência dentro de casa. Muitos agressores utilizam-se a fé da companheira para contribuir para a culpa, muitos dizem: “Cadê o seu Deus que não está aqui para te defender?”, “É bom você orar para que quando eu voltar, não queira te arrebentar”.

Essas atitudes fazem com que os ensinamentos de Jesus na Bíblia sejam ridicularizados, e que a igreja seja conivente com o crime enquadrado na Lei Maria da Penha, julgando as mulheres as quais criam forças e denunciam o agressor, muitas acabam se revoltando com Deus porquê não obtiveram apoio, aconselhamento e encorajamento quando exporão que eram vítimas de agressões vinda de seus maridos. A base do ensinamento de Jesus Cristo, é o amor ao próximo como a nós mesmos, o que nas igrejas é algo difícil de se ver, as mulheres vítimas são invalidadas e no momento de fragilidade aceitam por amor a Deus, mas esse Deus é um Deus criado pela igreja para justificar o machismo, e o sexismo e o ego daqueles que cometem a agressão, culpabilizam forças demoníacas porquê é mais fácil acreditar que seres sobrenaturais são capazes de usar a vida de seus companheiros para faze-las mal, ao invés de culpabilizarem o desvio de caráter e imputar um crime. Os líderes religiosos ensinam que o casamento é para sempre, e que o amor suporta tudo, fazendo com que a vítima acredite que ela deve se submeter a tudo.

Nós, como cristãos, somos chamados a servir uns aos outros, uma convocação que se aplica às relações conjugais. O desafio é evitar que a obediência a esse princípio nos transforme em vítimas numa relação desequilibrada, em que predomina o exercício de um cônjuge sobre o outro. (CESÁR, 2021, p. 52).

No livro “O grito de Eva - a violência doméstica em lares cristão” a autora Marília de Camargo Dias, faz uma pesquisa onde relata diversos casos de mulheres vítimas de agressões, e que seguem a religião evangélicas. Dentro desses depoimentos é possível perceber as proximidades dos casos, e como algumas mulheres reagiram da mesma forma: procurando seu líder religioso, e voltando para sua casa com a certeza de que de a sua oração iria transformar o marido, e que elas deveriam ser submissas ao que acontece no casamento, como é possível ver no depoimento de Marta de 55 anos, educadora com dois filhos adolescentes (nome alterado para não expor a vítima):

“Saulo controlava tudo, “Esposa minha tem que fazer o que eu quero”, ele dizia. Roupa, cabelo, maquiagem. Falava como eu tinha que me vestir, menosprezava “essa roupa está muito feia, você está engordando demais”. Eu me sujeitava, porque não gostava de confronto. A gente aprende assim desde sempre, né? A mulher deve se submeter ao marido, ele é a cabeça. Lembro-me de quando comprei um batom cor-de-rosa. Caía bem, minha pele é clarinha, ele viu e disse “tira isso agora!” A violência era velada. Uma vez prendeu minha mão na porta do carro. Disse que foi sem querer, mas sei que não foi. Ficava nervoso e jogava objetos pesados em mim, gritando: “Sai da minha frente!” Do nada, ele surtava. Cansada, fui me aconselhar com a mulher do pastor da nossa igreja, desabafar. Foi pior. Ela me ouviu e, no final apenas me disse: “Filha, é assim mesmo, os homens sofrem muita pressão. Vamos orar” e eu soube que pastor comentou: “Se apanhou, deve ter merecido””. (VILHENA, 2011, p. 40-41).

As mulheres ficam nessas relações muitas vezes pela família, por não trabalhar, pelos filhos, mas principalmente porquê depositam todas suas forças e esperanças de que somente a oração, o jejum e as campanhas de libertação que serão suficientes para que seu marido mude e pare de agredi-la; acreditam que seus líderes religiosos e seguidores da mesmareligião estão a orientando de maneira correta a, incentivando-a a lutar se for preciso com determinação para a conversão de seu marido. Normalmente quando alguém que não seja desse ciclo religioso a aconselha a buscar outra saída como a denúncia, ou para que ela se retire de sua casa para uma casa de apoio onde ela terá segurança a vítima nega alegando que o inimigo está usando a pessoa para destruir seu relacionamento e permanece na relação, sendo vítima por anos, ou enquanto perdure o casamento. Quando elas aceitam o fato de que a oração não irá mudar o agressor, ficam no casamento pois acreditam e recebem conselhos que o casamento é para sempre e esperam receber uma benção vinda de Deus por terem sido obedientes ao que lhes foi ensinado e aconselhado dentro dos sermões e conselhos.

Desta forma a vítima vive num ciclo eterno onde ora incessantemente para a mudança do agressor, e quando não há essa mudança, ela ora para que não deixe de desacreditar que Deus irá transformá-lo, passando a orar para que Deus dê sinais a ela de que ainda escuta as orações e dará à vitória.

## **CONCLUSÃO**

A violência contra a mulher está enraizada no seio da sociedade deste que o mundo é considerado mundo, onde a mulher é inferiorizada e diminuída pelo gênero masculino, gerando uma desproporcionalidade nas relações. A violência doméstica é regida por ciclos ao qual se repete da forma em diversas gerações, a mulher acaba não sendo a única vítima pois a violência doméstica vira cotidiano na vida dos filhos.

Este ciclo se perdura até os dias atuais. Muitos homens consideram-se donos de suas companheiras. Embora as mulheres ao longo do tempo tenham conseguido seus direitos, deveres e ter a sua liberdade de expressão e de decisão, ainda sim são acometidas de serem vítimas de agressões no âmbito familiar, onde muitas vezes seus parentes não participam por culpabilizá-lá, justificando as agressões por atos quais acham que fez, procuram não tomar partido de nenhum lado pois acreditam em não ser de suas responsabilidades.

Durante esse processo de violência continuada muitas vítimas para salvar seu casamento, e para que seu companheiro mude, procuram soluções quais muitas vezes é a igreja evangélica. Elas buscam a igreja como alívio para seu coração e para obter discernimento do que fazer, durante esse processo muitas se convertem e procuram expor o que estão passando para seus líderes religiosos em busca de que eles a aconselhem e orientem da melhor forma, e quando expõem recebem um balde de esperança e convicção de que está passando por uma prova, onde formas malignas querem destruir a benção ao qual Deus as deu, orientam-nas a se dedicar mais em oração, jejum e participar das campanhas de libertação.

Quando elas voltam e expõem novamente as agressões, os líderes passam a utilizar-se de versículos bíblicos onde dizem que as mulheres devem se submeter aos seus maridos, e perguntando para ela o que ela fez para que seu marido a agredisse, utilizam versículos onde a vontade do homem é soberana, e a pedem novamente para ter mais fé e continuar orando. Muitas vezes elas passam a acreditar que seus companheiros realmente estão agredindo-as pelas forças malignas, pela roupa que estão usando, pelo estresse do dia a dia. Elas passam a ficar cada vez mais distante da possível denúncia a polícia, pois acreditam que pela oração Deus vai transformá-los.

Acontece que somente a oração não é capaz de gerar mudança em um ser humano que não quer mudar; as agressões são baseadas naquilo que o homem acha que é certo e para mostrar seu poder e suas vontades. Quando é tirada sua responsabilidade e jogada em cima de forças sobrenaturais justifica-se tudo que acontece no matrimônio, o homem passa a cometer mais agressões pois sabe que a vítima não irá denunciá-lo, pois ela acredita somente na justiça de Deus. Após as agressões, o agressor justifica que perdeu a cabeça, que não fez aquilo de propósito e promete melhoria, frequentando até mesmo a

mesma igreja, onde mais uma vez são justificados por líderes religiosos. E assim se perdura por anos essa relação de agressão, oração, agressão, justificação, agressão e oração.

Indiretamente as redes sociais utilizadas por pessoas do mundo evangélico reafirmam indiretamente, que as agressões podem ser sanadas somente com as orações e a busca incessante da conversão do agressor, fazendo novamente com que a vítima fragilizada, busque alternativas na igreja ao invés de procurar meios legais para sanar as agressões.

A igreja precisa reconhecer que existem membros criminosos e com falha de caráter, que agredir suas companheiras além de crime é pecado (já que é considerado como pecado o divórcio), e contribuir com políticas para que o agressor deve ser denunciado e venha sofrer as consequências jurídicas de seus atos. É necessário consequências para quem aconselhe a vítima aceitar as agressões e desistir da denúncia, pois ele é conivente com as agressões, e indiretamente põe a vida da vítima em risco, a partir do momento que saiba das agressões e foi procurado (a) para aconselhamento. Deveria automaticamente aconselhar a vítima a romper o matrimônio e denunciar.

Não é errado que a vítima se utilize de sua fé para buscar a mudança verdadeira em seu cônjuge, já que Ihe ensina que a fé precisa ser como grão de mostarda, mas elas podem manter-se orando longe, onde não coloque sua vida em risco, não venha a ser agredida todos os dias, não venha ter sua autoestima fragilizada e não venha ser culpada por muitos membros de sua igreja. Deus não tem prazer em ver suas "filhas" sofrendo e em todos os momentos da Bíblia mostra que um casamento é a base da igualdade, amor, caridade.

Que a violência doméstica é crime todos sabem e está cominada na Lei nº 11.340/2006. As vítimas evangélicas precisam ter o aconselhamento e encorajamento para a denúncia, além de receberem apoio da comunidade da igreja, passem por acompanhamento psicológico para que entendam que Deus não irá castigá-las ou que não é mais pecadora por deixar de orar e denunciar. A mulher evangélica que é agredida precisa ser ouvida por seus líderes, além de desencorajada a manter seu relacionamento onde sofre agressões somente para que a palavra da Bíblia se mantenha.

O agressor deve ser denunciado, afastado de seu lar, e caso procure mudança que seja longe da vítima, caso tenha cargo dentro da igreja que seja exortado e repreendido. Para os líderes religiosos é necessário que eles respondam por omissão e pela orientação errada a vítima. Dever-se-ia criar uma qualificadora na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) qual a omissão, e o aconselhamento errado para a vítima baseando da sua crença religiosa fosse responsabilizado o autor do aconselhamento e orientação para a

permanência e a continuação das orações e do casamento. Nenhum ser humano nasceu para viver sofrendo agressões sejam elas de qualquer natureza, é necessário que a igreja descarte doutrinas baseadas no domínio do homem, além da teologia que o amor suporta tudo e que a mulher deve se submeter a qualquer situação mesmo que sejam ela de violência.

## REFERÊNCIAS

**BÍBLIA ONLINE.** Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/tg/1/27>. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 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 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.650**, de 17 de maio de 2012. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, com a finalidade de modificar as regras relativas à prescrição dos crimes praticados contra crianças e adolescentes. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12650.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12650.htm). Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.845**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm). Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm). Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.205**, de 17 de setembro de 2021. Altera a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, para modificar as regras relativas ao direito de arena sobre o espetáculo desportivo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Lei/L14205.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14205.htm). Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Instituiu o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 01 maio 2022.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; MAIA, Maicy Milhomem Moscoço. **Violência Doméstica**: Causa, consequência e reformas. Curitiba: Juruá, 2020.

CÉSAR, Marília de Camargo. **O grito de Eva**: a violência doméstica em lares cristãos. São Paulo: Thomas Nelson Brasil, 2021.

DIAS, Maria Berenice **A lei Maria da Penha na justiça**. Salvador: Juspodivm, 2021.

**DUDH - DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em:  
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm#:~:text=Artigo%20XVIII%20%2D%20Toda%20pessoa%20tem,em%20p%C3%BAblico%20ou%20em%20particular>. Acesso em: 01 maio 2022.

GILL, Lorena Almeida. Olympe de Gouges e seus últimos dias. **Pensamento Plural**, v. 4, p. 203-207, jan./jun., 2009.

GOUGES, Olympe de. **Declaração dos Direitos da Mulher e Cidadã**. 1971. Disponível em:

<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/DeclaraDirMulherCidada1791RecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 01 maio 2022.

HARTL, Judith. **1960**: Primeira pílula anticoncepcional chega ao mercado. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1960-primeira-p%C3%ADlula-anticoncepcional-chega-ao-mercado/a-611248>. Acesso em: 01 maio 2022.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **Bertha Luz**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020.

POLI, Marcelino Espírito Hofmeister. Meio Século da Pílula Anticoncepcional. **Femina**, v. 39, nº 7, jul., 2011.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. **Dano psíquico em mulheres vítimas de violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

VILHENA, Valéria Cristina. **A igreja sem voz, a violência doméstica em lares cristãos**. São Paulo: Editorial, 2011.

VILHENA, Valéria Cristina. **Pela Voz das Mulheres**: uma análise da violência doméstica entre mulheres evangélicas atendidas no Núcleo de Defesa e Convivência da Mulher Casa Sofia. 2009. 152 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião) - Universidade Metodista de São Paulo, São Bernardo do Campo, 2009

## AS PROBLEMÁTICAS ENFRENTADAS PELA MULHER VÍTIMA DE CRIMES SEXUAIS

**JULIANA SANTINI:**  
graduanda em Direito pelo  
Centro Universitário de Jales  
(UNIJALES)<sup>198</sup>

ALEXANDRE YURI KIATAQUI  
(orientador)

**RESUMO:** Este estudo aborda as questões das problemáticas enfrentadas por mulheres que são vítimas de crimes sexuais antes e ao longo do processo criminal, principalmente quanto à revitimização, que se refere à experiência em que as vítimas são submetidas a um tratamento que as faz sentir novamente vitimizadas, seja por parte das instituições judiciais, da mídia ou mesmo de profissionais da saúde. O objetivo foi analisar os fatores que contribuem para este fenômeno e destacar a importância de abordagens mais sensíveis e empáticas por parte das autoridades e profissionais envolvidos. De forma conclusiva a revitimização da mulher vítima de crimes sexuais durante o processo criminal é um problema significativo que exige uma abordagem multifacetada. A promoção de políticas e práticas que priorizem o bem-estar das vítimas, protegendo-as de experiências revitimizantes, é crucial para garantir que o sistema de justiça criminal cumpra sua função de forma justa e compassiva. Este estudo lança luz sobre essa questão e oferece recomendações iniciais para melhorar a experiência das vítimas no sistema legal e social. O estudo foi desenvolvido através de revisão da literatura.

**Palavras-chave:** Mulher. Violência. Crime Sexual. Revitimização.

**ABSTRACT:** *This study addresses the issues faced by women who are victims of sexual crimes before and throughout the criminal process, mainly regarding revictimization, which refers to the experience in which victims are subjected to treatment that makes them feel victimized again, whether by judicial institutions, the media or even health professionals. The objective was to analyze the factors that contribute to this phenomenon and highlight the importance of more sensitive and empathetic approaches on the part of the authorities and professionals involved. Conclusively, the revictimization of female victims of sexual crimes during the criminal process is a significant problem that requires a multifaceted approach. Promoting policies and practices that prioritize the well-being of victims, protecting them from revictimizing experiences, is crucial to ensuring that the criminal*

---

198 E-mail: [ju.santini@hotmail.com](mailto:ju.santini@hotmail.com)

*justice system fulfills its function fairly and compassionately. This study sheds light on this issue and offers initial recommendations to improve victims' experience in the legal and social system. The study was developed through a literature review.*

**Keywords:** Woman. Violence. Sexual Crime. Revictimization.

## 1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo explorar os diferentes problemas e obstáculos enfrentados pelas mulheres vítimas de violência sexual, principalmente a revitimização a que são submetidas durante o processo criminal, o impacto emocional e psicológico dessas

experiências adicionais de trauma, bem como as barreiras e desafios que as sobreviventes enfrentam para buscar justiça e obter reparação.

A revitimização da mulher vítima de crimes sexuais durante o processo criminal é um fenômeno preocupante que ocorre com uma frequência alarmante em diversos sistemas judiciais ao redor do mundo. Esse processo, que deveria ser uma busca por justiça e reparação, muitas vezes se torna um segundo trauma para as sobreviventes, causando danos emocionais e psicológicos adicionais e muitas vezes, irreversíveis.

Quando uma mulher decide denunciar um crime sexual e buscar justiça por meio do sistema judicial, espera-se que seja tratada com respeito, dignidade e empatia, no entanto, a realidade muitas vezes é bem diferente. Durante o processo criminal, as vítimas são frequentemente submetidas a uma série de procedimentos que podem retraumatizá-las, comprometendo sua saúde mental e minando sua confiança no sistema de justiça.

Deve-se reconhecer a necessidade de um sistema jurídico que trate as vítimas de crimes sexuais com empatia e respeito, evitando a revitimização e proporcionando-lhes um ambiente seguro e acolhedor para buscar justiça. Através de esforços contínuos para conscientizar, capacitar e reformar o sistema, pode-se garantir que as mulheres sobreviventes de crimes sexuais sejam tratadas com a dignidade e a eficiência jurídica que merecem.

## 2 A COMPLEXIDADE DO FENÔMENO VIOLÊNCIA SEXUAL

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe nova redação ao Código Penal Brasileiro e tipifica, em seu Título IV, Capítulo I, os crimes contra a liberdade sexual, quais sejam, o estupro (art. 213), violação sexual mediante fraude (art. 215), importunação sexual (art. 215-A) e assédio sexual (art. 216-A).

A maioria dos casos de violência sexual ocorre na faixa de idade reprodutiva da mulher, em que o risco de gravidez varia de 0,5 a 5%, considerando fatores como ciclo menstrual ou se a violência é continuada ou isolada. Esta gravidez pode ser evitada com a utilização de anticoncepcionais de emergência (AE), que são compostos hormonais concentrados de eficácia elevada que podem evitar três a cada quatro gestações. Sua prescrição e garantia ao acesso às vítimas são de responsabilidade dos gestores de saúde.

No Brasil, a primeira aproximação da área de saúde com a violência contra mulher ocorreu em 1989 e 1990, com o primeiro serviço de saúde que praticava o aborto nas situações de risco de vida e estupro estabelecidos na Constituição brasileira nos anos quarenta. Em 2002,

havia 245 serviços de saúde capacitados em atendimento a mulheres em situação de violência sexual e 39 hospitais ofertando o aborto legal.

De acordo com o art. 128, inciso II do Código Penal, o aborto de gravidez resultante de estupro é uma prática legal mediante o consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Esta hipótese parte do pressuposto lógico de que a vítima, que teve sua dignidade e liberdade sexual violada, não seja obrigada a conviver com o fruto desse crime. A referida lei penal não estabelece necessidade de autorização judicial ou que se tenha um processo criminal instaurado para que seja posta a termo a gestação.

A PNAISM (Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher) incorpora direitos sexuais e reprodutivos, tornando oficial a atuação do setor da saúde frente ao problema e tem como um de seus objetivos específicos a promoção da atenção a mulheres em situação de violência sexual. Contudo, os próprios profissionais de saúde sentem impotência para lidar com a complexidade do problema. É preciso orientação técnica e parceria com outros serviços para discutir a questão no cotidiano da saúde, uma vez que esta impotência do profissional é uma somatória de fatores relacionados à falta de capacitação com o medo como elemento paralisante que se relaciona com o poder dos homens sobre as mulheres, muitas vezes respaldado por instituições como a família e igreja, conferindo subalternidade à condição feminina (SOUZA, 2013).

A Lei Federal nº 10.778/2003 estabelece a notificação compulsória dos casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados, incluindo a de cunho sexual, que requer o acompanhamento do poder público e dos setores sociais e instâncias públicas e jurídicas. A Organização Mundial de Saúde (OMS) também traz um viés para combater a violência sexual através da perspectiva da saúde pública. Com isso, vários fatores devem caminhar juntos e de forma equilibrada para que

a mulher tenha seus direitos assegurados. Educação, saúde, assistência social e a justiça criminal devem trabalhar de forma conjunta, deste modo, a mulher e qualquer outra pessoa vítima de violência sexual terão o atendimento adequado nos hospitais, educação e informação corretas para saberem como lidar com tal situação, a quem devem recorrer, quais são os seus direitos e deveres. Além disso, terão o amparo social e psicológico adequados, para que aprendam a superar o trauma vivido. E, por fim, através da justiça criminal, que o agressor seja punido de acordo com a lei e que cumpra a pena necessária que esse crime exige.

A OMS afirma que os abusos sofridos por mulheres deixam marcas e traumas que podem durar uma vida toda, e destaca: "gravidez não planejada, aborto inseguro, disfunção sexual, infecções sexualmente transmissíveis, fístula traumática, depressão, transtorno por estresse pós-traumático, ansiedade, dificuldade para dormir, sintomas somáticos, comportamento suicida, transtorno de pânico". É importante ressaltar que muitas dessas sequelas podem ocasionar a morte da vítima.

## **2.1 A cultura do estupro**

A expressão "cultura do estupro" ganhou força a partir da década de 1970, momento em que o feminismo ganhou mais força no Brasil para questionar comportamentos, velados ou não, que expõem a mulher à violência sexual. Tais condutas, que até então eram consideradas "normais" dentro da nossa cultura, passaram a ser inquiridas, para que o feminismo ganhasse mais popularidade. É importante mencionar que, quando se fala em estupro, imagina-se um homem de aparência intimidadora, andando em um beco deserto, esperando para abordar uma vítima. Entretanto, os dados mostram o contrário. Em um país em que cidadãs são violentadas e colocadas como um objeto, um estupro é lavrado a cada oito minutos, 85,7% das vítimas são mulheres e quase 84% dos abusadores são conhecidos das vítimas, sejam eles amigos ou membros da própria família, ou seja, são pessoas "de confiança". Isso mostra como a mulher é colocada em uma condição de objeto, em que sua significância é puramente resumida em satisfazer às necessidades e prazeres do homem, e o seu consentimento não tem importância alguma, ao passo que o agressor sente uma necessidade absurda de dominar a vítima, de ter o poder.

Segundo a rede nacional feminista de saúde e direitos reprodutivos, a violência sexual é considerada doméstica se cometida por companheiro íntimo, e consiste na falsa ideia de obrigação em haver relação sexual e se dá mediante o uso de força, ameaças e mecanismos que anulem e limitem a vontade da mulher.

## **2.2 A culpabilização da vítima**

A partir desses dados, é cabível falar em culpabilização da vítima, já que é muito comum julgar a conduta da mulher para justificar tamanha violência, seja pelo fato de estar alcoolizada e “dar condição”, seja pela roupa que veste, pela maquiagem que usa pela maneira como fala, dentre outros argumentos. É notório que existe uma cultura que condena certas condutas femininas, e, se tais comportamentos estiverem “fora do padrão”, são utilizados como justificativa para validar e explicar um abuso sexual. Sobre a violência contra a mulher, é importante destacar que a violação sexual é um dos delitos mais graves, fato este comprovado pelo rol dos crimes hediondos, no qual o estupro está incluso.

Outro fator importante e recorrente nesse crime contra a liberdade sexual é a coerção, isto é, o ato de reprimir a mulher, através de força física ou ameaça, é comum entre os agressores. Com isso, percebe-se um padrão de comportamento. Além disso, é válido salientar que a violência sexual não se resume meramente à penetração indesejada. Carícias forçadas, toques nos órgãos sexuais sem o seu consentimento, prostituição involuntária, ser obrigada à prática do sexo oral, ser forçada a participar ou assistir a alguma cena pornográfica também configuram violência sexual. Basta que haja a ausência de consentimento por parte da vítima para que o crime de estupro seja consumado.

Além de desprezar a dignidade sexual da mulher, este crime denota uma enorme necessidade de domínio. Com isso, Rossi (2015, p. 21 apud Kolodny, Masters e Johnson, 1982, p. 430-431):

Constatamos que ou a força ou a ira dominam, e que o estupro, em vez de ser principalmente uma expressão de desejo sexual, constitui, de fato, o uso da sexualidade para expressar questões de poder e ira. O estupro, então, é um ato pseudossexual, um padrão de comportamento sexual que se ocupa muito mais com o status, agressão, controle e domínio do que com o prazer sexual ou a satisfação sexual. Ele é comportamento sexual a serviços de necessidades não sexuais.

Ainda sobre o estupro, Manfrao afirma (2009, p. 11):

O estupro era considerado ato execrável, entretanto, a ele eram atribuídos diferentes graus de gravidade: “o erro do acusado é agravado pela fraqueza ou ‘inocência’ da vítima. A agressão contra uma jovem impúbere é mais condenável do que o de uma mulher adulta”. A repressão, então, variava de acordo com a qualidade da

vítima. Quando cometido contra uma virgem, por exemplo, a responsabilidade do agressor era muito mais pesada, pois o ataque à virgindade comprometia a honra e a posição das famílias, isso porque era considerado uma ofensa, não contra a mulher vítima, mas sim contra seu tutor, geralmente pai ou marido. Contudo, não era só a virgindade da vítima que aumentava a gravidade do crime, a classe social a que pertenciam a vítima e o agressor também tinha esse poder. Dessa forma, a violência perpetrada contra uma escrava ou doméstica era considerada menos grave do que a cometida contra uma nobre, assim como a pobreza do agressor agrava seu gesto.

A partir desses dados, é cabível falar em culpabilização da vítima, já que é muito comum julgar a conduta da mulher para justificar tamanha violência, seja pelo fato de estar alcoolizada e “dar condição”, seja pela roupa que veste, pela maquiagem que usa pela maneira como fala, dentre outros argumentos. É notório que existe uma cultura que condena certas condutas femininas, e, se tais comportamentos estiverem “fora do padrão”, são utilizados como justificativa para validar e explicar um abuso sexual. Sobre a violência contra a mulher, é importante destacar que a violação sexual é um dos delitos mais gravosos, fato este comprovado pelo rol dos crimes hediondos, no qual o estupro está incluso.

Outro fator importante e recorrente nesse crime contra a liberdade sexual é a coerção, isto é, o ato de reprimir a mulher, através de força física ou ameaça, é comum entre os agressores. Com isso, percebe-se um padrão de comportamento. Além disso, é válido salientar

que a violência sexual não se resume meramente à penetração indesejada. Carícias forçadas, toques nos órgãos sexuais sem o seu consentimento, prostituição involuntária, ser obrigada à prática do sexo oral, ser forçada a participar ou assistir a alguma cena pornográfica também configuram violência sexual. Basta que haja a ausência de consentimento por parte da vítima para que o crime de estupro seja consumado.

Além de desrespeitar a dignidade sexual da mulher, este crime denota uma enorme necessidade de domínio. Com isso, Rossi (2015, p. 21 apud Kolodny, Masters e Johnson, 1982, p. 430-431)

Com isso, segundo a ONU Mulheres:

Conectando Mulheres, Defendendo Direitos”, um projeto de 40 meses, que vem sendo implementado pela ONU Mulheres com o apoio da União Europeia até o fim de 2022, apoiará as mulheres



defensoras de direitos humanos no Brasil em seus esforços para promover e sustentar suas estratégias de prevenção e resposta a violações de direitos humanos e violências contra mulheres e meninas. Espera-se que a ação contribua para que as mulheres, em toda a sua diversidade, exerçam seu direito a defender direitos livres de violências e ameaças. A proposta, elaborada com as contribuições de organizações parceiras, visa fortalecer a solidariedade, as habilidades e as estratégias de comunicação entre defensoras de direitos humanos para o alerta precoce e autoproteção. Trata-se de um projeto implementado em diálogo com o Alto Comissariado de Direitos Humanos e alinhado com as estratégias de diferentes áreas temáticas na ONU Mulheres, tais como Liderança e Participação Política e a Agenda de Mulheres, Paz e Segurança.

### **2.3 A subnotificação dos crimes de estupro**

Apesar dessas políticas e leis, muitas mulheres enfrentam dificuldades ao denunciar abusos sofridos. Alguns dos desafios comuns incluem o medo de retaliação por parte do agressor, a dependência financeira e emocional, o estigma social, a falta de apoio da família e da comunidade, a descrença nas instituições, a revitimização durante o processo legal por ter que contar a história vivida várias vezes e trazer à tona lembranças traumáticas, falta de informação e orientação, medo de sujar a própria imagem ou o nome da família, medo dos julgamentos de uma forma geral.

A desconfiança em relação às instituições encarregadas de lidar com a violência contra as mulheres, como a polícia e o sistema de justiça, é uma barreira significativa que pode fazer com que as vítimas evitem denunciar, acreditando que não receberão o apoio necessário ou que seus casos não serão tratados adequadamente.

O processo legal em si pode ser uma fonte de revitimização para as mulheres, a forma como são questionadas, o tratamento insensível por parte das autoridades, a exposição pública de informações íntimas e os longos prazos processuais podem causar traumas adicionais, levando muitas vítimas a desistirem da denúncia. Como consequência, o medo acarreta em outros sentimentos e atitudes das mulheres decorrentes da violência vivenciada: o silêncio. Este é um dos causadores da subnotificação dos dados em relação às denúncias de abuso sexual ou qualquer outro tipo de violência.

É válido destacar também que as medidas protetivas e de caráter emergencial às mulheres não são eficientes como deveriam. Atrelado a isso, a omissão da polícia e do

Estado em geral, a inércia diante de um comportamento assustado de uma mulher, vítima de abuso, ao chegar em uma delegacia pedindo ajuda, tudo isso corrobora com a impunidade. Muitas

mulheres têm medo de denunciar o seu agressor, mas quando decidem fazê-lo, inúmeras são as vezes em que são surpreendidas com uma postura desdenhosa por parte do Estado, como se ela estivesse mentindo ou exagerando o fato narrado.

Evidencia-se a necessidade da melhor aplicabilidade das políticas públicas de proteção à mulher, a funcionalidade da Administração Pública em relação à atuação da polícia frente aos casos de violência, não só contra a mulher, mas de modo geral, que ocorre todos os dias.

Para enfrentar esse grave problema, é essencial que o Estado adote medidas abrangentes e efetivas. Isso inclui investimentos em serviços de apoio às vítimas, como linhas telefônicas de emergência e abrigos, bem como a disponibilização de recursos para o fortalecimento das delegacias especializadas no atendimento à mulher.

É necessário promover campanhas de conscientização e educação para combater a violência de gênero e desconstruir estereótipos prejudiciais, essas campanhas devem visar tanto às mulheres, encorajando-as a denunciar e buscar ajuda, quanto à sociedade em geral, para promover uma cultura de respeito e igualdade, é importante ressaltar que a luta contra a violência de gênero é responsabilidade de toda a sociedade. Familiares, amigos e a comunidade como um todo devem estar atentos aos sinais de abuso e oferecer apoio e solidariedade às vítimas.

## **2.4 Revitimização**

A revitimização refere-se ao fenômeno em que uma vítima de crime é submetida a situações que retraumatizam ou causam danos adicionais durante o processo legal. Isso pode ocorrer de várias maneiras, como questionamentos agressivos, repetidos, desrespeitosos ou invasivos, exposição pública excessiva de informações íntimas, falta de empatia e apoio adequado por parte dos profissionais envolvidos ou a perpetuação de estereótipos e preconceitos.

O caso Mariana Ferrer teve grande repercussão a partir de 2018, quando a jovem denunciou e alegou ter sido dopada e estuprada por André Camargo Aranha, jovem empresário, em Santa Catarina, em um beach club. Além dos fatos narrados que, por si só, já são aterrorizantes, a audiência da jovem, que ocorreu de forma virtual, veio a público e ficou notoriamente e de forma brutal, explícita a violência pela qual Mariana Ferrer passou, à medida que palavras e ofensas eram destinadas a ela, e o juiz, na posição de

imparcialidade que possuía, ou deveria possuir, ficou inerte; deixou que o advogado do réu agisse de forma agressiva, indutiva e ofensiva.

No caso de Mariana Ferrer, houve grande indignação e debate em relação à forma como ela foi tratada durante o julgamento. Durante a audiência, a vítima foi submetida a perguntas humilhantes e que buscavam culpá-la pela violência que sofreu; imagens íntimas foram exibidas sem necessidade, descontextualizadas, no tribunal, causando constrangimento e revitimização. Este fato trouxe à tona a discussão sobre a forma como as vítimas de violência sexual são tratadas no sistema de justiça brasileiro e destacou a necessidade de garantir a proteção e o respeito aos direitos dessas vítimas durante todo o processo legal. O debate também enfatizou a importância da sensibilização dos profissionais envolvidos no sistema judiciário, bem como a implementação de medidas e protocolos para evitar a revitimização, a hostilização, o constrangimento, a sensação de falta de amparo.

Com isso, a Lei nº 14.245/2021, que leva o nome da vítima Mariana Ferrer, altera o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 344 alterando o parágrafo único, e o Código de Processo Penal Brasileiro, no artigo 400-A e 474-A. Assim, tem-se:

Art. 344. Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até a metade se o processo envolver crime contra a dignidade sexual.

Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

3.2.1. - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

3.2.2.- a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Art. 474-A. Durante a instrução em plenário, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Diante disso, é importante lembrar que, no caso de Mariana Ferrer, ela teve suas fotos adulteradas pelo advogado de defesa do réu, que o fez com a finalidade de manchar a imagem da vítima, para que a sua palavra fosse descredibilizada, visando convencer que, de alguma forma, a mesma viabilizou ou mereceu a violência sofrida, tornando assim, o processo mais favorável ao réu. É nítido que o abuso não ocorre somente quando a mulher tem o corpo violentado, a sua intimidade invadida; ele ocorre repetidas vezes, ainda depois do abuso sexual vivenciado, quando a mulher tenta provar a sua inocência e fazer valer os seus direitos e garantias fundamentais. Logo, pode-se afirmar que a violência se perpetua em suas variadas formas e diferentes circunstâncias para a mesma vítima.

### **3 CONCLUSÃO**

O estudo sobre a revitimização da mulher vítima de crimes sexuais durante o processo criminal revelou uma realidade preocupante e complexa que exige atenção imediata e ação por parte das autoridades, profissionais e da sociedade como um todo.

As descobertas destacam a presença substancial da revitimização ao longo do processo legal, expondo as vítimas a níveis adicionais de sofrimento e trauma. A insensibilidade por parte de alguns atores do sistema de justiça criminal, a falta de apoio adequado e a exposição indesejada nos meios de comunicação contribuem significativamente para a perpetuação desse fenômeno prejudicial.

A revitimização não apenas viola os direitos e a dignidade das vítimas, mas também mina a eficácia do sistema de justiça criminal em cumprir seu propósito de oferecer justiça e proteção, o estudo ressalta a importância de uma mudança de paradigma, com a adoção

de abordagens mais sensíveis, empáticas e centradas na vítima por parte de todos os envolvidos no processo criminal, desde a polícia até os promotores, juízes e advogados.

Este estudo abordou as inúmeras formas de violência que as mulheres estão sujeitas diariamente, inclusive em ambiente doméstico, que são práticas abomináveis. A violência contra as mulheres é uma realidade alarmante e persistente no Brasil e em muitos países ao redor do mundo, os abusos sofridos têm consequências devastadoras, em termos físicos e psicológicos.

Nessa perspectiva, o presente trabalho buscou explorar as consequências jurídicas decorrentes dos abusos sofridos por mulheres no Brasil, bem como o papel do Estado nas políticas públicas de proteção e combate a essa violência. Ficou claro ao longo do estudo que o sistema jurídico brasileiro tem avançado na tipificação e punição dos crimes de violência contra as mulheres, por meio de leis específicas, na propagação de seus direitos e acesso à orientação e informação. Contudo, ainda há um longo caminho a percorrer para garantir a plena efetividade dessas medidas, as leis existentes ainda não são eficientes como mostram as normas escritas, na teoria.

Outro fator importante é que os dados em relação às denúncias são subnotificados, uma vez que muitas mulheres ainda têm medo de denunciar o agressor/abusador; têm receio de que sua palavra caia em descrédito, receio de serem hostilizadas ao serem atendidas nas redes hospitalares ou na delegacia, ou até mesmo no IML, ao fazerem o exame de corpo de delito, receio de serem culpadas por terem sido violentadas, com a justificativa de que de alguma forma viabilizaram, deram ensejo ao estupro. Sendo assim, são inúmeros os receios das mulheres ao denunciarem o abuso vivenciado.

Destacam-se, ainda, os abalos e sequelas psicológicas que ficam para o resto da vida; marcas que são, muitas vezes, difíceis de serem apagadas; mulheres que têm a sua saúde física e/ou mental comprometidas por tempo indeterminado, decorrentes da grave violência que sofreram.

Como limitações desse estudo, é importante ressaltar a cultura do estupro e do machismo, como características fortes do patriarcado, que ainda estão enraizadas na sociedade, de forma que a mulher é equiparada a um objeto, que pode ser usada quando cabível e desejado. Além disso, os questionamentos quanto ao feminismo, como se este fosse uma militância em vão que reduz os esforços contínuos por igualdade e proteção para as mulheres, como se tudo o que foi conquistado até hoje, os espaços que alcançados, não fossem frutos de uma batalha árdua por independência e liberdade.

Por fim, é esperado que esta pesquisa traga uma visão mais empática em relação às mulheres, entendendo o contexto social que estão inseridas, considerando todo o seu histórico de submissão e violência para satisfazer o patriarcado, a necessidade de maior eficiência das leis que as protegem, a fim de que estas se sintam seguras e amparadas por um Estado que pense nas mulheres, que lhes garanta a sua dignidade e autonomia, que seus direitos sejam invioláveis e com isso, que a informação alcance mais pessoas, a fim de que o abuso e qualquer tipo de agressão à mulher seja coibido e cessado da sociedade.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Crime, justiça penal e desigualdade**. São Paulo: USP, 1995.

ADORNO, Sérgio. A violência na sociedade brasileira: um painel inconcluso em uma democracia não consolidada. **Sociedade e Estado**, [S. l.], v. 10, n. 02, p. 299–342, 2022. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/44055>>. Acesso em agosto de 2023.

AGUIAR, Neuma. PATRIARCADO, SOCIEDADE E PATRIMONIALISMO. **Sociedade e Estado**, [S. l.], v. 15, n. 02, p. 303–330, 2022. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/44600>>. Acesso em agosto de 2023.

ARAÚJO, Ana Paula. **Abuso: a cultura do estupro no Brasil**. Globo Livros, 2020. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=Ayv6DwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT2&dq=Abuso:+a+cultura+do+estupro+no+Brasil&ots=tdktVLLqnZ&sig=qYt47e33BD5GPjB6C6vYzv4XD0s>>. Acesso em julho de 2023.

ARRETCHE, M. **Estado Federativo de Políticas Sociais - Determinantes da Descentralização**. São Paulo: Ed. FAPESP, 2003.

AZEVEDO, Carlos. **Violência de pais contra filhos**. 2ª ed. São Paulo, Ed. Cortez. 1995.

AZEVEDO, Rodrigo. et al. **Lei Maria da Penha no Judiciário**. Diásporas, Diversidades, Deslocamentos 23 a 26 de agosto de 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania, a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: 1994.

BENTO, Maria Aparecida Silva (Org.). **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

BERNARDES, Márcia Nina; ALBUQUERQUE, Mariana Imbelloni Braga. Violências Interseccionais silenciadas em medidas protetivas de urgência. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n 3, p. 715-740, 2016. Disponível em: <[https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/pspvolume6/medidas\\_protetivas\\_mulheres\\_situacao\\_violencia.pdf](https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/pspvolume6/medidas_protetivas_mulheres_situacao_violencia.pdf)>. Acesso em julho de 2023.

BERNARDINO, Joaze. **Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil**. Rio de Janeiro: Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, nº 2, 2002.

BOCKS, Jessica. **Lei do minuto seguinte**: os desafios de sua efetivação e o desrespeito as mulheres brasileiras vítimas de estupro. Anais do EVINCI-UniBrasil, v. 6, n. 1, p. 64-64, 2020.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. Educ. Real., v.20, n.2, p.133-84, 1995.

BRANDÃO, E.R. **Nos corredores de uma Delegacia da Mulher**: um estudo etnográfico sobre as mulheres e a violência conjugal. Rio de Janeiro, 1996. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Medicina Social, UERJ.

BRASIL. **Ministério da Educação e Cultura**. Lei n. 10.639, de 9 de janeiro de 2003. Altera a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.639](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.639)>. Acesso em julho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Registro Público**. Mudança de Sexo. REsp 737993. Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Distrito Federal.

## **A EXTENSÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO COMBATE E PREVENÇÃO À CRIMINALIDADE NO BRASIL**

### **DIMAIKON DELLON SILVA DO NASCIMENTO:**

Pós-graduado em Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal pela FACULDADE ÚNICA. Pós-Graduado em Segurança Pública e Cidadania pela ASCES. Servidor Público do Tribunal Regional do Trabalho.

**Resumo:** Este artigo se propõe a analisar a extensão e a relevância da educação nos aspectos visíveis da criminalidade de forma direta e indireta. Além da inegável relevância social do tema, que oferece um instrumento de conscientização dos deveres e responsabilidades que devemos ter enquanto cidadãos, criando assim uma visão crítica acerca da real situação do sistema de segurança pública, assim como a forma de prestação da educação no país. Desta forma, após análise de alguns dados, consegue-se vislumbrar que apesar de estatísticas afirmativas, esses institutos são tratados de forma política, sem seriedade e com consequências cancerígenas a médio e longo prazo.

### **Introdução**

A relação entre educação e criminalidade sempre foi tema que levantou discussão na doutrina e jurisprudência pátria, com vozes em sentido de que há de fato uma ligação diretamente proporcional, mas por outro lado existe aqueles que defendem uma interdependência.

Desta forma, longe de tentar exaurir o tema, vislumbra-se que no atual cenário de violência e organização do crime, a discussão ganha relevância para no mínimo haver uma reflexão sobre quando e se é possível colocar freios nesse problema.

Além da inegável relevância social do tema, que oferece um instrumento de conscientização dos deveres e responsabilidades que devemos ter enquanto cidadãos, criando assim uma visão crítica acerca da real situação do sistema de segurança pública, assim como a forma de prestação da educação no país, o artigo busca aclarar, após análise de alguns dados, que apesar de estatísticas afirmativas, esses institutos são tratados de forma política, sem seriedade e com consequências cancerígenas a médio e longo prazo.

Almeja-se então, trazer através desta discussão uma simbólica contribuição no tocante ao tema proposto, e por consequente poder colaborar com a sociedade como um todo, enfatizando as deformidades, e sugerindo formas de preveni-las através de políticas



públicas sérias, com ações sistemáticas que concretizem o elo indissociável entre o direito fundamental à educação e a segurança pública.

## **Desenvolvimento**

Em que pese o senso comum já indicar a intrínseca relação entre a educação e os índices de criminalidade, realizar um estudo sobre a importância da educação e seus impactos na segurança pública é relevante na construção de uma sociedade mais pacífica e tolerante, com maior integração social, servindo como meio de prevenção a criminalidade e a fatores a está relacionada.

O processo educacional do ser humano sem dúvida interfere na construção da sociedade em que este está inserido. Ao fazer um estudo, através de alguns dados, sobre a relação do fator criminalidade com a educação, percebe-se que há de fato, nesse processo, um paralelo entre esses institutos.

É claro, porém, que nenhum responsável isolado pode ser encontrado no contexto de uma sociedade. No Brasil, por exemplo, diversos são os fatores que contribuem para o crescimento da criminalidade. A desigualdade social, por exemplo, sempre atrelada a história do país contribui para impossibilidade de categorias se incluírem socialmente, além de fomentar a falta de estrutura ideal e universal de condições mínimas a dignidade humana. Porém, todos esses fatores, ganham novo impulso quando colocamos como pedra fundamental à educação, sendo está um poderoso instrumento de humanização. Nessa linha de pensamento, sábias as palavras de CESARE DE FLORIO:

“Já foi dito que uma nação não se constrói apenas por meio da educação, mas sem educação é certo que é impossível se construir uma nação. E acrescentaria, à luz do processo de planetarização da existência humana, que sem educação não se constrói a convivência pacífica entre indivíduos e povos, no respeito às diferenças e na luta permanente pela superação das desigualdades.<sup>199</sup>”

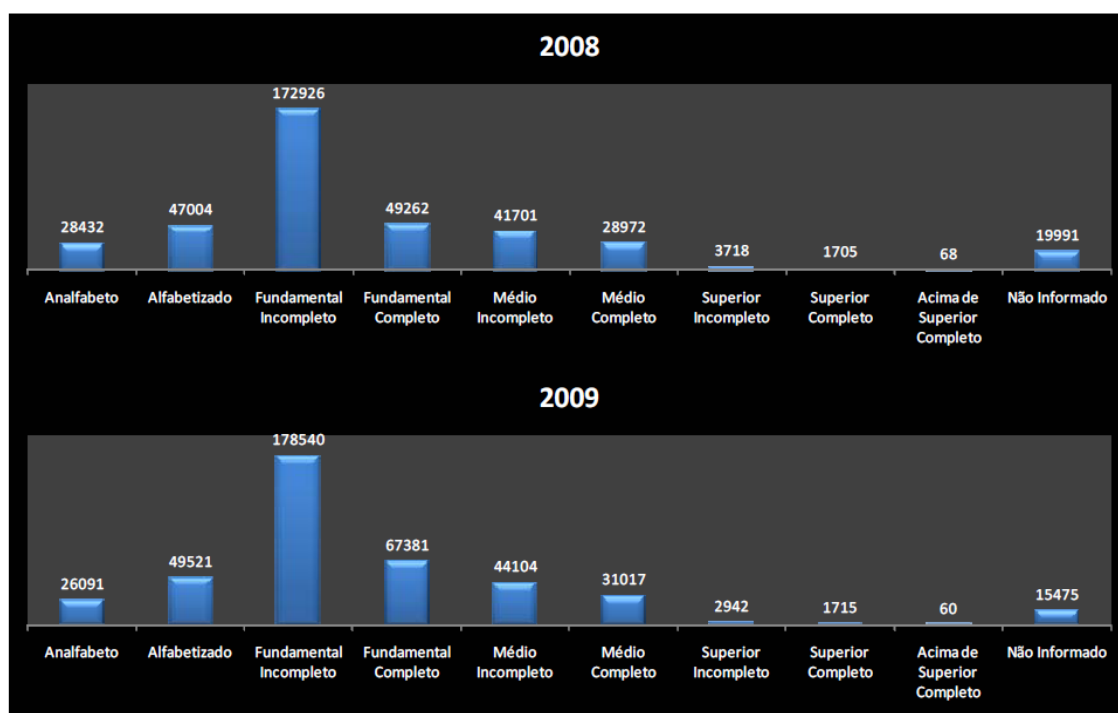
No Brasil, um reflexo da falta de estrutura social e base educacional é a crise no sistema prisional do país, que de forma crescente vem apresentando problemas de superlotação e por falta de políticas públicas preventivas aguarda, por via de fatos, entrar a qualquer momento em colapso.

---

199 ROCCA, Cesare de Florio La. **Comentário ao art. 26 – Projeto Axé Bahia**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/coment/orocca.html>>. Acesso em 02 de novembro de 2018.

Observando dados do Ministério da Justiça sobre o sistema penitenciário nacional, consegue-se traçar um paralelo entre esses dados e os problemas relacionados no processo educacional que foram abordados anteriormente neste trabalho, observando assim que há de fato um problema sistemático concernente a prestação à segurança pública.

### SISTEMA PENITENCIÁRIO NO BRASIL – DADOS CONSOLIDADOS 2008/ ESCOLARIDADE



Fonte: Ministério da Justiça/ DEPEN

O gráfico acima demonstra o nível de escolaridade da população carcerária nacional. Como observado, 42,8% dos encarcerados no Brasil possuem o nível fundamental incompleto. Esse número se somado com aqueles que apenas concluíram o ensino fundamental, atinge o percentual de 59% de pessoas que não conseguiram atingir o nível médio<sup>200</sup>.

É interessante notar que, popularmente tinha-se em mente que o maior número de encarcerados no sistema penitenciário nacional seria formado por analfabetos – o que

<sup>200</sup> Relatório elaborado pela Coordenação Geral de Pesquisa / SENASP. **Dados Consolidados da Segurança Pública no Brasil.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJCF2BAE97ITEMIDD6879A43EA3B4F1691D2CAFD1C9DDB19PTBRNN.htm>>. Acesso em 09 de Outubro de 2018.

de fato não é totalmente inverídico<sup>201</sup>. Entretanto, nota-se através desses dados, que o maior número de pessoas no sistema prisional chegou a se matricular no ensino fundamental, e outra grande parcela conseguiu concluir apenas este nível de ensino.

Como explicar, desta forma, como a educação poderia prevenir a prática de um crime, se os números demonstram que a maior parte dos presos teve acesso à escola?

No tocante a esse assunto, chegou-se a vislumbrar neste trabalho – ao tratar da situação da educação no país - o alto índice de matrículas nas escolas, nos níveis fundamentais. Neste mesmo momento, tratou-se de analisar a problemática enfrentada pelo país, quanto à falta de estrutura que comete esses alunos nesse período.

Ocorre assim, que apesar dos números demonstrarem uma grande quantidade presos no ensino fundamental, a grande parte desses indivíduos não tiveram de fato acesso ao processo educacional, e por consequente não conseguiram ter acesso a inclusão social.

Sempre que são formuladas políticas públicas de prevenção à criminalidade a educação é sempre levantada como de grande relevância neste processo. Entretanto, não se trata apenas de idealizar políticas não concretas e trabalhar essas políticas de forma isoladas. Há unanimidade em observar a educação como instrumento de prevenção da criminalidade, o que não há é seriedade na implementação de uma política séria de educação.

No tocante ao ideal do sistema educacional, preleciona JOSÉ CARLOS LIBÂNEO, que:

“a educação de qualidade é aquela mediante a qual a escola promove, para todos. O domínio dos conhecimentos e desenvolvimento de capacidades cognitivas e afetivas indispensáveis ao atendimento das necessidades individuais e sociais dos alunos, bem como a inserção no mundo e a constituição da cidadania também como poder de participação, tendo em vista a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.<sup>202</sup>”

---

<sup>201</sup> Apesar da maioria dos encarcerados não serem analfabetos de direito – pois chegaram a cursar as primeiras séries do ensino fundamental – o que se vê de fato, são pessoas que apesar do título, podem ser considerados “analfabetos funcionais”, pela impossibilidade de absorção pelo mercado de trabalho.

<sup>202</sup> LIBÂNEO, José Carlos; OLIVEIRA, João Ferreira de; TOSCHI, Mirza Seabra. **Educação escolar: políticas, estrutura e organização**. São Paulo: Cortez, 2003, p. 117.

Afirmamos mais uma vez, que não bastam investimentos isolados em segurança pública para resolver esses problemas que são sistemáticos. Também não há em se falar em investimentos em educação sem aplicação de medidas efetivas na segurança pública. Segundo MARC DE MAEYER, não se trata de uma condição absoluta para prevenção da criminalidade, a educação seria assim considerada um instrumento de escolhas, possibilitando as pessoas mudarem de atitude<sup>203</sup>.

Ainda neste sentido, sábias palavras do autor RUBENS C. FERNANDES, para quem “o instrumento principal, com certeza, é o sistema educacional”, corroborando com nosso ideal de educação efetiva como ferramenta de promoção social e por consequente de prevenção à criminalidade. O autor em comento alerta para os problemas de implementação, afirmando que “a dificuldade está na capacidade de mobilização: criar normas, incentivos, metas, materiais, treinamentos...”<sup>204</sup>.

Por tudo que foi exposto, é notório que além de prevenir o fator criminalidade e possibilitar a inserção social do indivíduo, a educação é instrumento capaz de modificar em essência a vida das pessoas, independentemente de diferenças sociais. A educação pode não garantir por si só o direito à segurança pública, e também apenas ela pode não resolver todos os problemas sociais, mas como observado, é sim instrumento que possibilita um povo reescrever sua história.

## Conclusão

Analisar a extensão e a relevância da educação nos aspectos visíveis da criminalidade de forma direta e indireta, como pode se concluir, é apenas a ponta do “iceberg” de um grave problema social sistemático. Mas sem a discussão, em especial, após nos últimos anos vê-se crescer desenfreada a criminalidade em todo país, é inegável relevância social do tema. Pode-se concluir que longe de tentar resolver, a análise oferece um instrumento de conscientização dos deveres e responsabilidades que devemos ter enquanto cidadãos, criando assim uma visão crítica acerca da real situação do sistema de segurança pública

O Direito à Segurança Pública deve ser garantido não apenas com medidas imediatas ligadas ao combate e controle a criminalidade. Vimos que, devido ao crescimento da violência e o crescente sentimento de insegurança, ouve um aumento

---

<sup>203</sup> MAEYER, Marc de. **Organização das Nações Unidas para a Educação**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticias/2006/07/13/materia.2006-07-13.1416371003/view>>. Acesso em 12 de julho de 2018.

<sup>204</sup> FERNANDES, Rubem C. **Segurança para viver. Juventude e Sociedade. Trabalho, educação, cultura e participação**. Rio de Janeiro: Instituto Cidadania. Editora Fund. Perseu Abramo. 2002, p. 262.

considerável no tocante a investimentos em segurança pública. Entretanto, não houve uma redução da violência vinculada a esses investimentos, o que corrobora com a ineficácia em tratar a criminalidade com medidas paliativas, em vez de buscar uma forma efetiva de médio e longo prazo para combater esse câncer.

Diante de todo exposto, ressalta-se que a segurança pública se tornou um problema de grandes proporções, pelo não tratamento no tocante à gênese de todos os problemas sociais. A educação é um dos instrumentos que buscam reduzir desigualdades, erradicar pobreza, prevenir a criminalidade. Assim, ao falar-se de segurança pública, não há como não tratar também de educação. Logo, a garantia do direito fundamental à educação se apresenta como pressuposto à efetivação de todos os direitos sociais, dentre os quais, o direito à segurança pública.

Assim, o problema da criminalidade e sua relação com o direito à educação não pode ser observado isoladamente. Entretanto, para garantir padrões aceitáveis com relação à segurança é preciso garantir também toda uma gama de direitos sociais, dentre os quais, o direito fundamental à educação.

## Referências

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SULOCKI, Vitória Amélia de B. C. G.. **Segurança pública e democracia: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LIBÂNEO, José Carlos; OLIVEIRA, João Ferreira de; TOSCHI, Mirza Seabra. **Educação escolar: políticas, estrutura e organização**. São Paulo: Cortez, 2003.

MAEYER, Marc de. **Organização das Nações Unidas para a Educação**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticias/2006/07/13/materia.2006-0713.1416371003/view>>. Acesso em 12 de julho de 2010.

Relatório elaborado pela Coordenação Geral de Pesquisa / SENASP. **Dados Consolidados da Segurança Pública no Brasil**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJCF2BAE97ITEMIDD6879A43EA3B4F1691D2CAFD1C9DDB19PTBRNN.htm>>. Acesso em 09 de Outubro de 2010.

Relatório elaborado pela Coordenação Geral de Pesquisa / SENASP. **Recursos Gastos pelos Governos Estaduais em Segurança Pública (2005/2008)**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJCF2BAE97ITEMID6CB4BC7A517B4668A5F12EFC98FFCEFEPTBRNN.htm>>. Acesso em 06 de Outubro de 2010.

ROCCA, Cesare de Florio La. **Comentário ao art. 26 – Projeto Axé Bahia**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/coment/orocca.html>>. Acesso em 02 de novembro de 2010.

## COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATERIAL CRIMINAL ENTRE BRASIL E EUA: UMA ANÁLISE ACERCA DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 51

**LEONARDO GELATTI BACKES:**

Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá e em Direitos Humanos pela Faculdade Focus. Bacharel em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo - CNEC/IESA205

**Resumo:** A presente pesquisa tem como proposta estudar os mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria criminal entre os Estados do Brasil e do EUA, frente a Ação Declaratória de Constitucionalidade, de número 51 (ADC 51), onde se discute a vigência do principalmente acordo em cooperação jurídica entre os dois países, conhecido como MLAT (*Mutual Legal Assistance Treaty*). Se observa no decorrer da análise que, por mais que haja diversos mecanismos vigentes de tentativa de cooperação entre os países, como os acordos bilaterais, auxílio direto, eles não se colocam de forma efetiva, por diversos fatores que se desenvolverão, deixando a colaboração desassistida. Ainda é objeto da pesquisa, e mérito da ADC 51, a aplicação da lei brasileira para às empresas atuantes no Brasil afiliadas de grupos econômicos no exterior, que não obedecem a legislação nacional brasileira, em relação aos dados telemáticos, sustentado essas que a disponibilização dos dados virtuais deve ser requerida com base em acordos de cooperação jurídica internacional, mesmo quando a empresa tem sede no Brasil, uma vez que seu servidor de armazenamento de dados encontra-se no exterior, na sede da empresa.

**Palavras-chave:** Cooperação jurídica internacional; Ação Declaratória de Constitucionalidade.

### 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa aqui proposta tem como problema central: Quais argumentos que evidenciam a ineficácia da cooperação jurídica internacional entre Brasil e EUA, em face do *Mutual Legal Assistance Treaty* (MLAT)? Dessa forma, o objetivo é analisar a Ação Declaratória de Constitucionalidade 51, frente a aplicabilidade do MLAT para as empresas constituídas no Brasil, mas pertencentes às de grupos econômicos no exterior.

---

205 E-mail: [leonardogbackes@gmail.com](mailto:leonardogbackes@gmail.com)

A metodologia se desdobra em uma pesquisa descritiva, qualitativa, através do método de estudo de caso, com análise jurisprudencial, possibilitando a demonstração da ineficácia dos presentes instrumentos de cooperação jurídica internacional entre Brasil e EUA. Ainda a pesquisa será desenvolvida a partir de documentação indireta em fontes primárias, tais como legislação, jurisprudência, documentos em geral, bem como em fontes secundárias bibliográficas, nomeadamente em livros, periódicos científicos, etc.

Dessa forma, após explanação de alguns conceitos chaves do estudo, será delimitada a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 51, que tramita junto ao STF, proposta pela associação das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO – que rediscute as atuais formas de cooperação jurídica internacional entre Brasil e EUA, na tentativa de reiteração da vigência e constitucionalidade do Decreto-lei n. 3.810/01.

Ainda na primeira parte, frente ao objeto proposto na ADC 51, se destaca a ineficácia do Decreto-lei apontado, conhecido como *mutual legal assistance treaty* – MLAT – uma vez que esse não cumpre o objetivo de cooperação. Ainda, é apresentada como decorrência da análise acima, a problemática em volta da cooperação criminal em face de empresas de tecnologia instituídas no Brasil, através das leis brasileiras, mas que pertencem a grupos econômicos estrangeiros. A questão que se discute incidentalmente a ADC 51 é em relação a obrigatoriedade das empresas localizadas no Brasil em fornecer às autoridades brasileiras, dados telemáticos de usuários de provedores, quando requisitados, mesmo quando se tratar de empresas filiadas a grupos internacionais, que mantem seus servidores de armazenamento de dados em outros países.

O argumento que se pauta pelas empresas de tecnologia, se desdobra em razão dos serviços de armazenamento de dados restarem no exterior, e para isso, a legislação interna daquele país deveria permitir a disponibilização dos dados, desde que esteja vigente tratado de cooperação jurídica internacional entre os países deliberantes, até em casos em que a empresa esteja atuando no país requerente.

Na segunda parte do texto, é reiterada a ineficácia do MLAT como forma de cooperação jurídica em material criminal entre Brasil e EUA, e desenvolvido a dificuldade da legislação americana em disponibilizar os dados virtuais dos usuários que estão sob investigação criminal no Brasil, uma vez que a lei americana é extremamente rigorosa, necessitando da demonstração de nexos de causalidade quando dos pedidos de cooperação. Todavia, em março de 2018, foi aprovado no Congresso Americano, o *Cloud Act*, com o objetivo de que os EUA possam emitir mandados de busca requerendo acesso aos arquivos digitais de provedores que se encontram em outros países, ao mesmo tempo em que, o EUA pode fazer acordos com outros países para fornecedor acessos aos dados arquivados em servidores no país. Ainda, se observa que a política negativa de cooperação



jurídica internacional do EUA, se deve aos atentados de 11 de setembro, que mudaram drasticamente a forma de receber e enviar dados virtuais com o exterior.

Na última parte, apresenta-se outras formas de cooperação jurídica, como o auxílio direito entre países e instituições, como por exemplo, a órgão policial brasileiro requerendo auxílio de forma direta da Promotoria de Justiça de Nova Iorque. Ademais, se apresenta a obrigação de auxílio direito entre às autoridades brasileiras e empresas constituídas no Brasil, mas pertencentes a grupos econômicos estrangeiros e com servidores no exterior, por força do Marco Civil da Internet, contrariando a argumentação trazida pela ADC 51. Contudo, ainda se vislumbra, o próprio MLAT como forma de cooperação, para além da ADC 51, para fins de demonstração que sua política é insatisfatória, no modo que entre os anos de 2014 a 2017 apenas 22,5% dos casos solicitados pelo Brasil ao EUA houveram respostas positivas, enquanto 70% dos casos enviados pelo Estado americanos foram atendidos pelo Estado brasileiro. Ou seja, o MLAT é bom ou ruim para quem?

## 2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

### 2.1 A Ação Declaratória de Constitucionalidade 51 e a (in) efetividade do MLAT

Para Mazzuoli tratados internacionais são a principal fonte de direito internacional público, na medida que não trazem apenas segurança e estabilidade, mas também “tornam o direito das gentes mais representativo a autêntico”, uma vez que se parte da vontade livre dos Estados e das Organizações Internacionais. Os tratados internacionais ainda trazem força normativa para o fim de regular matérias variadas e importantes entre os Estados.<sup>206</sup>

Através dos tratados internacionais os Estados exercem cooperações jurídicas recíprocas, por vezes garantindo a efetividade das prestações de tutela requeridas pelos Estados estrangeiros.<sup>207</sup> Em relação a cooperação jurídica, Morosini e Ferreira entendem que ocorre entre dois ou mais países diferentes, bem como ligados a uma organização internacional, com o escopo de aplicar o direito. Para os autores, esse conceito abrange, desde o poder judiciário, como órgãos de fiscalização como Ministério Público, agências reguladoras, polícias, entre outras instituições estatais, para que operem em regulação de

<sup>206</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

<sup>207</sup> GOMES, Marcelo Sant’Anna Vieira. **O auxílio direto**: Cooperação jurídica no novo CPC. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 27.

condutas e aplicação do direito.<sup>208</sup> A cooperação internacional está sendo enormemente utilizada nos últimos anos, em virtude, principalmente, do aumento das relações internacionais em todas as áreas, sobretudo em matéria penal frente a criminalidade transfronteiriça.<sup>209</sup>

Se percebe que é necessário falar em acordos internacionais, que prescindem cooperações jurídicas de forma delimitada, para que se possa falar em intercâmbio entre as nações, como foco da cooperação. Gomes, todavia, já adverte que, a cooperação deve se basear de maneira a não interferir na dinâmica políticas e jurídica interna de cada Estado, respeitando-se a soberania dos povos. O autor descreve dessa forma que:

O que se percebe é que, na medida em que um Estado é signatário de determinado tratado ou convenção, por uma questão de respeito ao que já determinação a legislação supranacional, utilizam-se de artifícios de amistosidade, a fim de auxiliar o Estado solicitante – obviamente, desde que o pedido não interfira em suas questões políticas internas (em especial, a soberania e a ordem pública). O Estado não está subordinado ao tratado, pois falar em subordinação importa em algum tipo de sanção, o que não se está a defender, até porque, a ideia de cooperação perpassa uma ideologia de solidariedade e apoio mútuo e, não, de obrigação passível de imposição de penalidade.<sup>210</sup>

Nesse mesmo sentido, Moschen e Souza dizem que a cooperação, através dos tratados internacionais, é necessária frente ao estágio crescente de globalização que o mundo está vivendo, na medida que o acesso a informação é facilitado, assim como o tráfego de capitais e pessoas aumentaram, o número de demandas judiciais que envolve o direito internacional público também cresceu, tendo como consequência uma série de conflitos de interesses transnacionais. Ou seja, para que se tenha uma prestação

---

208 MOROSINI, Fábio Costa; FERREIRA, Luiz Vaz. Transgovernalismo e cooperação jurídica internacional no Brasil. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coords). **Direito internacional contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 197.

209 SOUZA, Carolina Yumi de. **Cooperação Bilateral Brasil – EUA em matéria penal**: Alcançando o devido processo. 2015. 279 f. Tese (Doutorado em direito) – Programa de Pós-graduação em direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015.

210 GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira. **O auxílio direto**: Cooperação jurídica no novo CPC. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 28.

jurisdicional efetiva entre Estados, se dependerá, por vezes, da concretização de atos processuais fora da jurisdição daquele Estado.<sup>211</sup>

Nossa Constituição Federal assim prevê desde o preâmbulo o comprometimento com a ordem internacional, onde expressa o Brasil como um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...] fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional”<sup>212</sup>, assim como o artigo 4º que privilegia os princípios que regem a ordem internacional, trazendo no inciso IX a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”.<sup>213</sup>

É importante ressaltar que um dos princípios fundamentais do direito internacional público é o respeito à soberania de cada Estado, desdobrando-se no sentido de que os tribunais, bem como outras instituições do Estado, devem desempenhar suas funções dentro dos limites territoriais do próprio país, uma vez que a soberania denota a autonomia de um governo, e uma intervenção externa em seu território somente é possível quando de forma livre haja consentimento para proceder.<sup>214</sup>

Com uma ideia básica do conceito de acordos internacionais, cooperação jurídica internacional, e soberania dos Estados, observar-se-á especificamente o acordo de cooperação jurídica internacional entre Brasil e EUA, conhecido como MLAT, que deveria ter estreitado a assistência judiciária em matéria penal entre os países.

Em 28 de novembro de 2017, foi protocolado junto ao Supremo Tribunal Federal, Ação declaratória de Constitucionalidade – ADC 51 – que versa especificamente sobre a obtenção de dados de provedores de internet no exterior, tramitando sob o n. 00144965220171000000, tendo como requerente a federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação. Em sequência, no mês de dezembro de

---

211 SOUZA, Nevitton Vieira; MOSCHEN, Valesca Raiser Borges. O protocolo de Las Lenas e a cooperação jurídica internacional no Brasil. In: PARAGUASSU, Mônica; MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raiser Borges (Coords). **Direito Internacional**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 409.

212 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2018. Preâmbulo.

213 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2018. Artigo 4º, IX.

214 GOMES, Marcelo Sant’Anna Vieira. **O auxílio direto**: Cooperação jurídica no novo CPC. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 59.

2017, o Ministro relator Gilmar Mendes, admitiu como Amicus Curiae, a empresa Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.<sup>215</sup>

O objeto da presente ADC é validar dispositivos de cooperação internacional, no tocante a obtenção de conteúdos de comunicação privada, que se encontram no controle de provedores de aplicativos de internet, com sede no exterior. Segundo a requerente ASSESPRO, existe atualmente além da legislação infraconstitucional, o Decreto Federal 3.810/2001, que promulgou o Acordo de Assistência Judiciária-penal, entre o governo brasileiro e norte-americano, que regulam a obtenção de conteúdos de comunicação privada.<sup>216</sup>

Todavia, o presente acordo, segundo a associação, está deixando de ser aplicado em relação às empresas de tecnologia, pois, as decisões judiciais que solicitam conteúdos de comunicação às empresas privadas, requisitam a pessoa jurídica afiliada à empresa estrangeira, deixando de aplicar os acordos vigentes, e por vezes, abandonando a aplicação dos meios processuais cabíveis para obtenção desses conteúdos, como por exemplo cartas rogatórias.<sup>217</sup>

Um dos fundamentos das decisões judiciais é que as afilias das empresas estrangeiras, situadas no Brasil, ao deixaram de cooperar com o poder judiciário brasileiro, estariam contrapondo-se a soberania nacional, afrontando o poder judiciário brasileiro. Ao contrário, as empresas privadas de comunicação com sede no exterior, e aqui cita-se Facebook, WhatsApp, entre outras, defendem-se explicando que dependendo do modelo de contrato de negócios e de operações adotadas, os provedores de aplicativos de internet possuem um controlador de dados dos usuários e dos serviços – *data controller* – que estão sujeitas apenas a legislação do país estrangeiro no qual possui sede.<sup>218</sup>

---

215 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

216 Aplicativos com sede no exterior devem obedecer legislação brasileira, defende MPF. **Ministério Público Federal**, Brasília, 16 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/aplicativos-com-sede-no-exterior-devem-obedecer-legislacao-brasileira-defende-mpf>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

217 Aplicativos com sede no exterior devem obedecer legislação brasileira, defende MPF. **Ministério Público Federal**, Brasília, 16 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/aplicativos-com-sede-no-exterior-devem-obedecer-legislacao-brasileira-defende-mpf>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

218 Aplicativos com sede no exterior devem obedecer legislação brasileira, defende MPF. **Ministério Público Federal**, Brasília, 16 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/aplicativos-com-sede-no-exterior-devem-obedecer-legislacao-brasileira-defende-mpf>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

Nesse sentido, em relação às empresas americanas especificamente, a lei norte-americana demanda que os provedores de serviços de comunicação virtual, bem como de serviços de computação remota, são vedadas de disponibilizar dados de comunicação a autoridades estrangeiras. Para isso, o objetivo da ação declaratória de constitucionalidade 51, é reiterar a constitucionalidade dos dispositivos de cooperação jurídica internacional, para que o judiciário brasileiro comece efetivamente a aplicar, ao mesmo tempo que denota o respeito à soberania do Estado brasileiro e dos Estrados estrangeiros.<sup>219</sup>

Entre os dispositivos legais que se buscam com a declaração de constitucionalidade, estão o Decreto Lei 3.810/2001, conhecido como o MLAT (*Mutual Legal Assistance Treaty*) que promulgou o acorde de Assistência em matéria penal entre governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, também o artigo 237, II do Código de processo civil, e artigos 780 e 783, do código de processo penal, respectivamente:

Art. 237. Será expedida carta:

II - rogatória, para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro.<sup>220</sup>

Art. 780. Sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste Título à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal.<sup>221</sup>

---

<sup>219</sup> Aplicativos com sede no exterior devem obedecer legislação brasileira, defende MPF. **Ministério Público Federal**, Brasília, 16 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/aplicativos-com-sede-no-externo-devem-obedecer-legislacao-brasileira-defende-mpf>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

<sup>220</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Institui o código de processo civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2018. Artigo 237, II.

<sup>221</sup> BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Institui o código de processo penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2018. Artigo 780.

Art. 783. As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes.<sup>222</sup>

Além da constitucionalidade dos presentes artigos, como consequência se busca a efetivação da aplicabilidade dos procedimentos de cooperação internacional previstos no texto da legislação referida.

Por outro lado, as autoridades brasileiras, alegam que o decreto 3.810/01, como dito, conhecido como MLAT, não é o meio adequado para conseguir dados das empresas de comunicações privadas, isso porque quando uma empresa afiliada a estrangeira atua no Brasil, ela deve manter todos os seus registros aqui, e não em um provedor externo.

O grande problema que se coloca como objeto central da ADC 51, versa quanto a efetividade de alguns acordos internacionais, no caso do MLAT de cooperação em matéria penal, refletindo a necessidade mecanismos de cooperação eficientes, para que se possam criar políticas de investigação que abranjam a apuração de crimes virtuais impróprios e próprios. Crimes virtuais impróprios, também chamados de impuros, são aqueles em que o computador, ou celular, funcionam como mero instrumento para lesão de bens jurídicos não informatizados, ou seja, nesses crimes o sistema de internet é utilizado como meio para que o delito ocorra. Para exemplificar, pode-se citar os crimes de difamação, calúnia, e injúria cometidos em redes sociais, ou por e-mails, ou ainda, crimes de pedofilia, com exposição de crianças em páginas de internet, entre outros vários exemplos como tráfico de drogas, contrabando, etc.<sup>223</sup>

Já os crimes próprios, ou puros, são aqueles em face de programas, banco de dados, e sistemas computacionais, que possam alterar a estrutura física do computador, sendo que esse tipo de crime exige novos tipos penais, principalmente em ofensas contra banco de dados, programas e sistemas. Segundo o Ministério da Justiça e Segurança Pública, é importante observar que em muitos casos, a rede de internet não é utilizada como ambiente para o crime, mas sim para execução de atos que antecedem a ação

---

222 BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Institui o código de processo penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2018. Artigo 783.

223 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 6 da manifestação.

criminosa, no sentido de facilitar a feitura do crime, como por exemplo, a troca de informações por aplicativos de conversa.<sup>224</sup>

Muitos crimes nesse sentido, podem ser praticados por associação criminosa, ou organizações criminosas, onde cada usuário pode estar de um canto do mundo, em países diferentes, estando muitas vezes prejudicada a investigação criminal, pois os dados da conversa estariam fora do alcance de autoridades com competência para investigação. E, se ressalva que cada vez mais os serviços disponibilizados através da Web, podem ser acessados de qualquer lugar, e o leque de opções para isso só cresce, como por exemplo WhatsApp, Viber, Messenger, Telegran, entre outros, que são considerados ambientes de comunicação com interação intensa de usuários, e ao mesmo tempo que facilita a comunicação, facilita a agilização de práticas criminosas.<sup>225</sup>

O que se quer dizer é que a evolução tecnológica não pode estar desacompanhada de mecanismos que visem o controle das atividades por parte do Estado, respeitando-se os direitos fundamentais, para fins de apuração, quando necessário for, de práticas delitivas, dentro das hipóteses autorizadas pela lei. Segundo a lógica do Ministério da Justiça e Segurança Pública as tecnologias que usam a internet como meio, deveriam possibilitar ao Estado mecanismos para que se tenha acesso aos dados de comunicação quando necessário para investigação criminal, e segundo relatório do Ministério, a lógica descrita não interfere indevidamente na econômica ou na intimidade dos usuários.<sup>226</sup>

No Brasil, por exemplo, provedores de e-mails, com sede no país, que são facilmente identificados pela sigla “.com.br”, como yahoo.com.br, uol.com.br, terra.com.br,

---

224 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 7 da manifestação.

225 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 9 da manifestação.

226 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 9 da manifestação.

por estarem constituídas e situarem aqui, estão sujeitas a lei brasileira, ou seja, para fins de investigação criminal, com a devida autorização judicial e desde que esteja previsto em legislação, as autoridades podem requerer a disponibilização dos dados virtuais de usuários que estão sob investigação, bem como interceptar online conteúdos em e-mail, perfil, chat, etc.<sup>227</sup>

O grande problema se dá em relação aos provedores de redes sociais, e-mails, e aplicativos com sede no exterior, que estão fora da jurisdição brasileira. Neste caso, as autoridades brasileiras encontram dificuldades ou não conseguem os dados necessário para instruir uma investigação criminal, e isso se dá muitas vezes pela demora na disponibilização do conteúdo, ou também, em muitos dos casos, pela exigência de procedimentos formais diversos daqueles utilizados, necessitando de cooperação jurídica entre os Estados, prescindindo de acordo internacionais que preveja assistência jurídica internacional.<sup>228</sup>

Ao contrário do fluxo acelerado que a internet conduz a sociedade, os pedidos de cooperação jurídica entre Estados não ocorrem em velocidade compatível com a necessidades dos órgãos que requerem, na maioria das vezes “as informações advindas dos outros países podem chegar fora do prazo razoável para seu conhecimento quando muitas vezes não há utilidade”. Dessa forma, importante destacar que usuários, sabendo da demora das empresas sediadas no exterior em disponibilizar dados, propositalmente utilizam-se de e-mails ou chats de empresa que estão sediadas no exterior, como por exemplo, os casos recentemente apurados no Brasil que envolvem operações em paraísos fiscais.<sup>229</sup>

---

227 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 9 da manifestação.

228 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 10 da manifestação.

229 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 11 da manifestação.



O cerne do problema, que aqui se coloca como objeto de estudo, é que muitas empresas apesar de sediadas no Brasil, constituídas sob as leis aqui vigentes, discorrem que não possuem condições para disponibilizar dados virtuais de usuários às autoridades, “pois o servidor dos serviços telemáticos pertence à empresa sócia estrangeira”, sediada no exterior, e tão logo, somente por lá podem ser disponibilizados. Com isso o Estado obriga-se a socorrer-se de procedimentos de cooperação jurídica internacional, na tentativa de que seja atendida as demandas em tempo hábil.<sup>230</sup>

## **2.2 O *Cloud Act* como fuga para a (in) efetividade da atual cooperação jurídica entre Brasil e EUA**

Ainda, o MLAT é considerado falho, na medida que Canário considera que o acordo é um mecanismo que, de fato, não funciona, quando da necessidade de quebra de sigilo para persecução criminal. De acordo com o autor dos 120 pedidos elaborados como forma de colaboração com base no MLAT, entre Brasil e EUA, o Estado americano não respondeu a grande maioria, conforme se verá adiante.<sup>231</sup>

Os dados que relatam o fracasso do MLAT foram extraídos do ofício 965/2018, enviado pela Ministra Carmen Lúcia, para o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública (DRCI/MJ), buscando evidenciar a efetividade do MLAT, para instrução na ADC 51, conforme acima mencionado, que tramita no STF. Nesse sentido é ressaltado no ofício que o DRCI é responsável por todas as solicitações de assistência jurídica em material penal realizadas por autoridades competentes brasileiras.<sup>232</sup>

---

230 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 11 da manifestação.

231 **CANÁRIO, Pedro. Cooperação jurídica com EUA para quebra de sigilo telemático fracassa 77% das vezes**. Consultor Jurídico, São Paulo, 8 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/cooperacao-eua-quebra-sigilo-fracassa-77-vezes>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

232 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 12 da manifestação.

De acordo com o ofício enviado ao STF, em forma de relatório, dos 62 pedidos que não foram concluídos, 49 pedidos foram indeferidos pelo governo americano, e 13 pedidos foram desistidos pela autoridade brasileira, conforme se trabalhará ao cabo. Em relação aos pedidos de desistência, o relatório aponta que elas ocorreram em função da morosidade do governo americano em cooperar, e em relação aos pedidos indeferidos, o DRCI alega que o principal argumento é falta de indício para basear as investigações.<sup>233</sup>

Segundo Canário, a lei americana exige a demonstração do nexo de causalidade entre o fato investigado e a necessidade de afastamento do sigilo, para quebrar o sigilo das comunicações, o que eles chamam de *probable cause*. Na verdade, a lei americana é extremamente rigorosa para efetivação do MLAT, acumulado ao fato do governo brasileiro, na maioria das vezes, não possui as informações necessárias para que se demonstre o *probable cause*, inviabilizando o pedido de cooperação entre os Estados.<sup>234</sup> Percebe-se dessa forma que, segundo o relatório emitido pelo DRCI, o MLAT não se apresenta como ferramenta efetiva para a resolução dos pedidos de cooperação jurídica entre Brasil e EUA.

Todavia, um novo fato muda os rumos do objeto em discussão no Brasil. No mês de março de 2018, o congresso americano legisla que permite que os dados armazenados virtualmente, mesmo quando fora da jurisdição americana, possam ser acessados. O chamado *Cloud Act – Clarifying Lawful Overseas Use Of Data Act* – ou por tradução livre – Lei para esclarecer o uso legal de dados no exterior – foi apresentado e logo aprovado, assim como seus efeitos espalhados pelo Estado americano, pelo mundo, e nesse momento, principalmente no Brasil.<sup>235</sup>

Segundo a legislação lá aprovada, os Estados americanos, podem emitir mandados de busca requerendo acesso aos arquivos digitais de provedores que se encontram em outros países, ao mesmo tempo em que, o EUA pode fazer acordos com outros países para fornecedor acessos aos dados arquivados em servidores no país.<sup>236</sup>

---

233 CANÁRIO, Pedro. Cooperação jurídica com EUA para quebra de sigilo telemático fracassa 77% das vezes. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/cooperacao-eua-quebra-sigilo-fracassa-77-vezes>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

234 CANÁRIO, Pedro. Cooperação jurídica com EUA para quebra de sigilo telemático fracassa 77% das vezes. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/cooperacao-eua-quebra-sigilo-fracassa-77-vezes>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

235 MENDES, Guilherme. O que é o Cloud Act – e como a lei americana pode refletir no Brasil? **Jota**, São Paulo, 19 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/cloud-act-lei-acesso-dados-outros-paises-19052018>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

236 MENDES, Guilherme. O que é o Cloud Act – e como a lei americana pode refletir no Brasil? **Jota**, São Paulo, 19 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/cloud-act-lei-acesso-dados-outros-paises-19052018>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

Nesse momento, refletindo em questão da ADC 51, se questiona a necessidade de se refazer o MLAT, ou um novo acordo entre Brasil e EUA? E nesse sentido, haveria efetividade um novo acordo, ou seria apenas uma tentativa do Estado americano em requerer os dados aqui arquivados sem a devida prestação?

O diretor da empresa *Microsoft*, Brad Smith, escreveu no blog da empresa que o *Cloud act*, dará base para uma nova série de acordos internacionais que devem ter por princípios a preservação do direito à privacidade, bem como que a lei aprovada possibilitou que às empresas continuem protegendo os dados de seus usuários em nuvens até o momento que os acordos bilaterais entrem em vigor, ou seja, segundo a empresa, o *Cloud act* deve ter vigência apenas quando celebrado acordos internacionais entre países. Nessa forma:

The CLOUD Act *both* creates the foundation for a new generation of international agreements *and* preserves rights of cloud service providers like Microsoft to protect privacy rights until such agreements are in place. Each of these aspects is critical. And it points to the importance of first putting the CLOUD Act in its proper context.<sup>237</sup>

O *Cloud Act* ainda prevê meios para que a empresa do servidor requerido conteste o pedido de informações, caso possam violar a legislação do país que armazena os dados. A crítica que se desenvolve, segundo atores de empresas privadas, está em volta da proteção à privacidade, direitos humanos, e segurança dos países que fornecem dados, na forma que entende Carlos Affonso, diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro, que o *Cloud Act*, aprovado no EUA, ainda não apresenta maiores benefícios em face dos possíveis riscos à violação da privacidade e direitos fundamentais.<sup>238</sup>

O caso que embalou a presente legislação no Estado Americano foi analisado pela Suprema Corte no ano de 2013, de uma demanda entre *Microsoft Vs United States*, onde a empresa de informática negou-se a fornecer dados virtuais ao FBI, que investigava um cidadão por tráfico de entorpecentes. O argumento da empresa para a negativa dos dados

---

<sup>237</sup> SMITH, Brad. The cloud Act is an important step forward, but now more steps need to follow. **Microsoft Blog**, Seattle, 3 abr. 2018. Disponível em: <<https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2018/04/03/the-cloud-act-is-an-important-step-forward-but-now-more-steps-need-to-follow/>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

<sup>238</sup> MENDES, Guilherme. O que é o Cloud Act – e como a lei americana pode refletir no Brasil? **Jota**, São Paulo, 19 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/cloud-act-lei-acesso-dados-outros-paises-19052018>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

foi que as informações requeridas eram mantidas em servidor da empresa com sede na Irlanda, por óbvio, fora da jurisdição americana. O caso estava pendente, porém, com a aprovação do *Cloud Act*, a empresa *Microsoft* localizada no EUA foi obrigada a fornecer os dados arquivados em servidor da empresa na Irlanda.<sup>239</sup>

O EUA além de possuírem diversos dispositivos legais que regulam acordos internacionais, e cooperação jurídica internacional, possuem jurisprudências sedimentadas sobre diversos casos e ampla experiência em cooperação. Entretanto, por mais que os acordos internacionais estadunidenses celebrados com diversos países advêm de boas experiências e de modelo, algumas não devem ser consideradas, como destacada Souza em sua tese, que desde o ataque de 11 de setembro, houve grandes mudanças na forma que o EUA envia e recebe provas e documentos no exterior.<sup>240</sup>

Foi a partir do ataque terrorista que o EUA iniciou uma nova política de regramento das cooperações internacionais, como no ano de 2003, com a assinatura do MLAT com a União Europeia, “cujo objeto é a negociação de tratados suplementares entre eles para incluir determinadas medidas e a negociação de tratados em caso de inexistirem”, na mesma época em que os países regulou tratados internacionais suplementares com 20 países, e mais 7 MLATs com outros. Entre os tipos de cooperação compactuada, Souza destaca a “identificação de informações e contas bancárias”; a “formação de equipes de investigação conjunta”; a “videoconferência para oitiva de testemunha do Estado requerido”; a “solicitação de pedidos de cooperação por autoridades administrativas investigando condutas com a finalidade de um processo penal ou referentes a investigações criminais”.<sup>241</sup>

### 2.3. Outras formas de cooperação jurídica internacional entre Brasil e EUA

---

239 MENDES, Guilherme. O que é o Cloud Act – e como a lei americana pode refletir no Brasil? *Jota*, São Paulo, 19 mai. 2018. Disponível em: < <https://www.jota.info/justica/cloud-act-lei-acesso-dados-outros-paises-19052018>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

240 SOUZA, Carolina Yumi de. **Cooperação Bilateral Brasil – EUA em matéria penal**: Alcançando o devido processo. 2015. 279 f. Tese (Doutorado em direito) – Programa de Pós-graduação em direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015. p. 121.

241 SOUZA, Carolina Yumi de. **Cooperação Bilateral Brasil – EUA em matéria penal**: Alcançando o devido processo. 2015. 279 f. Tese (Doutorado em direito) – Programa de Pós-graduação em direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015. p. 122.

Souza, ainda em relação ao MLAT, explica que nos termos do acordo, a assistência inclui qualquer outra forma, salvo aquelas vedadas pelas leis do Estado requerido<sup>242</sup>. Nesse sentido, o STJ se manifestou, no caso em que possibilitou o Ministério Público solicitar do EUA quebra de sigilo bancário de membros da igreja Universal do Reino de Deus. Segundo o Ministro Ari Pargendler, não existem impedimentos legais que impossibilitem o Ministério Público de requerer ao Estado americano quebra de sigilo bancário, fundamentando-se no Tratado de Assistência Legal e Mútua entre Brasil e EUA.<sup>243</sup>

No presente caso, o Ministério Público solicitou quebra de sigilo bancário das contas, constantes no EUA, de pessoas físicas e jurídicas ligadas à igreja Universal, bem como congelamento de bens das pessoas investigadas. Como defesa, a igreja Universal, impetrou Mandado de Segurança, contra o Ministério Público, na pessoa do promotor solicitando, alegando, em síntese que, a quebra de sigilo bancário, mesmo que no exterior, demandava prévia autorização do judiciário brasileiro. O argumento foi acolhido pela juíza de primeiro grau que concedeu a ordem para tornar nula a solicitação.<sup>244</sup>

Entretanto, como dito, no Superior Tribunal de Justiça o entendimento foi outro, no sentido de que, com base no MLAT, haveria possibilidade de auxílio jurídico direto entre os países, sendo que o Estado estrangeiro não se apresenta como juiz, mas como administrador de seus dados, tão logo, não haveria, no caso, uma decisão judicial para se executar, mas a simples solicitação de assistência por parte do Ministério Público, sendo faculdade do outro país, tomar as devidas providências para satisfazer o pedido. Ademais, o Ministro salientou que nada importa o que a legislação brasileira impõe a esse respeito, mas sim os termos da legislação daquele país que recebe a solicitação.<sup>245</sup>

---

242 SOUZA, Carolina Yumi de. **Cooperação Bilateral Brasil – EUA em matéria penal**: Alcançando o devido processo. 2015. 279 f. Tese (Doutorado em direito) – Programa de Pós-graduação em direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015. p. 67.

243 STJ decide que MP pode solicitar aos EUA quebra de sigilo bancário de membros da Igreja Universal. **Ministério Público de São Paulo**. 10 out. 2010. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao\\_noticias/2010/Outubro\\_10/STJ%20decide%20que%20MP%20pode%20solicitar%20aos%20EUA%20quebra%20de%20sigilo%20banc%C3%A1rio%20de%20membros%20da%20Igreja%20Universal](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2010/Outubro_10/STJ%20decide%20que%20MP%20pode%20solicitar%20aos%20EUA%20quebra%20de%20sigilo%20banc%C3%A1rio%20de%20membros%20da%20Igreja%20Universal)>. Acesso em: 21 jul. 2018.

244 MP pode pedir aos EUA quebra de sigilo de brasileiros. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 out. 2010. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2010-out-27/mp-pedir-aos-eua-quebra-sigilo-integrantes-universal>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

245 MP pode pedir aos EUA quebra de sigilo de brasileiros. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 out. 2010. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2010-out-27/mp-pedir-aos-eua-quebra-sigilo-integrantes-universal>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

Percebe-se dessa forma que, a carta rogatória não é o único meio para solicitar informações ao juízo estrangeiro, observando os acordos bilaterais que trazem a possibilidade de auxílio direto entre as nações, para o fim de agilizar as demandas requeridas. Conceitua-se que o auxílio direto é um instrumento de cooperação jurídica internacional, cuja previsão está objetiva em tratados internacionais, e aqui no Brasil, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.<sup>246</sup> Márcio Anselmo menciona que o auxílio direto:

O auxílio direto surgiu em razão da excessiva formalidade de procedimentos de cartas rogatórias, que as torna instrumentos morosos e não coerentes com a dinâmica das relações atuais. Trata-se de um pedido da autoridade de um Estado emanado à autoridade de outro. Não se dá entre autoridades judiciárias. Não necessita de concessão de *exequatur*, uma vez que não há análise apenas de forma, mas sim de mérito do pedido.

Souza concorda que o auxílio direto é instrumento de cooperação jurídica internacional, onde se objetiva à assistência entre os Estados, para realização das diligências necessárias "ao regular deslinde do processo (atual ou futuro) no Estado requerente". A autor salienta que o auxílio direto abrange desde atos de comunicação, até os de produção de provas e medidas cautelares patrimoniais.<sup>247</sup>

Em outro caso, também analisado pelo STJ, se discutiu a legalidade da prova obtida através de auxílio direto, e sua incorporação no processo (penal ou civil) brasileiro. A Ministra relatora Laurita Vaz, novamente com base no MLAT, consignou que esse acordo objetiva a facilitação das autoridade responsáveis na execução das tarefas para "o cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal", e por isso não traz proibições e outras formas de cooperação internacional que visem o combate as ações criminosas.<sup>248</sup>

---

246 GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira. **O auxílio direto**: Cooperação jurídica no novo CPC. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 21.

247 SOUZA, Carolina Yumi de. **Cooperação Bilateral Brasil – EUA em matéria penal**: Alcançando o devido processo. 2015. 279 f. Tese (Doutorado em direito) – Programa de Pós-graduação em direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015. p. 90.

248 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 169909 Rio de Janeiro 2012/0084508-8**. Agravante: J C F L DE S. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 de setembro de 2013. Disponível em:

Neste segundo caso, o órgão policial obteve auxílio direto da promotoria de Nova Iorque, sendo que a promotoria daquele Estado remeteu pedido a Corte Superior Americana, requerendo autorização para fornecimento dos dados requeridos, ou seja, além haver cooperação direta entre Delegacia de polícia do Brasil, e Promotoria de Justiça de Nova Iorque, houve chancela por parte da Suprema Corte Americana. Tão logo que entregue as autoridades brasileiras os dados bancários requeridos, discutiu-se a legalidade da prova, uma vez que não houve também chancela do judiciário brasileiro.<sup>249</sup>

Antes de discutir, todavia, a ilegalidade dessa prova, ressalva-se o teor do artigo 13º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, ressaltando que “A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça”. Dessa forma, se percebe que, os dados bancários de instituição financeira sediada no EUA, é prova lícita produzida lá, e nos moldes, poderá ser reaproveitada nas investigações aqui no Brasil, salvo quando a prova for desconhecida pela legislação brasileira.<sup>250</sup> Dessa forma, a prova foi considerada lícita, fundamentando-se, principalmente, no MLAT, sendo que a prova teve respaldo tanto da justiça americana, como do judiciário brasileiro.<sup>251</sup>

O auxílio direito acaba por ser um primeiro canal disponível de solicitação de cooperação jurídica, ao tempo que as autoridades requerem diretamente às empresas requeridas, através de contatos diretos ou formulário online, não havendo intermédio entre governos. Como forma de exemplo, a empresa Facebook, disponibiliza diretrizes operacionais para os obtenha-se dados telemáticos, através do link online

---

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24225467/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-169908-rj-2012-0084508-8-stj>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

249 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 169909 Rio de Janeiro 2012/0084508-8**. Agravante: J C F L DE S. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24225467/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-169908-rj-2012-0084508-8-stj>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

250 BRASIL. **Decreto Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2018. Artigo 13º.

251 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 169909 Rio de Janeiro 2012/0084508-8**. Agravante: J C F L DE S. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24225467/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-169908-rj-2012-0084508-8-stj>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

[www.facebook.com/records](http://www.facebook.com/records), podendo ser requerentes autoridades públicas previamente legitimadas, e em casos antecipadamente especificados.<sup>252</sup>

O auxílio direto é um procedimento já utilizado no mundo inteiro, dependendo apenas de regulamentação por tratados internacionais, tanto que no Brasil, como já dito, não há legislação processual sistematizada que preveja o mecanismo, sendo que traz como benefício a celeridade das informações, a desnecessidade de movimentar o poder judiciário, muitas vezes moroso<sup>253</sup>, entretanto evidencia-se alguns problemas, como a necessidade da autoridade pública ficar estritamente dependente das políticas adotadas por cada empresa, longe de haver padrões de solicitações, bem como padrões de situações em que se possa requerer os dados.

Em função do auxílio direto não corresponder às expectativas, um segundo canal disponível, é a possibilidade de se requerer dados virtuais diretamente as empresas brasileiras afiliadas de empresas estrangeiras, quando constituídas sob a guarida das leis brasileiras, e com sede no país. Caso paradigmático, julgou o STJ no fim do ano passado, onde o Yahoo Brasil fundamentou que não poderia fornecedor os dados requeridos pelo judiciário, pois o servidor que armazena os dados está no exterior.<sup>254</sup>

Segundo o Ministro Reynaldo da Fonseca, o cumprimento da ordem judicial, que no caso se tratava de quebra de sigilo de conta de e-mail, quando de empresa com sede no exterior, deve prescindir de acordo de cooperação jurídica internacional, para fins de efetivação da medida. Todavia, quando a empresa está instituída no Brasil e com atuação no país, a requerida submete-se as leis brasileiras, e por esse motivo desnecessário acordo bilateral de cooperação jurídica internacional para fins de obtenção de provas, tão logo, o Yahoo Brasil não estaria isento de prestar as provas solicitadas pelo juízo que ordenou, não prosperando o argumento que essas provas estariam armazenadas no exterior.<sup>255</sup>

---

252 Solicitações **ONLINE PARA AUTORIDADES DE APLICAÇÃO DA LEI**. FACEBOOK RECORDS. **DISPONÍVEL EM:** <[HTTPS://WWW.FACEBOOK.COM/RECORDS/LOGIN/](https://www.facebook.com/records/login/)>. **ACESSO EM: 20 JUL. 2018.**

253 GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira. **O auxílio direto:** Cooperação jurídica no novo CPC. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 24.

254 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 55.109 Paraná**. Recorrente: F S O DO BL. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Reinaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 7 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/522273587/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-55109-pr-2017-0215256-6/relatorio-e-voto-522273614?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

255 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 55.109 Paraná**. Recorrente: F S O DO BL. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Reinaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 7 de novembro de 2017. Disponível em:



Nesse sentido, Por mais que seja de modo genérico, o Marco Civil da internet prevê a necessidade de manutenção de registro de dados das empresas brasileiras<sup>256</sup>, onde:

**Artigo 13.** *Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.*<sup>257</sup>

**Artigo 15.** *O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.*<sup>258</sup>

Porém, por mais que o Marco Civil demande a manutenção dos registros das aplicações da internet, ele não prevê que esses dados sejam armazenados no Brasil, só obriga que sejam controlados de forma segura, e no prazo de um ano, no caso de sistema autônomo, e seis meses, em caso de pessoa jurídica. A situação objeto, porém, teria previsão, conforme o artigo 11 e respectivos parágrafos do Marco Civil da Internet, quando descreve:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à

---

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/522273587/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-55109-pr-2017-0215256-6/relatorio-e-voto-522273614?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

<sup>256</sup> MARTINES, Fernando. Justiça deve acionar acordo bilateral para quebrar sigilo de conversas no Facebook. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 1 jul. 2017. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-01/justica-acionar-acordo-bilateral-quebrar-sigilo-facebook>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

<sup>257</sup> BRASIL. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2018. Artigo 13º.

<sup>258</sup> BRASIL. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2018. Artigo 15º.

privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no **caput** aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no **caput** aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

Conforme se lê, o §2º do artigo acima, prevê expressamente que as empresas estabelecidas no Brasil, quando integrante de grupo econômico com sede no exterior, submetem-se a legislação brasileira, no que cabe ao armazenamento, guarda, e tratamento de dados, registros e de comunicação, onde pelo menos um dos atos ocorra no território nacional, conforme corrobora o §1º acima.<sup>259</sup>

Acontece que o argumento central da ADC 51, é que, quando não ocorra a cooperação jurídica por auxílio direto, deve ser observada as disposições de acordos bilaterais de cooperação jurídica internacional, respeitando-se ainda a legislação interna de cada país, ressaltando a soberania do país requerido. Com relação ao EUA, o auxílio direto, nestes casos que estão se tratando, só são atendidos os pedidos quando o requerente solicita dados cadastrais e registrados de acesso, ou seja, os “metadados”, sendo que os conteúdos das comunicações propriamente ditos não são fornecidos em auxílio direto, porque as leis americanas não permitem.<sup>260</sup>

O terceiro canal disponível para que sejam requeridos os dados virtuais a essas empresas, especificamente ao EUA, que é onde se concentra o problema, é feito via MLAT, através da solicitação por autoridade brasileira, via autoridade central, que seguem procedimento formais, com base nos acordos internacional entabulados, ratificados e em

---

259 BRASIL. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2018. Artigo 11º.

260 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 14 da manifestação.

vigor no Brasil<sup>261</sup>. É nesse sentido, que se continua construindo a crítica, pois, ao mesmo tempo que o auxílio direto com as empresas americanas não corresponde às expectativas, e o requerimento feito às empresas sediadas no Brasil com sede no exterior não são cumpridos, sob o argumento de que o servidor encontra-se em país diverso, a terceira via, através de autoridade central também apresenta problemas em sua efetividade.

Segundo dados do Ministério da Justiça, frente ao diagnóstico em relação a cooperação jurídica internacional entre Brasil e EUA, esses foi o terceiro país mais requisitado para cooperar, perdendo apenas para Uruguai e Paraguai, em face de acordos multilaterais que compreende o Mercosul, ou seja, se observado apenas acordos bilaterais de cooperação, o EUA foi o mais requisitado. Em relação as solicitações de cooperação jurídica, delimitando especificamente a quebra de sigilo de dados virtuais, o número de pedidos entre os anos de 2014 a 2017, foi de 120 solicitações.

Percebendo a importância do MLAT, e que também é objeto de análise da ADC 51, tramitando no STF, ressalva-se que se dá através da autoridade central DRCI/MJ, para ressaltar a (in) efetividade do meio de cooperação. Analisando os 120 pedidos, 11 desses não chegaram a ser enviados para o EUA, pois continham falhas graves na operação, necessitando de adequações, uma vez que nitidamente não alcançavam o nexo causal da diligência solicitada, chamada pelos americanos de *probable cause*, como visto. Ainda, uma das solicitações, não se tratava de cooperação jurídica, mas sim de envio de informações ao EUA, ficando facultativo ao requerido adotar medidas de investigações cabíveis.<sup>262</sup>

Dos 108 pedidos restantes, que foram efetivamente enviados ao EUA, via autoridade central, 28 pedidos ainda encontravam-se em tramitação em abril de 2018, na forma que, o Brasil não havia recebido resposta conclusiva, observando-se que “08 deles foram enviados no ano de 2014, outros 08 em 2015, outros 05 em 2016, e 07 em 2017”, o que nos leva a começar a aprontar que as respostas dos pedidos se dão de forma morosa, sem nenhuma celeridade. Os outros 80 pedidos que restaram já foram encerrados, com

---

261 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 16 da manifestação.

262 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 19 da manifestação.

conclusão de respostas positivas e negativas de cooperação, bem como porque as autoridades brasileiras desistiram dos pedidos.<sup>263</sup>

Dos pedidos de cooperação jurídica que se enceraram, apenas 18 foram devidamente atendidos de forma positiva pelas autoridades americanas, melhor representando, apenas 22,5% dos pedidos foram cooperados, sendo os outros 62 não resolvidos. Em 49 casos, as respostas das autoridades americanas foram negativas, sem cumprimento da cooperação, e em 13 casos a autoridade brasileira, no tramite da execução do pedido, desistiu, na maioria das vezes pela morosidade que gerou a ineficácia da prova para o processo aqui no Brasil.<sup>264</sup>

Percebe-se que esse índice de 22,5% de cumprimento dos pedidos de cooperação é insatisfatório, desencontrando-se com o argumento dos autores da ADC 51 de que o acordo MLAT deve servir de base para a cooperação. O inverso, todavia, não é verdade, pois dos pedidos de cooperação jurídica em que o Brasil é requerido pelo EUA, o índice de cumprimento da diligência é de 70%, "o que é considerado internacionalmente um número muito expressivo e positivo".

Em relação as negativas americanas em que é apontado falta de nexos causal, em função do *probable cause*, não basta apenas indicar ao Estado americano que certa pessoa está sendo investigada no Brasil, como por exemplo pelo crime de pornografia infantil, e que essa pessoa contém um e-mail cujo provedor esteja sediado no EUA, para eles necessita-se demonstrar provas a mais, através de indícios que deduzam que o respectivo e-mail foi efetivamente utilizado para o compartilhamento de imagens de pedofilia. Nesse sentido, esses requisitos impostos pela lei americana, na maioria das vezes, inviabiliza completamente o pedido de cooperação com o Estado Brasileiro.<sup>265</sup>

---

263 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 20 da manifestação.

264 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 20 da manifestação.

265 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em:

Outro dado importante de se observar, é que 24% dos pedidos recursados, envolvem investigações, no Brasil, de crimes contra honra, como injúria, calúnia, e difamação, uma vez que a primeira emenda norte americana protege de forma ampla a liberdade de expressão e opinião, e por vezes, dependendo da gravidade, as condutas não são classificadas como atos criminosos. Por exemplo, a fim de se elucidar caso de injúria racial, é requerido ao EUA informações do perfil social de usuário do Facebook ou Twitter, bem como o conteúdo de conversas postadas nesses serviços, entretanto, as autoridades americanas, quando requisitadas a colaboração nesse tipo de delito, sequer adotam operações de colaboração, devolvendo o pedido as autoridades brasileiras, sem nenhuma diligência, argumentando que não há “dupla incriminação”, pois no EUA aqueles ato contra a honra deve ser resolvido apenas nos juízes cíveis, não havendo ilícito penal para que haja cooperação jurídica, ressalvando que o acordo MLAT trata-se de cooperação jurídica em material penal. Salienta o Ministério da Justiça que:

Como pode-se perceber, neste tipo de situação, a cooperação jurídica internacional encontra limite na própria ordem legal do país requerido, representando um óbice de índole jurídica e com alta dificuldade de ser resolvido, diante da impossibilidade e compatibilização dos sistemas legais criminais no caso concreto.<sup>266</sup>

Entre os pedidos negados ainda, 3% são recusados em função da solicitação requerer interceptação telemática em tempo real, conhecido como grampo telemático, sendo vedado pelo ordenamento norte americano, especificamente quando requeridos por autoridades não estadunidenses. Outros argumentos de recusa se deram por diversos argumentos como: O apagamento dos dados por parte do provedor, uma vez que excedido o prazo de armazenamento obrigatório; em função do servidor não ter sido localizado; quando em razão da empresa WhatsApp, que argumenta não possuir mecanismos técnicos de armazenamento de dados, em virtude da criptografia de ponta

---

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 24 da manifestação.

266 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 25 da manifestação.

existente na operação do aplicativo; em função das informações já estarem no poder da empresa afiliada no Brasil.<sup>267</sup>

Acontece, outrossim, que, em média as solicitações pela autoridade central brasileira, levam apenas 4 dias para analisar e tramitar as os pedidos de cooperação, entretanto, a resposta demora em média 13 meses para as positivas.

O MLAT apesar de não parecer efetivo, no âmbito da cooperação jurídica internacional, os Estado devem sempre buscar ampliações interpretativas em face dos acordos entabulados, para que se possa admitir outras formas legítimas de cooperação, desde que estejam devidamente previstas na legislação interna dos países acordantes, mantendo a segurança jurídica do sistema, e validade da prova obtida.<sup>268</sup>

A ação declaratória de constitucionalidade 51, traz como objeto a reiteração dos efeitos do MLAT, na medida que, segundo a ASSESPRO, não está se respeitando o acordo bilateral vigente, entretanto, já em vias de conclusão, não exauri outras possibilidades de cooperação, ou seja, o MLAT não é o único meio legítimo para cooperação internacional, sendo que o próprio acordo prevê isso, na medida que “pode haver duplicidade de caminhos legítimos e regulares para obtenção de eventual diligência”. O que se quer dizer é que ao não aplicar o MLAT, o Estado brasileiro não está atestando sua inconstitucionalidade, mesmo sendo esse acordo o principal que está em face do objeto, mas não o único, isso porque as demais formas de cooperação, são válidas e previstas na legislação interna de ambos os países, no caso do Brasil, através do Marco Civil da Internet, conforme artigos acima mencionados.<sup>269</sup>

---

267 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 25 da manifestação.

268 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 32 da manifestação.

269 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 35 da manifestação.

Outrossim, a ADC 51 traz como mérito a impossibilidade das empresas de tecnologia, afiliadas no Brasil, mas como sede e servidor no exterior, de disponibilizar os dados virtuais dos usuários. Nesse sentido, se percebe que a intenção dos requerentes é desprezar a lei brasileira, que deveria ser aplicada as empresas estrangeiras atuantes no Brasil, que fazem partes de grupos econômicos estrangeiros. Mesmo se houver dissonância entre a lei brasileira, e no caso, a lei americana, tais normais legais devem ser levadas em conta com a mesma carga de importância. Na mesma forma que uma empresa americana deve obedecer a legislação daquele país ao abrir uma empresa, quando uma afiliada é composta no Brasil, também deve se submeter a lei brasileira. Observa-se que:

Quando empresas estrangeiras se estabelecem em determinado lugar, devem levar em conta os aspectos positivos e negativos, os bônus e os ônus, não podendo apenas se beneficiar, e deixar de colaborar com as próprias autoridades locais, seguindo as disposições da lei local. Assim, havendo interesse econômico de determinado grupo estrangeiro se estabelecer no Brasil, as leis brasileiras devem ser observadas.<sup>270</sup>

Sem tal exigência, todavia, já fazendo uma análise econômica, os grupos econômicos internacionais, partem em vantagem em relação aquelas empresas genuinamente brasileiras, ocasionando uma desvantagem concorrencial, uma vez que essas estariam obrigadas a criar banco de dados virtuais, frente a responsabilidade legal de colaboração com as autoridades locais.<sup>271</sup>

### **3 CONCLUSÃO**

Percebe-se que os mecanismos de obtenção de provas como cartas rogatórias, auxílio direto, com base ainda nos acordos bilaterais de cooperação internacional, na seara

---

270 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 36 da manifestação.

271 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 37 da manifestação.

criminal, por mais que essenciais a elucidação de delitos, não se mostram eficientes quando em relação a empresas estrangeiras sediadas em território brasileiro.

Mais especificamente, em relação aos pedidos de cooperação com o Estado americano, voltados à obtenção de dados virtuais, o MLAT não apresenta resultados satisfatórios, por diversos motivos apresentados, desde a demora para cumprimento, até as imposições da lei interna americana que inviabilizam os pedidos. Dessa forma, se concorda ainda que o MLAT não é satisfatório em face da necessidade de cooperação, uma vez que legislação interna americana age como um verdadeiro limitador do MLAT, apresentando-se como uma ferramenta totalmente ineficiente.

Em relação a ação declaratória de constitucionalidade 51, se observa que o conflito entre leis internas americanas e brasileiras, no que tange o fornecimento de dados virtuais por parte de empresas atuantes no Brasil, mas pertencentes a grupos econômicos internacionais, ambos ordenamentos deve ser respeitados, dando tratamento e obrigação igualitária aos demandantes das leis, e nesse sentido, as empresas atuantes no Brasil, devem seguir a legislação proposta no território onde está localizada a empresa, independente do grupo econômico ter sede no estrangeiro.

Ainda, se o argumento é que o servidor da empresa afiliada fica localizado no país sede da empresa, e conseqüentemente ficando apenas lá armazenados os dados telemáticos, logo, deve ser o caso, da legislação brasileira impor para as empresas atuantes em território nacional, o armazenamento e manutenção dos dados em servidor no Brasil, compactuando para um tratamento isonômico com as empresas nacionais, conforme já vem sendo apontado pelo Marco Civil da Internet no Brasil.

O mérito da ADC 51, salienta a necessidade de reiterar a constitucionalidade do MLAT, porém a linha de raciocínio travada para isso, coloca o acordo como a única fonte de cooperação jurídica entre Brasil e EUA, desconsiderando outras formas de cooperação entre os Estados, sendo que essas outras formas, em hipótese alguma, representam a inconstitucionalidade do decreto n. 3.810/01, aprovado no Brasil.

## **REFERÊNCIAS**

Aplicativos com sede no exterior devem obedecer legislação brasileira, defende MPF. **Ministério Público Federal**, Brasília, 16 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/aplicativos-com-sede-no-externo-devem-obedecer-legislacao-brasileira-defende-mpf>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

BERSOT, Karin Loize Holler Mussi. **Princípio do contraditório – do estado liberal ao estado democrático de direito**. 2011. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -



Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Institui o código de processo penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2018. Artigo 237, II.

BRASIL. **Decreto Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Institui o código de processo civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 169909 Rio de Janeiro 2012/0084508-8**. Agravante: J C F L DE S. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24225467/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-169908-rj-2012-0084508-8-stj>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 55.109 Paraná**. Recorrente: F S O DO BL. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Reinaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 7 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/522273587/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-55109-pr-2017-0215256-6/relatorio-e-voto-522273614?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade nº 51 Distrito Federal**. Requerente: Federação das Associações das empresas brasileiras de tecnologia da informação - ASSESPRO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320379>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CANÁRIO, Pedro. Cooperação jurídica com EUA para quebra de sigilo telemático fracassa 77% das vezes. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/cooperacao-eua-quebra-sigilo-fracassa-77-vezes>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira. **O auxílio direto**: Cooperação jurídica no novo CPC. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARTINES, Fernando. Justiça deve acionar acordo bilateral para quebrar sigilo de conversas no Facebook. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 1 jul. 2017. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-01/justica-acionar-acordo-bilateral-quebrar-sigilo-facebook>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011,

MENDES, Guilherme. O que é o Cloud Act – e como a lei americana pode refletir no Brasil? *Jota*, São Paulo, 19 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/cloud-act-lei-acesso-dados-outros-paises-19052018>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

MOROSINI, Fábio Costa; FERREIRA, Luiz Vaz. Transgovernalismo e cooperação jurídica internacional no Brasil. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coords). **Direito internacional contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2014.

MP pode pedir aos EUA quebra de sigilo de brasileiros. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 out. 2010. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2010-out-27/mp-pedir-aos-eua-quebra-sigilo-integrantes-universal>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SMITH, Brad. The cloud Act is an important step forward, but now more steps need to follow. *Microsoft Blog*, Seattle, 3 abr. 2018. Disponível em: <<https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2018/04/03/the-cloud-act-is-an-important-step-forward-but-now-more-steps-need-to-follow/>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

Solicitações online para autoridades de aplicação da lei. Facebook records. Disponível em: <<https://www.facebook.com/records/login/>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

SOUZA, Carolina Yumi de. **Cooperação Bilateral Brasil – EUA em matéria penal:** Alcançando o devido processo. 2015. 279 f. Tese (Doutorado em direito) – Programa de Pós-graduação em direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2015.

SOUZA, Nevitton Vieira; MOSCHEN, Valesca Raiser Borges. O protocolo de Las Lenas e a cooperação jurídica internacional no Brasil. In: PARAGUASSU, Mônica; MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raiser Borges (Coords). **Direito Internacional**. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

STJ decide que MP pode solicitar aos EUA quebra de sigilo bancário de membros da Igreja Universal. **Ministério Público de São Paulo**. 10 out. 2010. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao\\_noticias/2010/Outubro\\_10/STJ%20decide%20que%20MP%20pode%20solicitar%20aos%20EUA%20quebra%20de%20sigilo%20banc%C3%A1rio%20de%20membros%20da%20Igreja%20Universal](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2010/Outubro_10/STJ%20decide%20que%20MP%20pode%20solicitar%20aos%20EUA%20quebra%20de%20sigilo%20banc%C3%A1rio%20de%20membros%20da%20Igreja%20Universal) >. Acesso em: 21 jul. 2018.

## **O GOVERNO PELA LEI PENAL PROIBITIVA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO *JUS PUNIENDI* ESTATAL E DA APROPRIAÇÃO DA JUSTIÇA PELO ESTADO MODERNO**

**LETICIA VILELA LOCATELI:**

Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Pós-Graduada em Direito da Diversidade e da Inclusão (Faculdade Legale) e Pós-Graduada em Prática Penal Avançada (Faculdade Focus)<sup>272</sup>.

**RESUMO:** A formação histórica do "jus puniendi" estatal reflete um processo complexo de consolidação de poder e controle social. Inicialmente vinculado à reparação de danos e ao direito de vingança, o processo penal medieval cedeu lugar, nos Estados modernos, à centralização do poder de resolução de conflitos. A análise histórica permite a conclusão de que a apropriação do papel da vítima do delito pelo Estado foi utilizada para justificar uma imposição de punição aos transgressores da lei emanada pelo soberano. Os reformadores clássicos, no século XVIII, criticaram a arbitrariedade do poder punitivo e propuseram uma abordagem mais racional e proporcional. Contudo, a análise crítica do discurso reformador permite verificar que não apenas revolta com a desumanidade do direito penal do Antigo Regime, mas, principalmente, um vultoso incômodo com a irregularidade e irracionalidade da aplicação das normas penais. Pretendia-se a criação de um sistema que garantisse a aplicação regular, contínua e calculada do poder de punir, a fim de atender aos anseios do sistema capitalista em consolidação. Nessa perspectiva crítica, a análise sobre o processo histórico de consolidação política do "jus puniendi" estatal revela a complexidade dos interesses por poder e controle social ao longo da história.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito penal; jus puniendi; sociedade disciplinar.

### **INTRODUÇÃO**

A evolução do "jus puniendi" estatal ao longo da história reflete uma transformação multifacetada nas abordagens e fundamentos do sistema penal. Desde suas raízes na Alta Idade Média, onde a justiça se baseava na reparação do dano e no direito de vingança, até as complexidades do sistema penal moderno, a trajetória revela mudanças significativas

---

272 E-mail: [leticia.locateli@gmail.com](mailto:leticia.locateli@gmail.com)

no papel do Estado, nos fundamentos teóricos e nas práticas punitivas. Este artigo busca realizar uma análise crítica dessa evolução, explorando os momentos-chave que moldaram a concepção e aplicação do "jus puniendi". Ao longo desse percurso, examinaremos a transição do poder punitivo centrado na vingança para a centralização do Estado soberano, os desafios apresentados pelo Iluminismo e a crítica dos reformadores clássicos à arbitrariedade do poder penal. A emergência da prisão como uma forma de punição, inicialmente vinculada a interesses socioeconômicos, e a transição para uma sociedade disciplinar no século XIX serão abordadas criticamente. Este estudo propõe uma reflexão sobre as implicações sociais, políticas e econômicas da formação do "jus puniendi" ao longo da história.

## DESENVOLVIMENTO

Com a desintegração do Império Romano o direito público positivo cede espaço a ordem jurídica dos reinos bárbaros, essencialmente consuetudinária, fragmentada e baseada na justiça privada. Alguns povos bárbaros não possuíam a noção de Estado<sup>273</sup> e tampouco a ideia abstrata de defesa social, de forma que os conflitos entre os membros da comunidade eram resolvidos de forma eminentemente privada.

Durante a Alta Idade Média, um processo penal era iniciado para apurar uma infração, não em razão do desrespeito a determinada norma emanada de um núcleo de poder, mas porque foi causado um dano por alguém a um terceiro, o que gerava um direito de vingança<sup>274</sup>.

A ação penal consistia em um duelo entre o acusado e o lesado que reclamava a reparação do dano<sup>275</sup>, sem intervenção de representante das autoridades ou do povo<sup>276</sup>. A finalidade da ação não era "[...] nomear, localizar aquele que disse a verdade, mas para estabelecer que o mais forte é, ao mesmo tempo, quem tem a razão".<sup>277</sup> É nesse sentido que Foucault afirma que "O Direito [germânico] é uma forma regulamentada de fazer a

---

<sup>273</sup> PAULO, Alexandre Ribas de. *A informalidade na resolução de conflitos penais intersubjetivos e no processo penal: um olhar histórico sobre os mecanismos de apropriação das pessoas pelos (estados) soberanos*. Florianópolis: domínio público, 2006, p. 49.

<sup>274</sup> FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas jurídicas*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nau editora, 2012, p.57.

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 62.

guerra”<sup>278</sup>. Desenvolvia-se um sistema de provas cuja função era provar não a verdade, mas a força e a importância do acusador e do acusado. Por essa razão o acusado poderia provar sua inocência reunindo um certo número de pessoas que atestassem sua importância social, ou pronunciando determinadas fórmulas corretamente<sup>279</sup>, além das provas mágico-religiosas como o juramento e as ordálias<sup>280</sup>.

Devido ao caráter privatista do Direito Medieval, era possível que uma das partes interrompesse o duelo e transigisse, constituindo um árbitro que determinaria o valor do resgate da vingança, o que permitia ao agressor retomar seu direito à paz ou a sua vida<sup>281</sup>. O pesquisador Alexandre Ribas de Paulo destaca:

[...] no Direito Germânico primitivo, a concessão da paz era um direito exclusivo do ofendido, que era, por assim dizer, o único responsável pela oportunidade de “negociar” e até renunciar à compensação dos danos oriundos de um delito. Dessa forma, o costume bárbaro que autorizava a vingança privada, concedia a faculdade de punição ao ofendido mas não o obrigava à execução.<sup>282</sup>

Entretanto, não se pretende afirmar que havia um total desinteresse dos monarcas em relação aos conflitos de seus súditos, pois muitos deles passaram a apreciar previamente estes antes da instalação da composição privada, como “*forma de governar através da lei penal proibitiva*”<sup>283</sup>. A oposição, absorção e combinação do antigo direito romano tipicamente estatal e do direito germânico bárbaro são descritas por Michael Foucault:

Cada vez que sobre as ruínas do Império Romano, um Estado começa a se esboçar, cada vez que uma estrutura estatal começa a nascer, então o Direito Romano, velho direito de Estado se revitaliza. [...] Por outro lado, cada vez que há a dissolução desses embriões, desses

---

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>280</sup> PAULO, Alexandre Ribas de. op. cit, p. 52.

<sup>281</sup> FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas jurídicas*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nau editora, 2012, p.57.

<sup>282</sup> PAULO, Alexandre Ribas de. *A informalidade na resolução de conflitos penais intersubjetivos e no processo penal: um olhar histórico sobre os mecanismos de apropriação das pessoas pelos (estados) soberanos*. Florianópolis: domínio público, 2006, p. 55.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 56.

lineamentos de estados, o velho Direito Germânico triunfa e o Direito Romano cai por séculos no esquecimento<sup>284</sup>.

Já no século XI, a ausência de um representante que zelasse pela segurança e bem-estar coletivo estimulou a subordinação de cavaleiros e camponeses aos senhores feudais em troca de proteção<sup>285</sup>. Os primeiros se associavam por relação de suserania e vassalagem, colocando suas armas à disposição dos senhores, e os segundos entregando a eles parte da produção.

A sociedade feudal é marcada pela baixa circulação de bens, que só ocorriam por herança ou por guerra, rapina ou ocupação de terra<sup>286</sup>. Os litígios judiciais, como forma de legitimar a guerra, tornaram-se um meio de fazer circular os bens, razão pela qual:

[...] os mais poderosos procuravam controlar os litígios judiciais, impedindo que eles se desenvolvessem espontaneamente entre os indivíduos e porque tentaram apossar-se da circulação judicial e litigiosa dos bens, o que implicou na concentração das armas e do poder judicial, que se formava na época, nas mãos dos mesmos indivíduos<sup>287</sup>.

Ocorre então o processo de centralização de armas e de poder pelos senhores feudais, especialmente pelo monarca, o mais poderoso, que gradualmente apropriou-se dos métodos de resolução de conflitos<sup>288</sup>. Em um longo processo histórico desenha-se a figura do príncipe que enquanto “modelo de todo indivíduo” encarna a figura do Estado e encontra em si mesmo justificações, motivos e finalidades do poder que exerce<sup>289</sup>.

A reintrodução do Direito Romano na Europa a partir do século XII foi essencial para a fundamentação do poder monárquico autoritário e absolutista<sup>290</sup>, e possibilitou a

---

284 FOUCAULT, Michel. op. cit. p.58.

285 PAULO, Alexandre Ribas de. op. cit, p. 63

286 FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas jurídicas*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nau editora, 2012, p.63.

287 FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas jurídicas*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nau editora, 2012, p.64.

288 *Ibidem.*, p.64.

289 GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 39.

290 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 25 ed. São Paulo: Graal, 2012, p. 280.

reconstrução do Direito Público<sup>291</sup>. Posteriormente, os próprios monarcas passaram emitir leis de Direito Público, interferindo progressivamente nos conflitos intersubjetivos do povo pela edição de normas e aplicação de sanções penais com o objetivo declarado de estabelecer a paz e a segurança do povo<sup>292</sup>. Porém, é necessário salientar que as normas emanadas pelo Príncipe nesse período não necessariamente traduziam as aspirações e necessidades sociais, mas tendiam a “[...] projetar para o exterior uma vontade perfeitamente definida que já encontrou nele qualquer possibilidade de justificação.”<sup>293</sup>.

Constrói-se então o conceito de infração, conforme a qual o “crime” não implicaria apenas no dano a um terceiro, mas a uma ofensa a figura ao Soberano enquanto representante do Estado<sup>294</sup>. Conseqüentemente, o Estado, enquanto ofendido, passa a exigir uma reparação do transgressor<sup>295</sup>.

O Estado, ao declarar-se prejudicado pelo crime, impõe ao transgressor uma pena para reparar a ordem jurídica lesada. Tal pena poderia ser inclusive pecuniária, como o confisco de bens<sup>296</sup>, que servia para aumentar o tesouro do novo Estado. Foucault destaca que: “[...] as monarquias ocidentais foram fundadas sobre a apropriação da justiça, que lhes permitia a aplicação desses mecanismos de confiscação” <sup>297</sup>.

Por outro lado, aos menos favorecidos economicamente, de quem nada poderia ser confiscado, era imposta uma pena vexatória e cruel, para demonstrar a superioridade da vingança soberana sobre seu ofensor. O ritual do suplício deveria produzir um sofrimento calculado em relação ao crime praticado, reproduzindo-o e excedendo-o a fim de marcar

---

291 PAULO, Alexandre Ribas de. *A informalidade na resolução de conflitos penais intersubjetivos e no processo penal: um olhar histórico sobre os mecanismos de apropriação das pessoas pelos (estados) soberanos*. Florianópolis: domínio público, 2006, p. 78.

292 *Ibidem*, p. 90.

293 GROSSI, op. cit, p. 40

294 FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas jurídicas*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nau editora, 2012, p. 66

295 PAULO, Alexandre Ribas de. *A informalidade na resolução de conflitos penais intersubjetivos e no processo penal: um olhar histórico sobre os mecanismos de apropriação das pessoas pelos (estados) soberanos*. Florianópolis: domínio público, 2006, p. 66.

296 PAULO, Alexandre Ribas de. *A informalidade na resolução de conflitos penais intersubjetivos e no processo penal: um olhar histórico sobre os mecanismos de apropriação das pessoas pelos (estados) soberanos*. Florianópolis: domínio público, 2006, p. 90.

297 FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas jurídicas*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nau editora, 2012, p. 67.



a superioridade do soberano<sup>298</sup>. Nas palavras de Michel Foucault, “o suplício tem a função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante<sup>299</sup>”.

O Estado soberano passa a rechaçar “qualquer forma de pluralismo social e jurídico”<sup>300</sup>, marginalizando os métodos comunitários de composição de conflitos e afirmando a hegemonia do direito estatal. Nesse panorama, a transação entre o ofensor e o ofendido não é mais capaz de extinguir a punibilidade, pois não pode ser oposta perante a justiça do soberano<sup>301</sup>. Porém, ainda seria possível que o soberano, a pedido das partes, permitisse a transação nos casos em que o transgressor confessasse a falta e demonstrasse verdadeira submissão, deixando de aplicar a punição<sup>302</sup>.

O absolutismo e os dogmas religiosos que fundamentavam o poder do monarca passam a ser questionados pelo movimento iluminista no século XVII. Desenvolve-se uma teoria política baseada no racionalismo e no contratualismo<sup>303</sup>. O movimento iluminista, assim como a consolidação do capitalismo, contribui para o fortalecimento do individualismo que reconhece no indivíduo um valor absoluto, priorizando sua vontade e liberdade individual<sup>304</sup>.

Especialmente a partir do século XVIII, os excessos do poder punitivo e a arbitrariedade das práticas penais aplicadas começam a ser questionadas pelos reformadores clássicos. Os teóricos iluministas observam que a severidade das penas estabelecidas em lei conjugada com o excesso de liberdade do julgador afasta a aplicação uniforme da justiça e promovem a impunidade. Concluiu-se que, embora existam casos em que a punição seja ostensivamente aplicada, muito mais frequentes são os casos em que o julgador negligencia o crime para não punir severamente<sup>305</sup>.

Uma análise crítica do discurso dos penalistas reformadores revela não apenas revolta com a desumanidade do direito penal do Antigo Regime, mas, principalmente, um vultuoso incômodo com a irregularidade e irracionalidade da aplicação das normas

---

298 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 36.

299 *Ibidem*, p. 48.

300 GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 41.

301 PAULO, Alexandre Ribas de. *op. cit.*, p. 96.

302 *Ibidem*, p.97.

303 *Ibidem*, p. 105.

304 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.30.

305 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 35.

penais<sup>306</sup>. Na obra *Dos delitos e das penas*, popularizada como expoente do período humanitário do direito penal, Beccaria afirma que os espetáculos bárbaros não podem ser sustentados por um sistema constante de leis, pois leis muito cruéis tendem a deixar o crime sem punição<sup>307</sup>.

A esse respeito, Michel Foucault afirma que o desenvolvimento das ciências políticas não é produto do progresso das ciências exatas, mas o resultado da antagônica justaposição entre a fundamentação do direito na soberania e a necessidade de estabelecer uma disciplina adequada sobre o povo<sup>308</sup>. O movimento de reforma do direito penal desenvolve-se no contexto de consolidação do capitalismo e da necessidade da burguesia de conter a criminalidade dos bens e administrar as camadas populares. A margem de tolerância concedida pelo costume às camadas mais desfavorecidas durante o Antigo Regime era incompatível com o aparecimento dos grandes armazéns e oficinas, característicos do estágio inicial do capitalismo<sup>309</sup>.

Esse contexto exigiu uma nova mecânica de poder, pois será necessária uma aplicação regular, contínua e calculada do poder de punir. O Direito moderno pretende ser geral, pois obriga a todas as pessoas que estejam em igual situação jurídica; abstrato para abarcar ao maior número de situações possíveis; coercível porque o Estado dispõe de mecanismos para obrigar ao cumprimento de suas leis; e impessoal, por se estender a todas as pessoas de forma não particularizada<sup>310</sup>.

Os reformadores propõem um conceito de crime desvinculado da falta moral e religiosa, que implicaria apenas na ruptura com a lei social previamente elaborada pelo poder político<sup>311</sup>. Conforme o discurso dos teóricos clássicos, a lei emanada pelo poder legitimava-se porque positivava as necessidades e as aspirações sociais, e, conseqüentemente, o desrespeito à lei implicava, necessariamente, em um dano social<sup>312</sup>.

Nesse contexto, a pena a ser aplicada ao transgressor deve ser certa e estabelecida previamente em lei na exata medida necessária para reparar o dano causado pelo delito à sociedade. A figura do criminoso ganha contornos de inimigo, aquele que com sua conduta

306 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 77.

307 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 48.

308 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 25 ed. São Paulo: Graal. 2012, p. 294.

309 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 82.

310 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 33.

311 FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas jurídicas*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nau editora, 2012, p. 80.

312 FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas jurídicas*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nau editora, 2012,p.80-2.

desrespeitou o contrato social e colocou-se à margem da sociedade. Portanto, a pena imposta ao criminoso não pretende transformá-lo, mas apenas apagar o dano social por ele causado ou impedir que novas condutas criminosas semelhantes voltem a ser praticadas<sup>313</sup>. Em última análise, aplicação da pena está diretamente ligada à lei, deriva-se dela e nela se justifica, formando um sistema autopoietico. Conforme sintetiza Foucault: “o direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade.<sup>314</sup>”.

O princípio da legalidade foi um ponto central na teoria penal clássica, pois ao mesmo tempo em que limita o poder de punir do Soberano também deslegitima toda forma de pluralismo jurídico outrora desenvolvido no interior das comunidades. Sobre o tema, Paolo Grossi analisa:

O direito já se contraiu na lei: um sistema de regras autoritárias, de comandos que foram pensados e desejados como abstratos e sem elasticidade, insindicáveis no seu conteúdo, já que não é da qualidade desse, mas da qualidade do sujeito legislador que tiram a própria autoridade. Em pouco tempo, no clima pré-revolucionário e revolucionário, a lei receberia um ulterior reforço, o democrático, graças a afirmada (mesmo se não demonstrada) coincidência entre a vontade legislativa e a vontade geral<sup>315</sup>.

Para atingir os fins de anulação do dano e prevenção geral, os teóricos elaboraram quatro tipos de pena: a deportação, a humilhação pública, os trabalhos forçados e a pena de talião. A fundamentação da deportação ou banimento na ideia de que o criminoso que quebrou o pacto social deveria ser excluído da sociedade, escondia seu real propósito, que era o interesse da metrópole em suprir a demanda por força de trabalho nas colônias<sup>316</sup>. A humilhação pretendia isolar o criminoso dentro da própria sociedade, pelo desprezo e condenação de seus semelhantes. Sobre a fundamentação de extrair do condenado uma forma de reparação pelo dano causado, os trabalhos forçados proporcionavam ao Estado força de trabalho nas condições mais baratas possíveis<sup>317</sup>. A pena de talião pretendia

---

313 *Ibidem*, p.81

314 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 87.

315 GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 45-6.

316 RUSCHE, George; KIRCHHEIMER Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 91

317 RUSCHE, George; KIRCHHEIMER Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 89

finalmente infligir ao criminoso mal semelhante ao causado para dissuadir a ele e os demais da prática de novas faltas<sup>318</sup>.

Nota-se que a prisão como forma de punição não estava prevista no programa dos reformadores clássicos. A pena privativa de liberdade foi criticada por esses teóricos, que afirmavam que ela seria inútil e até nociva a sociedade, porque mantinha o condenado ocioso e exposto a arbitrariedade dos guardiões<sup>319</sup>. No entanto, paralelamente à teoria clássica, desenvolvia-se um conjunto de ideias de origem popular e policial que pretendia corrigir o transgressor por meio da aplicação de uma pena. A apropriação pelo Estado de tais teorias culminou na formulação do conceito de periculosidade e na criação de um novo tipo de punição não proposto pelos reformadores: a prisão<sup>320</sup>.

Os pesquisadores Rusche e Kirchheimer explicam que as prisões originalmente estavam “[...]estritamente ligada às casas de correção manufatureiras. Uma vez que o objetivo principal não era a recuperação dos reclusos, mas a exploração racional da força de trabalho”<sup>321</sup>. Os detentos eram utilizados pelas manufaturas, com a coordenação estatal, como alternativa de mão de obra mais barata do que a dos trabalhadores livres. Assim, conforme os autores, a origem das prisões está ligada a interesses socioeconômicos do capitalismo em formação.

Michael Foucault descreve a formação da sociedade europeia do século XIX como uma sociedade disciplinar, sendo o panoptismo um de seus traços principais. A estrutura Panóptica criada por Jeremias Bethan influenciou a criação de escolas, fábricas, asilos e prisões, possibilitando que o poder exercesse o controle pela vigilância individual e contínua<sup>322</sup>.

Nestes moldes, constrói-se o moderno sistema penal: organizado, objetivo, homogêneo e racionalizado. A intervenção do Estado passa a ser calculada a fim de aplicar uma punição humana, moderada e direcionada a produção de efeitos sobre a mente dos criminosos.

## CONCLUSÃO

---

318 FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau editora, 2012. p. 82-3

319 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 110.

320 FOUCAULT, op. cit, p. 92-9.

321 RUSCHE, George; KIRCHHEIMER Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 99.

322 FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau editora, 2012, p. 103.

A evolução do "jus puniendi" estatal, desde suas origens na Alta Idade Média até a consolidação do sistema penal moderno, oferece uma narrativa complexa e multifacetada. Ao percorrer essa trajetória histórica, torna-se evidente a transição de um sistema baseado na reparação de danos e vingança para a ascensão do Estado soberano, rejeitando pluralismos e impondo uma visão centralizada da justiça.

O questionamento iluminista e as críticas dos reformadores clássicos provocaram mudanças fundamentais, buscando uma abordagem mais racional e proporcional que permitisse aplicação regular, contínua e calculada do poder de punir, necessária para o contexto de consolidação do capitalismo.

A introdução da prisão, inicialmente motivada por interesses socioeconômicos, e a posterior consolidação da sociedade disciplinar no século XIX delineiam uma relação intrincada entre poder, economia e controle social. Esta análise crítica destaca não apenas a busca por uma justiça mais racional, mas também os desafios éticos e sociais inerentes à aplicação do "jus puniendi".

Em última análise, a evolução do "jus puniendi" reflete a interseção complexa entre poder, ideologia e controle social, questionando constantemente as bases sobre as quais o sistema penal é construído. Esta reflexão crítica destaca a necessidade contínua de avaliação e reformulação, à medida que sociedade, direito e poder continuam a evoluir.

## **BIBLIOGRAFIA**

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas jurídicas*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nau editora, 2012

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 25 ed. São Paulo: Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004

PAULO, Alexandre Ribas de. *A informalidade na resolução de conflitos penais intersubjetivos e no processo penal: um olhar histórico sobre os mecanismos de apropriação das pessoas pelos (estados) soberanos*. Florianópolis: domínio público, 2006

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

## POSICIONAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE AS ALTERAÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

### **DIOGO BARROS TORRES DE OLIVEIRA:**

Pós-Graduação em Direito Público pela Universidade Anhanguera - UNIDERP; Graduação em Direito pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió - CESMAC. Assessor Judicial no TJAL. Professor de Direito na SEUNE – Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste LTDA323.

**RESUMO:** O presente artigo possui como objeto a análise das alterações legislativas promovidas pela Lei nº 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). A intenção é demonstrar a inconstitucionalidade e inconveniência de significativa parcela da nova normatização, por incompatibilidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com a Convenção de Mérida, com especial foco nos entendimentos já expostos pelo Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-Chave:** Lei de Improbidade Administrativa. Inovações legislativas. Inconstitucionalidade. Inconveniência.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the legislative changes promoted by Law nº 14.230/2021 in the Administrative Improbity Law (Law nº 8.429/1992). The intention is to demonstrate the unconstitutionality and unconventionality of a significant portion of the new regulation, due to incompatibility with the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and the Mérida Convention, with special focus on the understandings already exposed by the Federal Supreme Court.

**Keywords:** Administrative Improbity Law. Legislative innovations. Unconstitutionality. Unconventionality.

### **1.INTRODUÇÃO**

A Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, modificou substancialmente o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro à improbidade administrativa.

---

323 E-mail: diogobarrosal@yahoo.com.br

De fato, a novel legislação não só superou diversos entendimentos jurisprudenciais consolidados, como também promoveu inúmeras mudanças no sistema de improbidade. Dentre estas alterações, destacam-se: a alteração do regime prescricional, inclusive com a positivação da prescrição intercorrente; a expressa vedação à punição de atos ímprobos de natureza culposa, até então admitida exclusivamente para a hipótese de dano ao erário; a restrição do próprio conceito de dolo, passando a exigir, além da consciência e vontade, a comprovação do especial fim de agir do agente; a exclusão da possibilidade de ajuizamento da ação de improbidade administrativa pelos entes federativos lesados, atribuindo a legitimidade ativa exclusivamente ao Ministério Público; a vedação de aplicação da "remessa necessária invertida", prevista na Lei 4.717/1965 (Lei de Ação Popular) e aplicável à improbidade administrativa com fundamento no microsistema processual coletivo; e a alteração da redação do artigo 11, *caput*, para tornar taxativo o rol de atos atentatórios aos Princípios da Administração Pública.

Como esperado, as alterações promovidas no sistema de proteção à probidade administrativa – que, em sua quase totalidade, dificultam a punição de agentes ímprobos – deram início a uma série de discussões nas searas acadêmica, doutrinária e jurisprudencial, com especial fundamento no desvio de finalidade do legislador infraconstitucional e na inconstitucionalidade e inconveniência do novo regramento, o que resultou no ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 7.156/DF, 7.236/DF e 7.237/DF.

## **2. (IR)RETROATIVIDADE DAS DISPOSIÇÕES DA LEI 14.230/2021 E AS TESES DE FIXADAS PELO STF - REPERCUSSÃO GERAL TEMA 1.199**

Quase concomitantemente à publicação da Lei 14.230/2021, duas correntes se formaram acerca da possibilidade, ou não, de retroação das novas disposições legais e aplicação às demandas já ajuizadas.

Uma primeira corrente entendeu ser possível a aplicação retroativa das novas regras, sob o argumento de que a norma estaria inserida no contexto do direito sancionador e é mais favorável ao réu, razão pela qual a natureza cível da ação de improbidade não seria óbice à aplicação retroativa da nova lei aos atos ocorridos antes da sua entrada em vigor. Lado outro, uma segunda corrente passou a defender a impossibilidade de retroação, aduzindo que as esferas cível e penal não se confundem e, como a admissão à retroatividade da norma mais benéfica ao réu, típica da seara penal, é estranha ao direito civil, não haveria razão para sua aplicação às demandas de improbidade administrativa.

Em fevereiro de 2022, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão (Tema 1.199), para a "*definição de eventual (ir)retroatividade*



das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.", e, em seguida, o Ministro Alexandre de Moraes, acolhendo recurso interposto pelo Ministério Público Federal, determinou a suspensão do prazo prescricional nos processos com repercussão geral reconhecida inerentes ao tema.

A conclusão do impasse se deu no mês de agosto de 2022, no julgamento do recurso de Agravo em Recurso Extraordinário de nº 843.989/PR, oportunidade em que o STF resolveu, em sede de Repercussão Geral, o Tema 1.199, mediante a fixação das seguintes teses:

*1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;*

*2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;*

*3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;*

*4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.*

STF. Plenário. ARE 843989/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/8/2022 (Repercussão Geral – Tema 1.199)

### **3.LEGITIMIDADE ATIVA PARA PROPOR AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CELEBRAR ANPC E OBRIGATORIEDADE DE DEFESA DO AGENTE ÍMPROBO PELOS ÓRGÃO DE ADVOCACIA PÚBLICA – ADIs 7.042/DF E 7.043/DF**

Até o advento da nova legislação, a Lei de Improbidade Administrativa previa legitimidade ativa - concorrente e disjuntiva - entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa.

Ocorre que a Lei nº 14.230/2021 restringiu essa legitimidade e passou a prever que a ação de improbidade administrativa somente poderia ser proposta pelo Ministério Público. Da mesma forma, ao disciplinar o acordo de não persecução cível – ANPC, previu o *parquet* como único legitimado à propositura do pacto e, ainda, estabeleceu um dever dos órgãos de assessoria jurídica que emitiram parecer pela legalidade do ato de promover a defesa judicial do agente público. Senão vejamos:

*Lei nº 8.429/1992*

*Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*

*(...)*

*§ 20. A assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público ficará obrigada a defendê-lo judicialmente, caso este venha a responder ação por improbidade administrativa, até que a decisão transite em julgado.*

*Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

*(...)*

*§ 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o **caput** deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Pois bem, ao concluir o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nsº 7.042/DF e 7.043/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais supra, bem como de outros cuja existência somente se justificava em razão destes.

Com isso, restabeleceu-se a legitimidade dos entes lesados para a propositura da ação de improbidade, conferiu a estes legitimação para o ANPC e estabeleceu que a defesa dos agentes ímprobos pelos órgãos de assessoria jurídica parecerista deve ser tida como uma faculdade do ente interessado, a depender de previsão na legislação local, jamais como uma obrigatoriedade. Veja-se:

*Os entes públicos que sofreram prejuízos em razão de atos de improbidade também estão autorizados, de forma concorrente com o Ministério Público, a propor ação e a celebrar acordos de não persecução civil em relação a esses atos. Desse modo, fica restabelecida a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil.*

STF. Plenário. ADI 7042/DF e ADI 7043/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgados em 31/8/2022.

**Não deve existir obrigatoriedade de defesa judicial do agente público que cometeu ato de improbidade por parte da Advocacia Pública, pois a sua predestinação constitucional, enquanto função essencial à Justiça, identifica-se com a representação judicial e extrajudicial dos entes públicos. Contudo, permite-se essa atuação em caráter extraordinário e desde que norma local assim disponha.**

STF. Plenário. ADI 7042/DF e ADI 7043/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgados em 31/8/2022.

#### **4.DA MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA NA ADI Nº 7.236/DF**

No dia 27 de dezembro de 2022, o Min. Alexandre de Moraes concedeu parcialmente medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 7.236/DF, por meio da qual suspendeu a eficácia de cinco outros dispositivos da Lei 8.429/1992 (artigos 1º, §8º; 12, §1º; 12, §10; 17-B, §3º; e 21, §4º), e atribuiu interpretação conforme ao art. 23-C.

A decisão, tomada em ADI proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e cuja ementa transcreve-se abaixo, não obstante ainda pendente de confirmação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, reveste-se de suma importância para a correção de irrazoáveis excessos cometidos pelo legislador

infraconstitucional, notadamente em pontos que dificultam a punição de agentes ímprobos e a livre atuação dos órgãos de controle – em especial do Ministério Público - e do próprio Poder Judiciário. Veja-se:

(...)

*Diante do exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE da presente ação direta de inconstitucionalidade e DEFIRO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR para:*

*(I) DECLARAR PREJUDICADOS os pedidos referentes ao art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º, e 10 da Lei 8.429/1992, incluídos ou alterados pela Lei 14.230/2021;*

*(II) INDEFERIR A MEDIDA CAUTELAR em relação aos artigos 11, caput e incisos I e II; 12, I, II e III, §§ 4º e 9º, e art. 18-A, parágrafo único; 17, §§ 10-C, 10-D e 10-F, I; 23, caput, § 4º, II, III, IV e V, e § 5º da Lei 8.429/1992, incluídos ou alterados pela Lei 14.230/2021;*

*(III) DEFERIR PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF,, para SUSPENDER A EFICÁCIA dos artigos, todos da Lei 8.429/1992, incluídos ou alterados pela Lei 14.230/2021: (a) 1º, § 8º; (b) 12, § 1º; (c) 12, § 10; (d) 17-B, § 3º; (e) 21, § 4º.*

*(IV) DEFERIR PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, para CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME ao artigo 23-C, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, no sentido de que os atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, poderão ser responsabilizados nos termos da Lei 9.096/1995, mas sem prejuízo da incidência da Lei de Improbidade Administrativa.*

STF. Medida Cautelar. ADI 7.236/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 27/12/2022.

Vejamos, agora, o teor de cada um dos cinco dispositivos que tiveram sua eficácia suspensa e do preceito ao qual se conferiu interpretação conforme à Constituição, bem como, de forma sucinta, as razões que fundamentaram a decisão:

- a) Art. 1º, §8º. *Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.*

Dispositivo com eficácia suspensa sob o argumento de que o critério é excessivamente amplo e gera insegurança jurídica. De fato, existem milhares (ou milhões) de decisões judiciais que não traduzem o entendimento do Poder Judiciário, seja por provirem de órgãos singulares, seja por serem editadas em momento ainda inicial do debate sobre a matéria, ou mesmo por se relacionarem a circunstâncias concretas. Essa inovação, ao invés de proteger o administrador de boa-fé, caba por fornecer ao gestor ímprobo pretextos para afastar sua responsabilidade.

- b) Art. 12, §1º. *A sanção de perda da função pública, nas hipóteses dos incisos I e II do **caput** deste artigo, atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, podendo o magistrado, na hipótese do inciso I do **caput** deste artigo, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração.*

Dispositivo suspenso por restringir severamente o mandamento constitucional de defesa da probidade administrativa. Além disso, a previsão viola o Postulado da Razoabilidade, pois exige determinados agentes da sanção constitucionalmente devida em razão da mera troca de função ou da demora no julgamento da causa, que pode decorrer, inclusive, do direito de defesa do acusado.

- c) Art. 12, §10. *Para efeitos de contagem do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória.*

Preceito com eficácia suspensa, tendo em vista que a detração nele estabelecida, por lei ordinária, indubitavelmente afeta o sancionamento de inelegibilidade previsto na Lei Complementar nº 64/1990, o que caracteriza inconstitucionalidade formal. Não bastasse isso, há também inconstitucionalidade material do preceito, por violação ao art. 37, §4º da CRFB e aos Princípios da Vedação à Proteção Deficiente ("untermassverbot") e da Vedação ao Retrocesso.

- d) Art. 17-B, §3º. *Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.*

Suspensão em razão de a Constituição da República de 1988 haver ampliado significativamente as funções do Ministério Público, "transformando-o em verdadeiro defensor da sociedade", nos campos penal e cível, atribuindo-lhe a atribuição de promover o inquérito civil e a ação civil pública. Desta forma, transcreva-se a irretocável lição do Ministro Relator, ao afirmar que "a norma aparenta condicionar o exercício da atividade-fim do Ministério Público à atuação da Corte de Contas, transmutando-a em uma espécie de ato complexo apto a interferir na autonomia funcional constitucionalmente assegurada ao órgão ministerial". Ademais, a fixação, por lei ordinária de autoria parlamentar, de prazo para manifestação do Tribunal de Contas, afeta as prerrogativas de autonomia e autogoverno daquela Corte que, por expressa previsão constitucional, possui iniciativa reservada para o processo legislativo que pretenda alterar sua organização e funcionamento.

- e) Art. 21, §4º. *A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).*

Aqui, a suspensão se deu pelo fato de que a amplitude do preceito cria uma irrestrita incidência dos casos de absolvição na seara criminal aptas a ensejar a extinção das ações de improbidade, o que, segundo o Ministro, afronta cabalmente os Princípios da Independência das Instâncias, do Juiz Natural, do Livre Convencimento Motivado e da Inafastabilidade da Jurisdição. Deveras, a independência das instâncias já é abrandada nos casos em que, na esfera penal, é reconhecida a inexistência do fato ou a negativa de autoria (independência mitigada), e a nova previsão da LIA, em razão de sua amplitude, corrói a lógica constitucional da autonomia das instâncias.

- f) Art. 23-C. *Atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, serão responsabilizados nos termos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.*

Por fim, ao artigo 23-C foi conferida interpretação conforme a Constituição, sob o argumento de que o dispositivo subverteu a lógica constitucional da prevalência da

probidade e enfraqueceu o combate à improbidade. O tratamento privilegiado aos autores de ilícitos de improbidade contra os recursos públicos dos partidos políticos (que recebem vultosas quantias dos cofres públicos, provenientes do Fundo Partidário) viola o princípio da isonomia. Em acréscimo, saliente-se que as sanções da Lei dos Partidos Políticos possuem caráter majoritariamente pecuniário, e a impossibilidade de imposição de sanções mais graves viola os Princípios da Vedação à Proteção Insuficiente e ao Postulado da Proporcionalidade. Em suma, conferiu-se ao dispositivo interpretação conforme a Constituição para estabelecer que os ditos atos podem ser responsabilizados nos termos da Lei 9.096/1995, sem prejuízo da incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

## 5. CONCLUSÃO

Como visto, as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 no sistema de proteção à probidade administrativa, salvo pontuais exceções, não só flexibilizaram como, também, restringiram de forma substancial a punição de agentes ímprobos, o que vai de encontro à diversos princípios e preceitos constitucionais.

Não obstante qualificarem-se como essenciais os entendimentos esposados pela Suprema Corte até a presente data, notadamente as conclusões alcançadas no Tema de Repercussão Geral nº 1.199 e nas ADIs de nº 7.042/DF, 7.043/DF e 7.236/DF – esta última ainda pendente de confirmação pelo Plenário do STF -, existem ainda inúmeras outras disposições legais cuja redação se mostra incompatível não só com a Constituição Federal, como também com a Convenção de Mérida, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 5.687/2006.

Neste ponto, partindo da inarredável premissa de que o direito à probidade na Administração Pública adjetiva-se como fundamental, faz-se imperioso reconhecer, como sustentam os ilustres professores Landolfo Andrade, Cleber Masson e Adriano Andrade, o *status* supralegal da Convenção de Mérida, enfática ao estabelecer, em seu artigo 65, item 2, que "*Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção*".

Conclui-se, assim, que qualquer alteração das regras de combate à improbidade administrativa só será legítima se resultar em um maior rigor das normas de combate a corrupção, de forma que, para além das disposições e interpretações já afastadas pelo Supremo Tribunal Federal, diversas outras também se mostram nitidamente inconventionais, a exemplo da vedação de aplicação da "remessa necessária invertida" da Lei 4.717/1965 (Lei de Ação Popular) às ações de improbidade administrativa, em descompasso com as regras do microsistema processual coletivo, bem como a alteração

da redação do artigo 11, *caput*, para tornar taxativo o rol de atos atentatórios aos Princípios da Administração Pública, medidas que, sem dúvida, fazem imperiosa uma atuação enfática da Corte Suprema.

## 6.REFERÊNCIAS

Andrade, Adriano; Masson, Cleber; Andrade, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos**. Vol. 1. 11ª Edição. São Paulo: Método, 2021.

Assumpção, Daniel; Oliveira, Rafael. **Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. 1ª Edição. São Paulo: Método, 2022.

Gajardoni, Fernando da Fonseca; Franco, Fernão Borba; Cruz, Luana Pedrosa de Figueiredo; Junior, Luiz Manoel Gomes; Favreto, Rogério. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023.

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI7236CautelarLeideImprobidade.pdf>

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art2](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art2)

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315635>

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315955>

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur473324/false>



## **DA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS IMUNIDADES ABSOLUTAS E RELATIVAS AOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO COMETIDOS NO CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA**

**RODRIGO DE SOUZA:**  
Nível Superior em Direito.  
Advogado. Servidor  
Público Federal<sup>324</sup>.

**RESUMO:** O objetivo deste trabalho é realizar uma análise acerca da possibilidade de aplicação das imunidades absolutas e relativas, previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal brasileiro, aos crimes contra o patrimônio, cometidos no contexto da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

**Palavras-Chave:** Imunidades. Código Penal. Crimes contra o Patrimônio. Lei Maria da Penha. Aplicabilidade.

### **1. Introdução**

O Código Penal (CP), no Título que dispõe acerca dos Crimes contra o Patrimônio, disciplina, no Capítulo VIII, artigos 181 e 182, acerca das imunidades absolutas e relativas, as quais representam a possibilidade de, respectivamente, isenção de pena ao autor do crime ou a exigência de representação para a promoção da ação penal, em relação a condutas previstas no citado Título.

Quanto à previsão legal, assim dispõem os artigos mencionados:

Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

---

324 E-mail: [rodrigossa @hotmail.com](mailto:rodrigossa@hotmail.com).

I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;

III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

A discussão, portanto, tem como objeto, a incidência ou não dos referidos artigos no contexto da Lei Maria da Penha, que representa um importante marco de proteção à mulher, estabelecendo a violência patrimonial como uma de suas formas de violência.

## **2. Desenvolvimento**

### **2.1. Das Imunidades Absolutas e Relativas**

O artigo 181 do Código Penal, ao prevê a possibilidade de isenção de pena a quem comete crimes contra o patrimônio em face do “cônjuge, na constância da sociedade conjugal” e “de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural” estabelece aquilo que a doutrina conceitua como imunidade absoluta ou escusa absolutória.

Tal previsão reflete a possibilidade de não aplicação de pena em face de crimes cometidos em determinados contextos, salvo as exceções previstas no artigo 183 do Código Penal, uma vez que teria o legislador, ao assim prevê, evitado imiscuir-se nas relações familiares, numa verdadeira ponderação de interesses, por se tratarem, especialmente, os crimes contra o patrimônio, de bens que, em regra, apresentam a característica da sua disponibilidade.

Neste contexto, descreve MASSON (2023, p. 674):

Destarte, quando comprovada a presença de uma imunidade penal absoluta, a autoridade policial estará proibida de instaurar inquérito policial, pois não há interesse nenhum que justifique o início da persecução penal no tocante a um fato que o Estado não pode punir. De igual modo, caso o inquérito policial tenha sido instaurado, e concluído, o Ministério Público deverá promover seu arquivamento, e, se não o fizer, o magistrado terá que decidir pela rejeição da denúncia, em face da ausência de condição para o exercício da ação penal.

Em seguida, o Código Penal prevê as imunidades relativas, no artigo 182, quando informa que, neste caso, a ação penal somente se procederá mediante representação da

vítima, quando os crimes ocorrerem em face de “cônjuge desquitado ou judicialmente separado”, “irmão, legítimo ou ilegítimo” e “tio ou sobrinho, com quem o agente coabita”.

MASSON, também, discorre sobre o tema (2023, p. 679):

As imunidades relativas ou processuais não isentam de pena. Seu papel consiste em transformar crimes contra o patrimônio de ação penal pública incondicionada em delitos de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de quem o represente. Institui-se, desta forma, uma autêntica condição de procedibilidade para o exercício da ação penal.

Logo, nesta hipótese, o legislador instituiu a necessidade de representação da vítima ou de seu representante legal, para o processamento da ação penal pública, de iniciativa do Ministério Público.

De arremate, há se ressaltar que as premissas dos artigos 181 e 182 do Código Penal não se aplicam a todas as hipóteses de crimes contra o patrimônio, uma vez que o artigo 183 do CP assim dispõe:

Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;

II - ao estranho que participa do crime.

III – se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Logo, dentre as hipóteses previstas acima, verifica-se que foi excepcionado, de forma expressa, a possibilidade de qualquer imunidade, seja ela absoluta ou relativa, em relação a crimes cometidos em face de pessoas idosas; inciso que, inclusive, foi objeto de alteração no CP pela Lei 10.741/2003, a qual dispõe acerca do Estatuto da Pessoa Idosa.

## **2.2. Da Lei Maria da Penha e o suposto conflito com as Imunidades**

Como se sabe, a Lei 11.340, do ano de 2006, tem como um de seus objetivos a criação de “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”.

Nesse aspecto, faz-se necessário transcrever a previsão constitucional acima referenciada:

Constituição Federal de 1988

Art. 226. 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.

No que se refere às formas de violência doméstica e familiar, a Lei Maria da Penha cita que, entre outras, poderá ocorrer por meio de violência física, psicológica, sexual, moral e patrimonial.

Quanto a esta última modalidade, a lei define como sendo 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.

Desta forma, para alguns, dentre todos, Cleber Masson, “a Lei Maria da Penha foi expressa ao classificar a violência patrimonial como violência doméstica (art. 7.º, inc. IV), e, conseqüentemente, incide a regra contida no art. 183, inciso I, do Código Penal”. Além disso, ainda argumenta o citado autor que “a questão acerca da constitucionalidade ou não da especial proteção à mulher vítima de violência doméstica é da essência da Lei 11.340/2006 - e já foi superada pelos Tribunais Superiores - e não somente das imunidades penais nos crimes patrimoniais contra ela praticados. Destarte, se este raciocínio é inconstitucional, toda a Lei Maria da Penha também está acometida deste vício, e, como sabemos, a Lei 11.340/2006 reveste-se de constitucionalidade”.

Entretanto, para outros, ao contrário do que previu o Estatuto da Pessoa Idosa, ao excepcionar, de forma expressa, a possibilidade de aplicação das imunidades em face de crimes patrimoniais cometidos em desfavor de pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, a Lei Maria da Penha não apresentou previsão no mesmo sentido.

Logo, teria havido, por parte dos defensores da citada tese, um silêncio eloquente do legislador, o qual ocorre quando, de forma intencional, não se buscou prevê determinada norma por entendê-la, naquele momento, que não seria objeto de proteção, levando-se em conta, dentre outros aspectos, a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Outrossim, estaria o intérprete da Lei, ao exigir uma interpretação ampliativa do dispositivo contido no artigo 7º, IV, da Lei 11.340/2006, a se ampliar o grau de incidência da norma, em verdadeira invasão em matéria de competência legislativa, afronta-se, assim, o princípio da separação dos poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição de Federal de 1988.

De arremate, no campo jurisprudencial, podemos citar decisão do Superior Tribunal de Justiça que vai ao encontro da tese de aplicação das imunidades, mesmo no caso de crimes cometidos no contexto da Lei Maria da Penha, conforme ementa abaixo transcrita.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ESTELIONATO (ARTIGO 171, COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CRIME PRATICADO POR UM DOS CÔNJUGES CONTRA O OUTRO. SEPARAÇÃO DE CORPOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA ESCUSA ABSOLUTÓRIA PREVISTA NO ARTIGO 181, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. IMUNIDADE NÃO REVOGADA PELA LEI MARIA DA PENHA. DERROGAÇÃO QUE IMPLICARIA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PREVISÃO EXPRESSA DE MEDIDAS CAUTELARES PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. INVIABILIDADE DE SE ADOTAR ANALOGIA EM PREJUÍZO DO RÉU. PROVIMENTO DO RECLAMO. 1. O artigo 181, inciso I, do Código Penal estabelece imunidade penal absoluta ao cônjuge que pratica crime patrimonial na constância do casamento. 2. De acordo com o artigo 1.571 do Código Civil, a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio, motivo pelo qual a separação de corpos, assim como a separação de fato, que não têm condão de extinguir o vínculo matrimonial, não são capazes de afastar a imunidade prevista no inciso I do artigo 181 do Estatuto Repressivo. 3. O advento da Lei 11.340/2006 não é capaz de alterar tal entendimento,

pois embora tenha previsto a violência patrimonial como uma das que pode ser cometida no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, não revogou quer expressa, quer tacitamente, o artigo 181 do Código Penal. 4. A se admitir que a Lei Maria da Penha derogou a referida imunidade, se estaria diante de flagrante hipótese de violação ao princípio da isonomia, já que os crimes patrimoniais praticados pelo marido contra a mulher no âmbito doméstico e familiar poderiam ser processados e julgados, ao passo que a mulher que venha cometer o mesmo tipo de delito contra o marido estaria isenta de pena. 5. Não há falar em ineficácia ou inutilidade da Lei 11.340/2006 ante a persistência da imunidade prevista no artigo 181, inciso I, do Código Penal quando se tratar de violência praticada contra a Documento: 1334799 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 14/08/2014 Página 1de 4 Superior Tribunal de Justiça mulher no âmbito doméstico e familiar, uma vez que na própria legislação vigente existe a previsão de medidas cautelares específicas para a proteção do patrimônio da ofendida. 6. No direito penal não se admite a analogia em prejuízo do réu, razão pela qual a separação de corpos ou mesmo a separação de fato, que não extinguem a sociedade conjugal, não podem ser equiparadas à separação judicial ou o divórcio, que põem fim ao vínculo matrimonial, para fins de afastamento da imunidade disposta no inciso I do artigo 181 do Estatuto Repressivo. 7. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal apenas com relação ao recorrente. RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 42.918 - RS (2013/0391757-1)

### **3. Da Conclusão**

Desta forma, percebe-se que o tema ainda está longe de ser pacífico, especialmente, tendo em vista a falta de previsão expressa em lei, bem como de decisões perpetradas pelos Tribunais Superiores que venham a se inclinar, definitivamente, em determinado sentido.

Desta forma, como medida de segurança jurídica, há se apelar ao legislador, o qual, analisando o contexto social, político, cultural, etc., que influenciam as suas manifestações, poderá, dentro do seu poder-dever constitucional, incluir, entre as exceções previstas no artigo 183 do Código Penal, aquela que também venha a proteger a mulher, quando vítima de crimes patrimoniais no contexto da violência doméstica e familiar, evitando-se, assim,

que o tema ainda seja objeto de constante debate e a norma penal, se mostre, neste ponto, desproporcional, na vertente de uma suposta proteção deficiente.

**Referências:**

MASSON, Cleber Direito penal: parte especial (arts. 121 a 212) / Cleber Masson. - 16. ed. - Rio de Janeiro: Método, 2023.

RHC 42.918/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 14/08/2014.

## EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA - PANORAMA JURISPRUDENCIAL

**LETÍCIA RIBEIRO PIRES:**

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Pós-Graduada em Direitos Difusos e Coletivos pelo Curso CEI. Assessora Técnico Jurídica do Ministério Público do Estado da Bahia.<sup>325</sup>

**Resumo:** O artigo propõe discutir a evolução jurisprudencial acerca da execução provisória da pena, bem como analisar seu conceito legal, além de estabelecer ponderações acerca dos acertos e desacertos dos Tribunais Superiores em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro. A execução provisória da pena ganhou destaque em razão de mudanças provocadas no cenário político, o que atraiu grande repercussão das decisões do Supremo Tribunal Federal. Nessa perspectiva, o artigo visa a estabelecer contornos acerca desse instituto jurídico e como a situação atual foi sendo construída tanto na doutrina como na jurisprudência brasileira.

**Palavras-chave:** execução provisória da pena; STF; jurisprudência; prisão em segunda instância.

**Abstract:** This article proposes to discuss the evolution of jurisprudence on the provisional execution of sentences, as well as analyzing its legal concept, in addition to establishing considerations about the correctness and incorrectness of the Supreme Courts in line with the Brazilian legal system. The provisional execution of sentences has gained prominence due to changes in the political scenario, which have attracted great repercussions from the decisions of the Federal Supreme Court. From this perspective, the article aims to establish the outlines of this legal institute and how the current situation has been built up in both Brazilian doctrine and jurisprudence.

**Keywords:** provisional execution of sentence; STF; jurisprudence; imprisonment at second instance.

### 1. INTRODUÇÃO

---

325 E-mail: [letrpires@gmail.com](mailto:letrpires@gmail.com)



O instituto da execução provisória da pena consiste no cumprimento, pelo réu, de pena imposta em decisão judicial condenatória, ainda que sujeita a recursos. Isto é, trata-se de início de cumprimento de pena, mesmo que essa decisão condenatória não tenha sido transitada em julgado.

Essa condenação recebe, por vezes, a denominação de condenação provisória, haja vista ser o caso de condenação de um indivíduo por um determinado crime, cuja decisão ainda cabe recurso, não sendo, portanto, definitiva, sem trânsito em julgado.

Surgiram diversos posicionamentos tanto na doutrina como na jurisprudência, os quais ensejaram grande debate na seara jurídica, sobretudo nas decisões emanadas dos Tribunais Superiores, causando grande influência no cenário político brasileiro.

## 2. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL

Inicialmente, cabe salientar que há previsão **constitucional** de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da CF/88), razão pela qual se extrai a interpretação de que só poderá ser considerado culpado aquele que receber uma pena imposta em sentença condenatória transitada em julgado, isto é, que não caiba mais recursos.

Conforme ensina Renato Brasileiro:

“No ordenamento pátrio, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse princípio somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal. Com a Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de não culpabilidade passou a constar expressamente do inciso LVII do art. 5º: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em síntese, pode ser definido como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)”.

Ademais, a legislação **infraconstitucional** prevê dispositivo semelhante. O Código de Processo Penal em seu art. 283 dispõe que: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

Nesse viés, o ordenamento jurídico brasileiro trata a temática de forma a entender que só será considerado culpado aquele que for condenado criminalmente por sentença transitada em julgado.

Contudo, as divergências começaram a surgir sob a justificativa de que após a condenação judicial em segunda instância, não haveria possibilidade de interposição de recurso com efeito suspensivo, visto que os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo (CPP, art. 637, c/c arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do novo CPC), de modo que caberia, portanto, o início do cumprimento provisório da pena.

### **3.EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL**

Didaticamente, é possível se dividir o entendimento, **adotado pelo STF**, acerca da execução provisória da pena em **quatro momentos**.

Inicialmente, com a promulgação da **Constituição Federal de 1988**, a **doutrina** entendia que, como não há execução provisória da pena, havia o chamado **efeito suspensivo indireto**, afinal o comando da decisão ainda não pode ser implementado, isto porque, na pendência de julgamento de RE ou REsp, o cárcere eventualmente existente pressupõe que o agente esteja enquadrado nas hipóteses que ensejam a decretação da prisão preventiva. Os recursos extraordinários em sentido amplo não gozam de efeito suspensivo.

Ocorre que até 05/02/2009<sup>326</sup>, o **Supremo Tribunal Federal** entendia que era **possível se falar em execução provisória da pena (primeiro momento)**, ante o argumento de que se o réu estivesse condenado e interpusesse recurso especial ou recurso extraordinário, como os aludidos recursos não possuem efeito suspensivo, se iniciaria o cumprimento provisório da pena enquanto aguardava-se o julgamento.

Assim, **após o STF julgar o HC 84078** (Rel. Min. Eros Grau), julgado em **05/02/2009**, houve mudança de posicionamento (**segundo momento**), de modo que se passou a entender pela **impossibilidade** de execução provisória da pena. Poderia até ocorrer de o acusado aguardar o julgamento de eventual RE ou REsp custodiado, desde que presentes os requisitos e pressupostos necessários para a prisão preventiva, conforme prevê o art. 312 do CPP. De forma sintética, os principais argumentos que levaram a Suprema Corte enveredar para a nova posição foram de que: a) em consonância com o ordenamento jurídico, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar; b) a execução da sentença após o julgamento do recurso

---

326STF. HC 84078 (Rel. Min. Eros Grau)

de apelação significa restrição do direito de defesa; c) a antecipação da execução penal é instituto incompatível com o texto da Constituição Federal de 1988.

Todavia esse entendimento só durou até 17/02/2016, quando, então, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 126292 (Rel. Min. Teori Zavascki), voltou a entender pela **possibilidade da execução provisória da pena**. Também fortes argumentos foram apresentados (**terceiro momento**).

Em suma, a reviravolta jurisprudencial se deu por diversas razões, entre as quais pode se elencar<sup>327</sup>:

- a) Não há se falar em ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência;
- b) O recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP). Isso significa que, mesmo a parte tendo interposto algum desses recursos, a decisão recorrida continua produzindo efeitos. Logo, é possível a execução provisória da decisão recorrida enquanto se aguarda o julgamento do recurso;
- c) Até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em 2º grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau ao STJ ou STF não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito;
- d) É possível o estabelecimento de determinados limites ao princípio da presunção de não culpabilidade. Assim, a presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado;
- e) A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, desde que o acusado tenha sido tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual;
- f) É necessário equilibrar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional penal. Neste equilíbrio, deve-se atender não apenas os interesses dos acusados, como também da sociedade, diante da realidade do intrincado e complexo sistema de justiça criminal brasileiro.

---

<sup>327</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O cumprimento da pena somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9b89bedda1fc8a2d88c448e361194f02>>. Acesso em: 18/11/2023

- g) “Em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte” (o Ministro Teori Zavascki citou manifestação da ministra Ellen Gracie, aposentada, no julgamento do HC 85886).

Quando, aparentemente, parecia que a situação havia encontrado uma estabilidade jurídica, uma nova reviravolta foi experimentada pelos cidadãos. No dia 07/11/2019, o STF, ao julgar as **ADCs 43, 44 e 54** (Rel. Min. Marco Aurélio), retornou para posição no sentido de que o cumprimento da pena **somente** pode ter início com o **esgotamento** de todos os recursos (**quarto momento**).

Assim, o entendimento que permanece atualmente, pelo menos até a produção deste artigo, é de que é possível que o réu seja preso antes do trânsito em julgado, ou seja, antes do esgotamento de todos os recursos, desde que seja proferida uma decisão judicial individualmente fundamentada (motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada<sup>328</sup>) com clara demonstração da presença dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, nos moldes do art. 312 do CPP.

Portanto, os principais argumentos para a referida mudança no curso da jurisprudência foram os seguintes<sup>329</sup>:

- a) O art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, prevê que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”. Esse artigo é plenamente compatível com a Constituição em vigor;
- b) O inciso LVII do art. 5º da CF/88, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não deixa margem a dúvidas ou a controvérsias de interpretação;
- c) É infundada a interpretação de que a defesa do princípio da presunção de inocência pode obstruir as atividades investigatórias e persecutórias do Estado. A repressão a crimes não pode desrespeitar e transgredir a ordem jurídica e os direitos e garantias fundamentais dos investigados.

---

328 Art. 312, §2º, do Código de Processo Penal.

329 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O cumprimento da pena somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9b89bedda1fc8a2d88c448e361194f02>>. Acesso em: 18/11/2023

- d) A Constituição não pode se submeter à vontade dos poderes constituídos nem o Poder Judiciário embasar suas decisões no clamor público.

Assim, considerando a hipótese de um Tribunal de 2ª instância condenar o réu ou manter a condenação imposta pelo juiz na sentença e o condenado interpor recurso especial ou extraordinário, isso significa que, enquanto tais recursos não forem apreciados, não houve trânsito em julgado.

Desse modo, vigora atualmente a tese de que não importa a pendência de recursos com efeito meramente devolutivo. O poder constituinte optou pela previsão de inexistência de cumprimento provisório da pena no Brasil, uma vez que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado (art. 5º, LVII, da CF/88).

De fato, parece que a melhor interpretação a ser feita é de que houve escolha clara, pela Constituição Federal, de que só será considerado culpado aquele que for condenado por sentença transitada em julgada, isto é, da qual não caiba mais recursos. A discordância acerca da previsão normativa e a aplicabilidade prática é sempre válida, sobretudo pela sobrecarga judiciária de processos e sentimento de impunidade em razão do tempo que se leva para o julgamento dos recursos no Judiciário brasileiro.

Ocorre que, lado outro, não se pode **ultrapassar** os limites interpretativos a fim de se adequar à realidade dos fatos, o que geraria uma interpretação casuística e também grande insegurança jurídica a cada mudança de posicionamento nos Tribunais Superiores. Nesse sentido, a melhor solução para que seja efetivada a execução provisória da pena é de mudança constitucional por meio do Poder Constituinte Derivado Reformador (Emenda Constitucional).

#### **4.(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO AO TRIBUNAL DO JÚRI**

Situação interessante que cabe mencionar aqui neste artigo é a previsão no inciso I alínea "e" do art. 492 do Código de Processo Penal, veja-se:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

- e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

Em uma lida apressada, poderia se pensar que há instituição de uma execução provisória da pena em segunda instância, como vinha entendendo os Tribunais Superiores

em alguns momentos, todavia o que se observa é a **execução provisória da sentença emanada do Tribunal do Júri, que corresponde à primeira instância**. Ainda, para viabilizar a execução provisória no júri, foi retirado o efeito suspensivo da apelação (art. 492, §4º, do CPP)330.

Portanto, tal previsão causa mais espanto, visto que, além de contrariar o novo sentido jurisprudencial, de impossibilidade de execução provisória da pena após confirmação ou condenação em segunda instância, traz previsão de execução provisória em **primeira instância**, retirando-se, por conseguinte, o direito ao duplo grau de jurisdição do réu, garantia constitucional implícita.

Essa previsão tem gerado decisões divergentes nos Tribunais Superiores, a saber:

Não é possível a execução provisória da pena mesmo em caso de condenações pelo Tribunal do Júri. STF. 2ª Turma. HC 163814 ED/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19/11/2019 (Info 960).

Obs: existem decisões da 1ª Turma em sentido contrário, ou seja, afirmando que "não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso" (STF. 1ª Turma. HC 198392 AgR, Rel. Roberto Barroso, julgado em 27/04/2021).331

Ressalta-se que está pendente de julgamento no STF o Tema nº 1.068, em que se discute a constitucionalidade do art. 492, I, do CPP. Em que pese a pendência da resolução da temática, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

"Pendente de julgamento no STF o Tema n. 1.068, em que se discute a constitucionalidade do art. 492, I, do CPP, deve ser reafirmado o entendimento do STJ de impossibilidade de execução provisória da pena mesmo em caso de condenação pelo tribunal do júri com reprimenda igual ou superior a 15 anos de reclusão" AgRg no HC 714.884-SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador

---

330 Há a ressalva de que o relator no Tribunal do recurso de apelação poderá conceder efeito suspensivo, de forma a sustar a execução provisória (art. 492, §5º, do CPP), bem como o juiz que preside o Júri pode não determinar a execução provisória, mesmo impondo 15 ou mais anos de prisão, caso entenda que a situação jurídica do réu pode ser alterada pelo Tribunal em grau de recurso (art. 492, §3º, do CPP).

331 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Não é possível a execução provisória da pena mesmo em caso de condenações pelo Tribunal do Júri**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/28ce9bc954876829eeb56ff46da8e1ab>>. Acesso em: 19/11/2023

convocado do TJDFT), Rel. Acd. Min. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, por maioria, julgado em 15/03/2022, DJe 24/03/2022.332

O entendimento acerca da referida previsão legal, a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise do Tema nº 1068, parece não ser difícil de prever, ante os argumentos já expostos, certo de que, mantendo-se a coerência com o ordenamento jurídico, bem como com os recentes entendimentos jurisprudências da Suprema Corte, será declarado inconstitucional.

## **5. CONCLUSÃO**

A presente análise nesse artigo pretendeu trazer um retrospecto histórico e também jurisprudencial acerca do instituto da execução provisória da pena. Por óbvio, não há tentativa de se exaurir o tema, mas sim fornecer dados e previsões legais, a fim de que se reflita como a jurisprudência veio se debruçando sobre o tema e quais os reflexos que isso pode causar no cenário jurídico-político.

Em que pese haja um anseio por grande parte da população por uma justiça mais célere, um ordenamento jurídico mais coeso e consentâneo com a realidade, deve-se, por outro lado, respeitar a ciência jurídica e o arcabouço constitucional e legal que pautam o Direito, sob pena de se tomar decisões casuísticas e provocar insegurança jurídica aos cidadãos.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES Jr., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

---

332 AgRg no HC 714.884-SP. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br>>. Acesso em: 19 nov. 2023.

## O PAPEL DO ESTADO NA TUTELA JURÍDICA AO PROJETO DE VIDA COMO UM BEM JURÍDICO AUTÔNOMO: UMA ABORDAGEM DOS PRECEDENTES NACIONAIS E INTERNACIONAIS

**NATALIA DAS ÁGUAS COSTA DE JESUS:**

Advogada, Formada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Pós-graduada em Direito Penal pelo Instituto Damásio de Direito<sup>333</sup>.

**Resumo:** O texto aborda a noção de dano no Direito Civil brasileiro, especialmente o dano ao projeto de vida, considerado uma categoria específica dos danos contemporâneos, que passam a ser reconhecidos como resultado do processo de constitucionalização do direito e de leitura do ordenamento jurídico e da responsabilidade civil sob uma perspectiva existencial, em contraposição ao panorama vigente no século XX. Esse conceito refere-se à liberdade individual de cada pessoa em projetar expectativas para sua vida, guiando suas escolhas e aspirações. Internacionalmente, a Corte Interamericana reconheceu o dano ao projeto de vida como uma modalidade jurídica própria. O Estado tem o dever de proteger esse projeto, evitando intervenções ilícitas de terceiros. No contexto nacional, o dano ao projeto de vida foi citado em decisões importantes, como na ADI 4.277/DF, que reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como família, contudo, a despeito de sua importância, o tema ainda é pouco comentado e aplicado no âmbito da doutrina e da jurisprudência pátria.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Danos Contemporâneos. Dano ao Projeto de Vida. Jurisprudência Brasileira.

No Direito Civil pátrio a noção de dano encontra-se positivada no âmbito da responsabilidade civil, de modo que, a teor do descrito no art. 927, do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo<sup>334</sup>.

Muito embora inexista em sede constitucional a menção, de maneira expressa, ao direito à personalidade como uma cláusula geral inclusiva de todas as suas possíveis manifestações, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm recorrido ao princípio da dignidade da pessoa humana, em seu conteúdo existencial, como fundamento para justificar sua posição como direito fundamental autônomo.

---

333 E-mail: [nataliadasaguas@gmail.com](mailto:nataliadasaguas@gmail.com)

334 Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm) > acesso em: novembro de 2023.



Os danos contemporâneos se diferenciam dos danos clássicos, quais sejam, o dano moral e o dano material, em virtude de determinadas peculiaridades que permitem quantificá-los à margem dos demais.

O reconhecimento dessa nova categoria surge como resultado de uma tendência de constitucionalização do Direito e de leitura do ordenamento jurídico e da responsabilidade civil sob uma perspectiva existencial, em contraposição ao panorama patrimonial vigente até o final do século passado, como instrumento para a concretização dos direitos humanos e de uma vida digna para a pessoa humana, merecedora de reparação integral, no caso de violações oriundas de atos ilícitos, o que inclui os prejuízos de ordem extrapatrimonial.

Tratado como uma categoria específica de dano, o de projeto de vida como um bem jurídico autônomo a ser tutelado surge a partir de uma tese elaborada pelo jurista peruano Carlos Fernández Sessarego e diz respeito à liberdade do ser humano para projetar expectativas para a sua própria vida.

O projeto de vida é, assim, o próprio desejo intrínseco de cada ser humano de realizar algo a respeito do seu ser e do seu existir no mundo, que lhe confere sentido à existência, de modo que cada pessoa, de acordo com o seu próprio projeto, irá guiar a sua vida a fim de alcançá-lo, podendo, ainda, alterá-lo durante esse caminho, ou, após realizá-lo, vir a desenvolver um novo objetivo, sempre de acordo com o seu livre arbítrio e em face das possibilidades que se afigurem disponíveis.

Trata-se de uma expectativa razoável e acessível, considerando a vocação, as potencialidades e as circunstâncias fáticas que cada sujeito experimenta durante a vida, competindo ao Estado atuar a fim de viabilizar o exercício desse projeto, protegendo-o da ingerência ilícita ou desarrazoada de terceiros. Nas palavras de SARLET

[...] enfatiza-se o nexo entre o direito de liberdade pessoal e a proteção da personalidade, posto que o direito de personalidade, embora tenha por objeto a proteção contra intervenções na esfera pessoal, é também um direito de liberdade, no sentido de um direito de qualquer pessoa a não ser impedido de desenvolver a sua própria personalidade e de se determinar de acordo com as suas opções.<sup>335</sup>

---

335 SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 385.

No âmbito internacional, o dano ao projeto de vida foi reconhecido pela primeira vez, de maneira autônoma, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Loayza Tamayo versus Perú*, julgado em 1997, sendo quantificado, a título de indenização de cunho extrapatrimonial apenas no ano de 2001, no Caso Cantoral Benavides *versus Peru*.<sup>336</sup>

Nesse ponto em particular, impende registrar que, tanto na sentença proferida nesse último caso, que envolveu graves violações de direitos humanos a pessoa em situação prisional, quanto naquela proferida no *Mendonza e outros versus Argentina*, em que se discutiu sobre a inconveniência da aplicação de pena de prisão perpétua para crianças e adolescentes, a Corte determinou, como medida de reabilitação, que o Estado assegurasse às vítimas opções educativas, inclusive em grau universitário, por elas escolhidas, para além de lhes garantir, durante todo esse período, bolsa de estudos que lhes permitissem se dedicar a esse novo projeto de capacitação para a vida fora do cárcere.<sup>337</sup>

Nesse sentido, cumpre transcrever o seguinte trecho da decisão proferida no primeiro dos julgamentos supramencionados, citado por Caio Paiva e Thimotie Aragon Heemann, no livro *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*:

A via mais idônea para restabelecer o projeto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides, consiste em que o Estado lhe proporcione uma bolsa de estudos superiores ou universitários, com o fim de cobrir os custos da carreira profissional que a vítima escolher – assim como os gastos de manutenção com essa última, durante o período de tais estudos [...]<sup>338</sup>

Os julgados em comento demonstram que há, no âmbito da jurisprudência interamericana de Direitos Humanos, uma tendência ao reconhecimento do dano ao projeto de vida como uma modalidade jurídica própria, merecedora de reparação integral, o que, para além da mera indenização monetária, pressupõe a execução de ações eficazes

---

336 PAIVA, Caio Cezar. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos/ Caio Cezar Paiva, Thimotie Aragon Heemann*, 2 ed. – Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 83-86.

337 Falcon, C. A. (2015). DANO AO "PROJETO DE VIDA": UM NOVO HORIZONTE ÀS REPARAÇÕES DENTRO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS?. *Revista Direitos Humanos E Democracia*, 3(5), 47–88. <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2015.5.47-88>. p. 56-61. Disponível em:

< <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/4039> > acesso em: 09/11/2023.

338 PAIVA, Caio Cezar. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos/ Caio Cezar Paiva, Thimotie Aragon Heemann*, 2 ed. – Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 85.

a proporcionar à vítima a realização de um novo projeto, capaz de direcionar os seus propósitos e a sua própria existência.

Na jurisprudência pátria, o dano ao projeto de vida foi citado, em primeiro momento, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277/DF, na qual a Suprema Corte, com fundamento no conteúdo existencial a dignidade da pessoa humana e em face da possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil<sup>339</sup>, conferiu ao referido dispositivo interpretação conforme à Constituição, a fim de excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

Nesse sentido, cumpre transcrever o seguinte trecho do voto proferido por um dos Juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o jurista Antônio Augusto Cançado Trindade, no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005, citado em tradução livre pelo Ministro Ayres Brito, no julgamento da Ação de Inconstitucionalidade supracitada:

Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca dividir seu projeto de vida. O vocábulo "projeto" encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um.<sup>340</sup>

No mencionado voto, destaca-se que o gozo de uma vida digna pressupõe a possibilidade de concretização de metas e projetos, bem como de sua alteração ao longo do tempo, de acordo, tão somente, com a vontade do sujeito, havendo dano existencial

---

339 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

340 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, maio 2011.

Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> > acesso em: 09/11/2023.

quando o Estado, por sua ação ou omissão, figura como óbice à realização desses direitos. Vejamos:

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. [...] Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie. Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família. Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual.<sup>341</sup>

Nesse mesmo sentido, ainda no ano de 2010, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, fundamentou a sua decisão acerca da temática afirmando que "a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias."<sup>342</sup>

Outro caso emblemático que envolve a discussão sobre o assunto foi o incêndio ocorrido em fevereiro de 2019 no alojamento do centro de treinamento do Flamengo, chamado de Ninho do Urubu, que deixou feridos e acabou resultando na morte de 10 adolescentes, entre 14 e 16 anos, que estavam no local.

De acordo com a advogada Juliana Azevedo, verificou-se no caso citado a ocorrência do dano ao projeto de vida, que possui uma dimensão espiritual que o afasta dos demais danos contemporâneos, por prescindir de um juízo de probabilidade, incidindo, todavia, no âmbito da liberdade do sujeito e daqueles que com ele se relacione no âmbito da vida íntima e afetiva, de tornar-se aquilo que deseje ser.<sup>343</sup>

---

341 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, maio 2011.

Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> > acesso em: 09/11/2023.

342 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp nº 1.183.378 - RS - 4ª Turma - Rel. Min. Luis Felipe Salomão - DJ 01.02.2012. Disponível em:

<<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=18810976&tipo=5&nreg=201000366638&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120201&formato=PDF&salvar=false> > acesso em: 09/11/2023.

343 AZEVEDO, Juliana. Tragédia no Ninho do Urubu e o dano ao projeto de vida. Disponível em:

o dano ao projeto de vida se distancia do dano material, e se próxima do dano moral, mas com este não se confunde. Comparando o dano ao projeto de vida com o dano moral encontramos uma diferença: as consequências do dano moral afetam os sentimentos e os afetos da pessoa, e estes por mais por profundos que possam ser, não acompanham o sujeito. As dores e sofrimentos tendem a dissipar-se, diminuindo ou atenuando-se com o passar do tempo. Já o dano ao projeto de vida, é uma lesão que, por sua magnitude, suas características e suas consequências, incide na liberdade do sujeito, impedindo-o de alcançar sua realização pessoal e cumprir as metas que dão sentido próprio a sua vida.<sup>344</sup>

No caso narrado o dano ao projeto de vida ocorre independentemente da probabilidade de os meninos do ninho do urubu tornarem-se ou não grandes jogadores de futebol, haja vista que o que lhes foi retirado foi a possibilidade de, por si só, alcançar esses objetivos, falhar na busca, ou, ainda mudar de planos ao longo do caminho.

Trata-se da interrupção do alcance do exercício da vontade do sujeito por ato ilícito de terceiros, o que, por si só, já é um dano e, como tal, merecedor da devida reparação.

Cumpra anotar que, a despeito das decisões mencionadas ao longo desse texto, a jurisprudência pátria segue em fase embrionária na aplicação do instituto aos casos submetidos à sua apreciação, não tendo sido encontrados, nas pesquisas realizadas para a elaboração do artigo, julgados significativos que tenham reconhecido e fixado reparações, de maneira autônoma, para violações dessa natureza.

Em síntese, o texto pretendeu destacar a importância da noção de dano ao projeto de vida no Direito Civil brasileiro e no âmbito internacional. O reconhecimento desse conceito reforça a proteção da liberdade pessoal, associada aos direitos da personalidade.

O gozo de uma vida digna pressupõe a possibilidade de concretização de metas e objetivos ao longo do tempo, cabendo ao Estado atuar para viabilizar o exercício desse projeto, protegendo-o contra ingerências ilícitas de terceiros e garantido, nas hipóteses de

---

< <https://www.migalhas.com.br/depeso/296286/tragedia-no-ninho-do-urubu-e-o-dano-ao-projeto-de-vida> > acesso em: 09/11/2023.

344 AZEVEDO, Juliana. Tragédia no Ninho do Urubu e o dano ao projeto de vida. Disponível em:

< <https://www.migalhas.com.br/depeso/296286/tragedia-no-ninho-do-urubu-e-o-dano-ao-projeto-de-vida> > acesso em: 09/11/2023.

violação, que o dano seja integralmente reparado, noção que vai além da simples indenização monetária.

### **Referências Bibliográficas:**

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PAIVA, Caio Cezar. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos/ Caio Cezar Paiva, Thimotie Aragon Heemann, 2 ed. – Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

Falcon, C. A. (2015). DANO AO "PROJETO DE VIDA": UM NOVO HORIZONTE ÀS REPARAÇÕES DENTRO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS?. *Revista Direitos Humanos E Democracia*, 3(5), 47–88. <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2015.5.47-88>. p. 56-61. Disponível em:

<<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/4039>> acesso em: 09/11/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, maio 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> acesso em: 09/11/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp nº 1.183.378 - RS - 4ª Turma - Rel. Min. Luis Felipe Salomão - DJ 01.02.2012. Disponível em:

<<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=18810976&tipo=5&nreg=201000366638&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120201&formato=PDF&salvar=false>> acesso em: 09/11/2023.

AZEVEDO, Juliana. Tragédia no Ninho do Urubu e o dano ao projeto de vida. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/296286/tragedia-no-ninho-do-urubu-e-o-dano-ao-projeto-de-vida> > acesso em: 09/11/2023.

## A JURISDIÇÃO PENAL E O PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

### **STEBBIN ATHAIDES ROBERTO DA SILVA:**

Pós-graduado em Execução Penal e Tribunal do Júri, Lei Geral de Proteção de Dados, Direito Administrativo, Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil, e Direito Penal; e Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2010).<sup>345</sup>

**RESUMO:** Esta pesquisa aborda o procedimento sumaríssimo, que se destaca como um mecanismo crucial para a aceleração e desburocratização dos processos judiciais, priorizando a resolução ágil de litígios de menor complexidade. A análise direciona-se à exploração dos institutos despenalizadores, destacando sua relevância na descongestão do sistema judiciário e na garantia de uma resposta célere e proporcional às infrações, fortalecendo a eficiência e racionalidade do processo penal, incluindo, inclusive, a vítima. Além disso, são examinados os atores processuais envolvidos nesse contexto, delineando suas funções e interações. O artigo se propõe a demonstrar, de forma desburocratizada, o procedimento sumaríssimo. Por fim, concluiu-se que o objetivo deste trabalho fora devidamente atingido, o qual é proporcionar uma compreensão abrangente do rito sumaríssimo, levando em conta, especialmente, o impacto que ele exerce no contexto jurídico nacional.

**Palavras-chave:** Procedimento sumaríssimo; Juizados Especiais; Institutos despenalizadores.

**ABSTRACT:** This research addresses the very summary procedure, which stands out as a crucial mechanism for speeding up and reducing bureaucracy in judicial proceedings, prioritizing the agile resolution of less complex disputes. The analysis focuses on the exploration of decriminalizing institutes, highlighting their relevance to decongesting the judicial system and guaranteeing a quick and proportional response to offenses, strengthening the efficiency and rationality of the criminal process, including for the victim. In addition, the procedural actors involved in this context are examined, outlining their roles and interactions. The article seeks to demonstrate the very summary procedure in a

---

345 E-mail: [stebbin.adv@gmail.com](mailto:stebbin.adv@gmail.com)

less bureaucratic way. Finally, it concludes that the aim of this work has been duly achieved, i.e. to provide a comprehensive understanding of the summary procedure, taking into account, in particular, its impact on the national legal context.

**Keywords:** Very summary proceedings; Special courts; Decriminalizing institutions.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Origem: o mandado constitucional de proceduralização. 2 O procedimento sumaríssimo segundo a Lei n. 9.099/95. 3 O necessário recorte regionalizado: a lei n. 1.071/90 do Estado de Mato Grosso do Sul. 4 Institutos despenalizadores aplicáveis no âmbito do procedimento sumaríssimo. 5 Atores processuais no procedimento sumaríssimo. 6 Fluxograma do procedimento sumaríssimo. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O procedimento sumaríssimo, instituído pela Constituição Federal e regulamentado pela Lei n. 9099/95, estabeleceu-se como um marco na agilização dos processos judiciais, conferindo uma via célere para a resolução de conflitos de menor complexidade.

Dentro desse escopo, surge a necessidade de explorar os institutos despenalizadores aplicáveis no âmbito do rito sumaríssimo. Estes, ao desafogar o sistema judiciário, garantem uma resposta mais ágil e condizente com o tipo de infração, primando pela eficiência e racionalidade do processo penal.

Ademais, para compreender plenamente a dinâmica do procedimento sumaríssimo, é fundamental analisar os atores processuais envolvidos, suas atribuições e interações nesse cenário de celeridade e simplificação procedural.

Este artigo propõe um mergulho aprofundado nesse contexto, apresentando não apenas uma visão teórica, mas também um fluxograma representativo do procedimento sumaríssimo. A finalidade é oferecer uma compreensão abrangente desse instituto, seus desdobramentos regionais e seu impacto no panorama jurídico nacional.

## 1 ORIGEM: O MANDADO CONSTITUCIONAL DE PROCEDIMENTALIZAÇÃO

A instituição do procedimento sumaríssimo fora prevista no texto da Constituição Federal Brasileira de 1988, especificamente em seu artigo 98, I, o qual dispõe que

[...] A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução



de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Nessa toada, a fim de atender tal dispositivo, o então Presidente da República Federativa do Brasil à época, Fernando Henrique Cardoso, sancionou a Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, bem como dá outras providências.

Contudo, a despeito de previsto no corpo da referida Lei o procedimento do rito sumaríssimo em si, seu conceito encontra-se estampado no art. 394, §1º, III, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

[...]

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

Vale ressaltar, no entanto, que tal compreensão foi devidamente lançada no texto legal somente no ano de 2008, especificamente com a entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, visando, para tanto, a complementação do disposto no art. 98, I, da CF/88.

## **2 O PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO SEGUNDO A LEI N. 9099/95**

Extrai-se do art. 60, da Lei n. 9.099/95, que os Juizados Especiais Criminais foram instituídos para o julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo. Ademais, o art. 61, do mesmo dispositivo legal, destaca que “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa” (BRASIL, 1995).

Na mesma linha, especificamente quanto ao procedimento sumaríssimo, tal dispositivo legal o regulamenta em seus artigos 77 e seguintes, sendo aplicado, contudo, somente nos casos em que não houver transação ou composição na audiência preliminar.

Importa abordar que, segundo Lima (2016, p. 193), o procedimento sumaríssimo e os Juizados Especiais visam

conferir maior celeridade e informalidade à prestação jurisdicional no tocante aos delitos de menor gravidade, por fim à prescrição, que era, e ainda é, assaz comum em tais delitos, revitalizar a figura da vítima, até então ignorada pelo processo penal, estimular a solução consensual dos processos penais e, ao mesmo tempo, permitir que a Justiça Criminal finalmente conte com tempo disponível para cuidar com maior atenção da criminalidade grave, reduzindo-se a escandalosa impunidade.

Neste início, ainda vale destacar que, nos casos em que ocorrem crimes conexos, as diretrizes da Lei 9.099/95 devem ser mantidas, independentemente da gravidade dos crimes envolvidos, ou seja, se houver conexão entre um crime de ameaça e um de homicídio, haverá a reunião destes, fixando a competência do julgamento, por determinação legal, a do Tribunal do Júri. Contudo, em relação ao crime de ameaça, cuja pena máxima é inferior a 2 anos, serão considerados os benefícios despenalizadores previstos naquele dispositivo legal.

No mesmo passo, o rito sumaríssimo preza pela redução das formalidades processuais, valorizando-se a oralidade, um dos princípios que orientam os Juizados Especiais. Inclusive, não havendo transação ou composição em audiência preliminar, o artigo 77, da Lei n. 9.099/95, dispõe que o Ministério Público oferecerá, de imediato, denúncia oral, salvo se não houver necessidade de se realizar demais diligências.

Ainda em relação ao início da ação penal, Nucci (2021, p. 514) leciona que

não havendo transação, seja porque não foi aceita pelas partes, seja porque o autor do fato não compareceu à audiência preliminar – e não pode ser conduzido coercitivamente ao fórum –, cabe ao Ministério Público oferecer, desde logo, em homenagem à celeridade, simplicidade e informalidade, a denúncia na forma oral (princípio da oralidade).

Prosseguindo-se, e havendo o oferecimento da denúncia, esta será reduzida a termo, sendo entregue uma cópia ao acusado, oportunidade em que este ficará devidamente citado e, conseqüentemente, intimado da designação da audiência de instrução e julgamento.

Em sendo constatada a ausência do acusado, proceder-se-á a citação nos termos dos artigos 66 e 68, da Lei n. 9.099/95, ou seja, na própria sede do Juizado ou, alternativamente, por mandado.

Cabe esclarecer que não é cabível a citação por edital no âmbito dos Juizados Especiais, sendo que, não havendo a localização do acusado, o Juiz deverá remeter os autos à Justiça Comum para, daí, efetivarem tal modalidade de citação, aplicando-se, desta maneira, o procedimento sumário.

No mesmo raciocínio, o rito sumaríssimo difere-se dos ritos ordinário e sumário quanto ao recebimento da denúncia ou queixa. No rito previsto na Lei n. 9.099/95, havendo a abertura da audiência de instrução e julgamento, de pronto será dada a palavra ao defensor do acusado, oportunidade em que este responderá à acusação e, posteriormente, o Juiz decidirá acerca do recebimento ou rejeição. Ademais, tal decisão deverá ser fundamentada e motivada, pois, conforme explica Nucci (2021, p. 519),

sempre que houver defesa preliminar ofertada antes do recebimento da peça acusatória, é natural que o magistrado deva fundamentar o recebimento da denúncia ou queixa. Não teria sentido menosprezar, por completo, os argumentos da defesa, lançando no feito apenas a expressão formal “recebo a denúncia”. Se não houver motivação, parece-nos causa de nulidade, embora relativa, dependendo da arguição da parte interessada e demonstração do prejuízo.

Não somente a decisão de recebimento ou rejeição deve ser fundamentada, mas também a própria sentença, dispensando-se, contudo, o relatório, conforme preconiza o art. 81, §3º, da Lei n. 9.099/95, veja-se:

Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

[...]

§ 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.

Tal dispensa do relatório na sentença tem amparo nos princípios da celeridade e informalidade, especialmente pelo fato de, em tese, todos os atos terem sido acompanhados pelas partes em sede de audiência de instrução e julgamento, inclusive reduzidos a termo, não restando necessidade de o Juiz se manifestar acerca de cada fato.

Por fim, deve-se pautar que, da decisão que rejeita ou recebe a denúncia ou queixa, e da sentença, caberá apelação, devendo ser interposta no prazo de dez dias, oportunidade em que referido recurso será julgado por uma turma composta por três magistrados que exerçam função no primeiro grau de jurisdição. Conquanto abordada a apelação, também caberá, da sentença ou acórdão, a oposição de embargos declaratórios, a serem opostos no prazo de cinco dias a partir da ciência da decisão.

### **3 O NECESSÁRIO RECORTE REGIONALIZADO: A LEI N. 1.071/90 DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

Como destacado anteriormente, a regulamentação dos Juizados Especiais foi prevista, de maneira geral, através da Lei Federal n. 9.099/95. Contudo, pouco se discute, seja por desconhecimento ou demais razões, que, na verdade, o Estado de Mato Grosso do Sul foi o pioneiro a proceder a instituição dos Juizados Cíveis e Criminais.

No referido Estado, tais Juizados foram instituídos no ano de 1990, através da Lei Estadual n. 1.071, de 11 de julho de 1990, a qual dispõe sobre a criação e funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências (MATO GROSSO DO SUL, 1990).

Na mesma linha, cabe esclarecer que, a despeito de editada posteriormente, o texto da Lei Federal n. 9.099/95 teve como parcial amparo a Lei Estadual de Mato Grosso do Sul, sendo que, para tanto, basta observar determinados artigos estampados em ambas as Leis, veja-se:

Lei Estadual n. 1.071/90 – MS:

Art. 17. Não poderão ser partes, no processo instituído nesta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

Lei Federal n. 9.099/95:

Art. 8º Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

Complementando tal raciocínio, é importante destacar o trecho de uma matéria publicada no sítio do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, em 09 de julho de 2021346, relatando que

[...] somente cinco anos depois de entrar em vigor em MS, em 1995, é que foi sancionada a lei federal nº 9.099, dispondo sobre os juizados especiais em âmbito nacional e ressalte-se: a norma federal foi baseada na lei sul-mato-grossense, uma proposta audaciosa que se tornou marca histórica para todo o país. O grande modernista e incentivador da implantação foi o então Corregedor-Geral de Justiça, Des. Rêmolo Letteriello, que faleceu no dia 3 de julho deste ano.

Avançando, vale ressaltar que a Lei Estadual n. 1.071/90 preenche determinadas lacunas evidenciadas no bojo da Lei n. 9.099/95, como é o caso, por exemplo, da quantidade de testemunhas a serem arroladas pelo acusado.

Em relação a referido tema, Nucci (2021, p. 514) explica que

[...] na Lei 9.099/95, não há a determinação do número legal para o rol de testemunhas. Dessa forma, pensamos ser aplicável o disposto no art. 538 do CPP, vale dizer, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum a apreciação de qualquer infração de menor potencial ofensivo (incluindo as contravenções), observar-se-á o procedimento sumário. E, neste procedimento, o número máximo é de cinco testemunhas (art. 532, CPP).

Sob a mesma ótica, o ilustre professor Fernando da Costa Tourinho Neto (2017, p. 760) destaca que “o art. 92, da Lei n. 9.099/95 manda aplicar subsidiariamente o Código de Processo Penal. Assim, o número máximo a ser observado deve ser de cinco testemunhas, uma vez que o Código de Processo Penal não previu o número de testemunhas a serem arroladas no procedimento sumariíssimo.”

Ocorre que, data máxima vênia, a despeito de tais entendimentos doutrinários, a Lei Estadual n. 1.071/90 prevê expressamente a quantidade máxima de testemunhas a serem arroladas. É o inteiro teor do artigo 71, do mesmo *códex*:

[...] A citação far-se-á pessoalmente ao acusado no próprio Juizado, se presente estiver, ou nas formas previstas na lei processual, com

---

346 Disponível em : <<https://www.tjms.jus.br/noticia/59686>>. Acesso em: 09 nov. 2023.

cópia da denúncia ou queixa, cientificando-se da data da audiência de instrução e julgamento e do seu direito de constituir advogado e arrolar até três testemunhas. (Grifou-se).

Concluindo-se, é forçoso reconhecer o excelente trabalho prestado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul quando da edição da Lei Estadual n. 1.071/90, pioneira na criação dos Juizados em nosso País, a qual, embora sendo alvo de demasiadas críticas à época, foi um dos pilares para a edição da Lei Federal que regulamenta, hodiernamente, os Juizados Especiais e, conseqüentemente, o procedimento sumaríssimo.

#### **4 INSTITUTOS DESPENALIZADORES APLICÁVEIS NO ÂMBITO DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO**

*Ab initio*, vale lembrar que os Juizados Especiais operam com princípios fundamentais e critérios essenciais, como a ênfase na comunicação oral, a busca pela simplicidade, a informalidade, a eficiência no trâmite processual e a rapidez, conforme estabelecido no artigo 62, da Lei n. 9.099/95.

Para atender tais princípios, observa-se que tal legislação introduziu três abordagens de despenalização para o suposto autor do incidente, a saber: a oportunidade de celebrar um acordo penal, a possibilidade de resolver as questões civis decorrentes do fato e, por fim, a chance de suspender condicionalmente o processo.

##### **4.1 Composição civil dos danos**

A composição, que pode ser comparada à conciliação, visa alcançar um acordo mútuo entre as partes envolvidas. Essa é a primeira tentativa de encerrar o processo durante a audiência preliminar, o que, sob a perspectiva de despenalização, é a opção mais favorável para as partes. Isso ocorre porque não implica em qualquer inconveniente para o suposto autor do fato, além de permitir a reparação dos eventuais prejuízos sofridos pela suposta vítima.

É importante ressaltar, nesse sentido, o conteúdo do artigo 74, da Lei n. 9.099/95, que trata da composição dos danos civis. Referido artigo estabelece que o acordo relativo aos danos civis deve ser documentado por escrito e, uma vez homologado pelo juiz por meio de sentença irrecorrível, passa a ter o *status* de um título executivo judicial.

Ademais, insta esclarecer que, em tal acordo, não há a intervenção direta do estado, seja pelo Juiz, Promotor ou Defensor, vez que, como destacado, o principal objetivo da composição civil dos danos é a conciliação entre as partes envolvidas.

Ainda sobre tal modalidade, Luiz Flávio Gomes (2001, p. 207) destaca que “a Lei n. 9.099/95, no âmbito da criminalidade pequena e média, introduziu no Brasil o chamado modelo consensual de Justiça crimina. A prioridade nessas infrações não é o *castigo* (tradicional) do infrator, senão sobretudo a indenização dos danos e prejuízos causados pelo delito em favor da vítima.”

O professor Fernando da Costa Tourinho Neto (2017, p. 673) esclarece que “[...] trata-se da composição dos danos civis, e não da composição penal. Os danos civis podem abranger os danos materiais e os morais, que podem logo ser quantificados, evitando-se a liquidação.”

Conclui-se, para tanto, que ao falar sobre a composição civil, torna-se evidente que seu propósito é encerrar litígios ou mesmo conflitos que ocorrem fora do ambiente judicial. Firme-se que, nesse processo, é fundamental que ambas as partes estejam em total acordo e se comprometam a cumprir o que foi estabelecido, desde que estejam em plenas condições para fazê-lo.

#### **4.2 Transação Penal**

Como já destacado, em casos de infrações penais consideradas de menor gravidade, julgadas nos Juizados Especiais Criminais, é importante priorizar, sempre que viável, a busca pela conciliação ou acordo entre as partes envolvidas.

Antes de abordar a transação penal em si, vale lembrar o conceito de transação. Zanatta (2001, p. 41) ressalta que a “transação é consenso entre as partes, é convergência de vontades, é acordo de propostas, é ajuste de medidas etc.; enfim, tudo o mais que se queira definir como uma verdadeira conciliação de interesses.”

Em suma, transação é um acordo que tem por objeto colocar fim ao litígio, seja penal, administrativo, cível ou qualquer outra modalidade de jurisdição.

Quanto à transação penal, instituto previsto no artigo 76, da Lei n. 9.099/95, a própria nomenclatura destaca que o objetivo é, entre outros, impor um ponto final ao procedimento, desde que preenchidos certos requisitos e, obviamente, aceito pelo autor dos fatos.

Nesse sentido, Nucci (2021, p. 504) destaca que

a transação envolve um acordo entre o órgão acusatório, na hipótese enunciada no art. 76 da Lei 9.099/95, e autor do fato, visando à

imposição de pena de multa ou restritiva de direito, imediatamente, sem a necessidade do devido processo legal, evitando-se, pois, a discussão acerca da culpa e os males trazidos, por consequência, pelo litígio na esfera criminal.

Da análise, resta evidenciado que a transação penal nada mais é do que um acordo envolvendo o autor do fato e o acusador, seja o Ministério Público, em se tratando de ação penal pública, seja o querelante, titular da ação penal privada.

Importante destacar, que frente ao objeto da transação penal, ao deparar-se diante de uma infração penal, a restrição da liberdade nem sempre representa a melhor forma de punição a ser imposta. Deve-se considerar, em especial, a gravidade do delito, principalmente ao lidar com as infrações de menor impacto.

Certifica Bitencourt *apud* Mirabete (2008, p. 26):

[...] diz Carlos Roberto Bitencourt a respeito da execução penal na visão da Criminologia Crítica: "A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmos, no qual se reproduzem e se agravam as graves contradições que existem no sistema social exterior. (...) **A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social.** A prisão não cumpre uma função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação. (grifou-se).

Assim, dado que a punição precisa ser proporcional à seriedade e à essência do crime, a transação penal foi introduzida com o intuito de despenalizar, não invalidando o próprio crime, mas sim, quando aceita e efetivada, evitando o desenrolar do processo penal. Isso não apenas alivia a sobrecarga do sistema judicial, mas também, crucialmente, retira a conotação criminal da infração.

Prosseguindo em relação à dinâmica da transação penal, esta ocorrerá, preferencialmente, em audiência preliminar, oportunidade em que o acusador oferecerá referida proposta de transação ao suposto autor do fato, devendo este aceita-la ou recusa-la. Havendo aceitação, a proposta será submetida à apreciação do Juiz, conforme dispõe o art. 76, §3º, da Lei n. 9.099/95. Ocorrendo a recusa, por parte do autor, o membro do Ministério Público procederá na forma prevista no artigo 77, do mesmo dispositivo legal.



Ademais, para que seja possível o oferecimento da proposta de transação penal, o suposto autor deverá preencher os requisitos elencados no art. 76, §2º, da Lei n. 9.099/95, a saber:

Art. 76 [...]

[...]

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Deve-se tecer, brevemente, que em determinadas situações, a transação penal não será cabível, mesmo tratando-se de delito de menor potencial ofensivo. É o caso, como exemplo, os delitos que tramitem sob o rito da Lei n. 11.340, conforme dispõe o enunciado da Súmula n. 536, do Superior Tribunal de Justiça, a qual expõe que a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito do dispositivo legal supramencionado.

Destaca-se, também, o teor da Lei n. 14.344/22, a qual incluiu o parágrafo primeiro no artigo 226, do ECA, e dispôs que, "aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995."

Portanto, sendo cabível a proposta de transação penal, havendo consequente aceitação por parte do suposto autor, bem como o cumprimento integral do referido benefício, este será homologada por sentença, arquivando-se, portanto, o procedimento.

Vale lembrar que, embora tal sentença possua natureza homologatória, muito se discutiu sobre a possibilidade de se considerar referido ato como sentença penal condenatória. Juristas como Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Smanio e Vaggione,

sustentavam que a sentença homologatória da transação penal era, na verdade, uma sentença condenatória.

Muitos debates surgiram a respeito do caráter de tal ato judicial, pois a aplicação de uma sentença penal condenatória acarretaria em diversos ônus em desfavor do acusado. Além disso, houve discussões sobre a adequação de aplicar uma sentença condenatória a infrações de menor potencial ofensivo, contrariando o propósito da Lei n. 9.099/95, que regulamenta não apenas a transação penal, mas também a composição entre as partes e a suspensão condicional do processo, evitando assim a aplicação de decisões condenatórias.

Como mencionado anteriormente, para alguns doutrinadores, a sentença tinha efeitos condenatórios, enquanto para outros, seu efeito era puramente homologatório. A interpretação predominante, hodiernamente, é que referida sentença tem efeito homologatório, uma vez que, para proferir uma condenação, é necessária uma acusação formal, o que não ocorre na fase preliminar.

Em resposta a tais discussões, o Supremo Tribunal Federal determinou, através da Súmula Vinculante n. 35, que

a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial

Portanto, vislumbra-se, em resumo, que ao tratar-se de transação penal aceita e devidamente cumprida pelo suposto autor do fato, o juiz homologará a sentença, a qual conterá apenas efeitos homologatórios, e determinará, portanto, o arquivamento do procedimento.

#### **4.3 Suspensão condicional do processo**

Divergente dos demais institutos abordados, a suspensão condicional do processo tem por objeto, por óbvio, suspender o processo mediante o cumprimento de determinadas condições.

Inclusive, para a ocorrência de tal suspensão, é imprescindível o oferecimento da denúncia ou queixa, tendo em vista que, antes do oferecimento, o termo circunstanciado é apenas um procedimento e não um processo.

Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Neto (2017, p. 862),

a proposta de suspensão condicional do processo deve ser feita quando do oferecimento da denúncia. Essa é a regra. Todavia, nada impede que possa ser formulada em outro qualquer momento até antes da prolação da sentença, mas sempre depois de recebida a denúncia, quando tem início a relação processual.

Ainda para melhor entendimento, tal instituto está previsto no art. 89, da Lei n. 9.099/95, o qual a regula da seguinte forma:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Quanto ao rito, havendo aceitação por parte do acusado e de seu defensor, aquele será submetido ao período de prova, sob determinadas condições, quais sejam a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. É o que dispõe o art. 89, §1º, da Lei n. 9.099/95. A despeito de formuladas tais condições, o Juiz poderá especificar outras, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Contudo, embora relatando as condições previstas, cabe salientar que, para que seja possível a proposta da suspensão condicional do processo, requisitos deverão ser preenchidos, são eles: a) crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano; b) por óbvio, que haja o oferecimento da denúncia; c) que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime; e d) presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, ora prevista no art. 77, do Código Penal.

Estando preenchidos tais requisitos, mister salientar que, conforme entendimento do STJ, o Ministério Público terá a obrigatoriedade de formular a proposta de suspensão condicional do processo, e não a facultabilidade, eis que, embora expressamente previsto o termo poderá, o membro do *Parquet* estará diante de um poder-dever.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>347</sup>, o qual relata que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal.

Ainda, é o que dispõe o enunciado da Súmula n. 696, do STF, a qual relata que “reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

Retornando ao rito do referido instituto, o acusado deverá, ao aceitar as condições da suspensão, cumpri-las com rigor, sob pena haver a revogação do benefício. Ademais, para que não haja tal anulação, o denunciado, no período de prova, não poderá ser processado por outro crime ou contravenção.

No que se refere a esse tópico, é igualmente relevante discutir, de forma breve, a condição mencionada no *caput* do artigo 89, da Lei n. 9.099/95. Especificamente, esta condição estabelece que, no momento em que é oferecida a suspensão condicional do processo, o acusado não deve estar enfrentando acusações por outro delito.

Algumas correntes doutrinárias menos seguidas argumentam que essa condição não deveria ser aplicada, pois viola diretamente o princípio da presunção de inocência. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, por meio do RHC 79460348, estabeleceu que essa condição se aplica ao acusado.

Assim, após termos abordado as disposições despenalizadoras estabelecidas na Lei n. 9.099/95, a próxima discussão se concentrará na análise das partes envolvidas no procedimento sumaríssimo.

## **5 ATORES PROCESSUAIS NO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO**

Sabe-se que, para o início da ação penal, deve-se haver o oferecimento da denúncia ou queixa em desfavor do investigado ou querelado.

A denúncia, como sabido, é a peça inaugural da ação, de competência do Ministério Público, nos crimes que se procedam mediante ação penal pública. Por sua vez, a queixa, comumente chamada de queixa-crime, também é peça inicial da ação, contudo, de

---

347 (STJ - AgRg no HC: 504074 SP 2019/0104428-1, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 13/08/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/08/2019)

348 Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/1999, DJ 14-05-2001 PP-00189 EMENT VOL-02030-02 PP-00410 REPUBLICAÇÃO: DJ 18-05- 2001 PP-00091 RTJ VOL-00177-02 PP-00838

competência do ofendido, nos crimes que se procedam, em regra, mediante ação penal privada. Ressalta-se, nesse íterim, que tais peças conterão, obrigatoriamente, a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. É o que dispõe o artigo 41, do Código de Processo Penal.

Sob a égide do rito sumaríssimo, não há mudanças quanto aos atores processuais, notadamente os titulares das ações penais.

Contudo, há de se falar, brevemente, que mesmo nos casos processados mediante ação penal privada, o Ministério Público, a depender do caso, terá legitimidade para intervir. É o caso, por exemplo, do oferecimento da transação penal.

Ao examinar o texto do artigo 76, da Lei n. 9.099/95, surge a possibilidade de interpretação equivocada, que poderia levar à conclusão de que a transação penal se aplica exclusivamente aos delitos que se procedem mediante ação penal pública, com o Ministério Público sendo a única entidade legitimada para oferecer a transação penal.

No entanto, é fundamental considerar atentamente as perspectivas predominantes na doutrina e na jurisprudência, que sustentam que não há restrição que impeça a oferta da transação penal em casos de ação penal privada. Tratando-se de crimes de ação penal privada, a legitimidade para propor a transação penal pode ser analisada sob duas vertentes, como a seguir se descreve.

Em situações de ação penal privada, e na ausência de objeção por parte da vítima, o Ministério Público detém a prerrogativa de propor a transação penal. Esse entendimento encontra respaldo no Enunciado nº 112, do FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais). Entretanto, caso a vítima se oponha à transação penal, a legitimidade para propor essa medida recai sobre o autor da queixa, de acordo com entendimento jurisprudencial predominante<sup>349</sup>.

Conclui-se, portanto, que, embora havendo dois atores processuais, ou seja, Ministério Público e ofendido, a depender da ação penal, aquele órgão tem legitimidade para atuar não somente nas ações penais públicas, mas também em determinadas fases da ação penal privada.

---

349 (HC 81720, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 26/03/2002, DJ 19-04-2002.

## 6 FLUXOGRAMA DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

Ao abordar o rito sumaríssimo, verifica-se, como exposto, que referido procedimento diverge dos demais, especialmente por ter como pilares os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, e, não menos importante, tem como finalidade a reparação do dano causado à vítima e imposição de pena não privativa de liberdade.

Com isso, e ante o exposto, importante ressaltarmos, de forma breve, o procedimento do rito sumaríssimo em si.

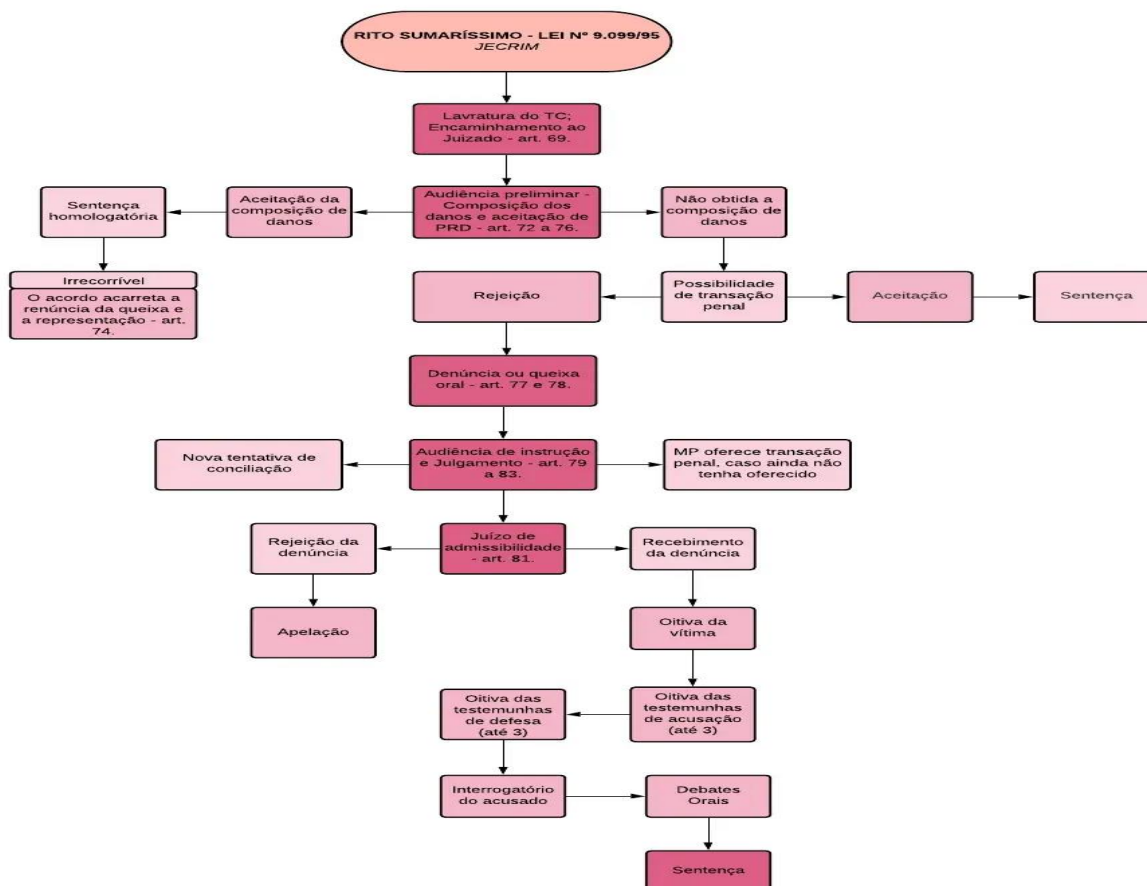
Primeiramente, há a fase preliminar, oportunidade em que será designada uma audiência de fins conciliatórios, prevista no artigo 72, da Lei n. 9.099/95. Em tal ato, haverá, preimeiramente, a tentativa de composição civil dos danos entre os envolvidos. Restando frustrada tal composição, questiona-se à vítima, daí, se há o interesse em prosseguir com o procedimento, ou seja, se representará contra o autor, se o caso. Havendo representação, o Ministério Público deverá, acaso preenchidos os requisitos para tanto, propor a transação penal ao autor do fato. Existindo desinteresse por parte deste e não sendo o caso de arquivamento e/ou diligências complementares, o membro do *Parquet* oferecerá, de pronto, denúncia oral. Por fim, o Juiz, ao verificar a respectiva denúncia, designará audiência de instrução e julgamento, sendo que, na mesma oportunidade, o acusado sairá citado e intimado do início da ação penal.

Prosseguindo à audiência de instrução e julgamento, há, novamente, a tentativa de transação penal, cabendo ao acusado aceita-la ou rejeita-la. Em caso de rejeição, será dada a palavra ao defensor do denunciado, a fim de que este responda à acusação, oralmente, oportunidade em que, somente daí, o magistrado decidirá acerca do recebimento ou rejeição da denúncia.

Em relação ao rito da audiência de instrução e julgamento, e havendo o recebimento da denúncia, passará, então, a oitiva da vítima. Após, serão inquiridas as testemunhas de acusação e de defesa, nesta ordem, e, por último haverá o interrogatório do denunciado. Encerrado tal interrogatório, haverá os debates orais, oportunidade em que o Juiz analisará e, findando tais debates, proferirá a sentença, também de forma oral.

Para complementar o entendimento, expõe-se um fluxograma do procedimento sumaríssimo, o qual destaca ponto a ponto, desde o início até o julgamento da ação penal.

Figura 1: Fluxograma do procedimento sumaríssimo.



Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/536766568/Fluxograma-Rito-Sumarissimo-JECRIM>>. Acesso em: 10 nov. 2023.

## CONCLUSÃO

Ante às análises, discussões, pesquisas e entendimentos abordados no presente artigo, verifica-se, sobretudo, a importância do conhecimento acerca do procedimento sumaríssimo, seja por acadêmicos, profissionais do direito e a própria sociedade em si.

Tal importância decorre, principalmente, pelo fato de referido procedimento ser mais compreensível de modo geral, seja por leigos ou especialistas, notadamente ante os princípios da simplicidade e da informalidade.

Nesse sentido, fora de suma importância analisar as características da jurisdição penal aplicada ao procedimento sumaríssimo, explicando e demonstrando como ocorre na prática, bem como eventuais exceções e maneiras de lidar com tais.

Verifica-se, portanto, que esta pesquisa atingiu o seu objetivo, qual seja demonstrar aos leitores, de uma forma descomplicada, como manobrar o procedimento ou a ação penal sob a égide do rito sumaríssimo, explicando, para tanto, a historiologia deste procedimento, os institutos despenalizadores, demais curiosidades acerca dos Juizados Especiais, bem como o andamento do procedimento e da ação penal.

Conclui-se, desta maneira, que deverão ser observados todos os requisitos, objetivos e subjetivos, para a melhor aplicação da lei penal no procedimento sumaríssimo, pois se trata de importante rito que, havendo tais preenchimentos dos requisitos, beneficia todos os envolvidos, quais sejam autor do fato, vítima, Promotor de Justiça, Defensor Público e, por óbvio, o Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada: volume único*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984*. São Paulo: Atlas, 2008.

NETO, Fernando da Costa Tourinho; JÚNIOR, Joel Dias Figueira. *Juizados Especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/1995*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas: volume 2*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ZANATTA, Airton. *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.



\_\_\_\_\_ **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em:  
<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>.

\_\_\_\_\_ **Lei nº 1.071/90, de 11 de julho de 1990.** Dispõe sobre a criação e funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Campo Grande, 1990. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/legislacao/visualizar.php?lei=5071>>.

\_\_\_\_\_ **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Institui os Juizados Especiais. Brasília, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>.

\_\_\_\_\_ **Lei nº 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 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, 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>.

\_\_\_\_\_ **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.** Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Brasília, 2008. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11719.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11719.htm)>.

\_\_\_\_\_ **Lei nº 14.344, de 24 de maio de 2022.** Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente. Brasília, 2022. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/lei/L14344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14344.htm)>.

\_\_\_\_\_ Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Consulta súmulas.** Disponível em:  
<<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 nov. 2023.

\_\_\_\_\_ Supremo Tribunal Federal (STF). **Consulta jurisprudências.** Disponível em:  
<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RHC%20794>>

60

[%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>](#). Acesso em: 10 nov. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Consulta jurisprudências**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2666#:~:text=A%20esse%20respeito%2C%20a%20S%C3%BAmula,se%20por%20analogia%20o%20art.>>. Acesso em: 10 nov. 2023.

Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE. **Enunciados Criminais**. Disponível em: <https://fonaje.amb.com.br/enunciados-criminais/>. Acesso em: 11 nov. 2023.

## **DEVER CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO: QUESTÕES JURÍDICAS CONTROVERTIDAS SOBRE A LEI 14.181/2021 E O DECRETO N. 11.150/2022**

**LETICIA VILELA LOCATELI:**

Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Pós-Graduada em Direito da Diversidade e da Inclusão (Faculdade Legale) e Pós-Graduada em Prática Penal Avançada (Faculdade Focus).

**RESUMO:** O presente artigo examina o instituto do superendividamento, analisando o Lei n. 14.181/2021 e do Decreto n. 11.150/2022 à luz dos parâmetros constitucionais de proteção do consumidor. Inicialmente, destaca-se a concessão de crédito como direito fundamental, cuja concessão deve ser orientada para garantir sua função social. A Lei define superendividamento como a incapacidade do consumidor, de boa-fé, quitar todas as dívidas de consumo sem comprometer o mínimo existencial. A abrangência de proteção conferida pelo Decreto n. 11.150/2022 é criticada pela doutrina e instituições democráticas, especialmente em razão da insuficiência da renda mínima estabelecida em relação a realidade econômica. O artigo propõe uma análise crítica das mudanças legislativas, explorando implicações no equilíbrio entre proteção do consumidor e acesso ao crédito, ressaltando a necessidade de normas para preservar mandamentos constitucionais. Destaca-se os desafios encontrados na prática forense para tratamento do superendividamento, ressaltando a necessidade de parâmetros claros e objetivos para estruturar a atuação do judiciário na solução dos casos práticos. A legislação existente mostra-se insuficiente, evidenciando a urgência de diretrizes claras para garantir tratamento isonômico a questão e proteção efetiva aos direitos constitucionais do consumidor em situação de superendividamento.

**Palavras-chave:** superendividamento; crédito responsável, mínimo existencial; proteção do consumidor.

### **1.INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem o escopo de analisar o instituto do superendividamento, ponderando sua dimensão constitucional e a materialização da proteção por meio da edição da Lei n. 14.181/2021 e do Decreto n. 11.150/2022. Inicialmente, optou-se pela análise da literatura técnica acerca da sociedade de consumo atual, verificando que o crédito assume contornos de direito fundamental para o acesso a bens duráveis, de modo que a sua concessão deve ser organizada de modo a assegurar o cumprimento de sua função social. Em seguida, passa-se a analisar os princípios e mandamentos constitucionais de proteção do consumidor e sua projeção em relação ao superendividamento.

A Lei n. 14.181, de julho de 2021, introduziu alterações no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto do Idoso, visando aprimorar a regulação do crédito ao consumidor e tratar do superendividamento. Um marco significativo dessa mudança é a introdução do Art. 54-A no CDC, que define superendividamento como a manifesta incapacidade do consumidor, de boa-fé, quitar a totalidade de suas dívidas de consumo sem comprometer seu mínimo existencial. Contudo, a generalidade das definições legais e doutrinárias revela-se insuficiente para guiar a aplicação prática do instituto na jurisdição. A necessidade de critérios mais específicos torna-se evidente, especialmente diante da obrigação estabelecida pelo Art. 54-A, §1º, do CDC, que demanda a edição de regulamentação pelo poder executivo.

A delegação dessa responsabilidade ao Poder Executivo, que foi realizada pela publicação do Decreto n. 11.150/2022, confere flexibilidade e adaptabilidade às mudanças no cenário socioeconômico. No entanto, essa abordagem não está isenta de desafios, como o risco de adoção de critérios inadequados e insuficientes que vulneram a proteção ao consumidor.

Críticas ao decreto, provenientes de instituições e da doutrina, levaram a ajustes no valor considerado como mínimo existencial, mas permanecem desafios quanto à adequação desse valor à realidade econômica. O artigo propõe uma análise crítica das mudanças legislativas e regulatórias, explorando as implicações práticas no contexto jurídico e social, especialmente no equilíbrio entre a proteção do mínimo existencial e o acesso ao crédito para consumidores de renda mais baixa.

## **2.DESENVOLVIMENTO**

A problemática do superendividamento é objeto de estudos há algum tempo, mas somente em 2021 foi formalmente estabelecida uma tutela legal especificamente direcionada ao tratamento dessa situação. A constatação empírica revela a urgência de abordagens cautelosas e políticas eficazes, alinhadas com as características específicas do contexto atual, visando mitigar os desafios associados ao superendividamento.

Especialmente considerando o contexto da sociedade de consumo que expõe os consumidores a estratégias de mercado cada vez mais sofisticadas.

O filósofo francês Gilles Lipovetsky explica que vivemos a terceira fase da sociedade de hiperconsumo, caracterizada pelo “consumo emocional”. O autor explica que os atos de compra na contemporaneidade são relacionados a própria expressão da identidade e a satisfações emocionais e corporais, sensoriais, estéticas, lúdicas e distrativas (LIPOVETSKY, 2007). Nas palavras do autor:

Em profundidade, o consumo emocional aparece como uma forma dominante quando o ato de compra, deixando de ser comandado pela preocupação conformista com o outro, passa para uma lógica desinstitucionalizada e intimizada, centrada na busca das sensações e do maior bem-estar subjetivo. A fase III significa a nova relação emocional dos indivíduos com as mercadorias, instituindo o primado do que se sente, a mudança da significação social e individual do universo consumidor que acompanha o impulso de individualização de nossas sociedades (LIPOVETSKY, 2007, p. 45-6).

Para viabilizar o acesso a bens de consumo, a sociedade capitalista emprega estratégias econômicas, notadamente o financiamento e o crédito, serviços que têm se democratizado progressivamente. Nesse contexto, o acesso ao crédito passa a ser compreendido como um direito fundamental na sociedade contemporânea, à medida que consubstancia a “a prerrogativa de inserção, inclusão no mercado de consumo” (OLIVEIRA, 2015). Andréa Luisa de Oliveira ensina que o crédito, por sua relevância e grande valor para inclusão social no mercado de consumo, pode ser compreendido como um “bem público, a ser tutelado juridicamente pelo Estado, face às suas tessituras jurídicas fundamentais, alicerçadas na justiça e solidariedade social positivadas na Magna Carta.” (OLIVEIRA, 2015). Ainda, destaca a autora:

De tal modo, no plano internacional, o crédito, espelha relevante valor mundial, porque inerente das relações de consumo, e por tal, base de diretivas universais, expressos em tratados internacionais. Porquanto, a proteção consumerista, e nesta inclusa o crédito ao consumo, atualmente é sopesada como direito humano fundamental de terceira dimensão ou geração (OLIVEIRA, 2015, p. 61).

Andréa Luisa de Oliveira prossegue ainda enfatizando a relação do direito ao crédito com os direitos da personalidade:

Dessarte, a fundamentalidade creditícia retratada, torna-se mais evidente quando sua análise é feita às avessas: o descrédito econômico, enquanto míngua da confiança pública na aptidão de honrar suas relações obrigacionais, é, no mercado de consumo, densa ofensa à honra. Por isso, o resguardo do direito da personalidade entrelaça-se ao direito de crédito, pois revela-se como manifesta valorização do patrimônio moral. [...] Isso porque, este conceito, tido por alguns como econômico, perpassa por valores essenciais do homem: sua honra, dignidade, justiça, solidariedade social. Este é o objetivo em tela: demonstrar que, considerar o crédito como direito fundamental é considerá-lo atrelado a valores e direitos tidos constitucionalmente como fundamentais (OLIVEIRA, 2015, p. 66).

Assim, o contrato de concessão de crédito deve observar sua função social, a fim de permitir a preservação da dignidade humana e o mínimo existencial, ao mesmo tempo em que proporciona a saudável movimentação de bens de consumo e estimula a economia. Por outro lado, a “disfuncionalização creditícia, a síncope sistêmica, eis que, perpetrada com abusos contratuais, com desmerecimento à boa-fé negocial, que atenta não à singularidade, mas sim a coletividade de consumidores [...]” (OLIVEIRA, 2015, p. 116).

A compreensão da proteção ao direito do crédito como um direito fundamental implica a necessidade de sua concessão orientada pela função social, visando evitar impactos adversos, como a vulneração da dignidade humana decorrente do superendividamento. Diante desse cenário, a intervenção estatal e a organização legal se tornam imperativas, estabelecendo balizas que promovam uma concessão de crédito responsável. Benjamin, Marques e Bessa (2022) explicam que a “a atual função social do direito privado é a proteção da pessoa em face dos desafios da sociedade massificada, globalizada e informatizada atual”.

### **3.DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR**

A Constituição Federal de 1988 é reconhecida como sendo instituidora de uma revolução paradigmática que rompe com a tradicional visão individualista, instituindo um novo “direito privado, cuja característica marcante é a proteção da pessoa humana, valor que inspira e reforça, especialmente o reconhecimento da proteção entre todos, dos mais fracos, os vulneráveis da sociedade de massas contemporânea” (MARQUES; MIRAGEM, 2014). O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor pelo constituinte implicou em previsão específica de tutela garantir a equidade e a justiça nas relações comerciais.

No art. art. 5º, XXXII, da Constituição há a previsão de que o Estado deverá promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. Já no art. 170, a defesa do consumidor é incluída como princípio da ordem econômica. Finalmente, o art. 48 do Ato das Disposições Transitórias estabelece o mandamento ao legislador ordinário, a fim de que elabore um Código de Defesa e Proteção do Consumidor, o que foi realizado pela Lei 8.078/1990. Assim, “a Constituição Federal de 1988 é a garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor no Brasil” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2022).

Nesse contexto, a proteção do consumidor transcende a esfera legal, adquirindo status de salvaguarda constitucional que demanda a atenção e ação constante das instituições e da sociedade em prol de uma justiça distributiva e da preservação dos direitos fundamentais. Portanto, “a proteção do consumidor no Brasil é um princípio, um princípio de ordem constitucional” (MARQUES; MIRAGEM, 2014), que decorre da premissa de necessidade de proteção desse grupo em razão de sua especial vulnerabilidade.

Ademais, a concretização dos direitos foi garantida pela determinação de sistematização e regulamentação, que foi cumprida pelo legislador com a edição da Lei 8.078/1990, que ficou conhecido como Código de Defesa do Consumidor, constituindo o principal instrumento normativo da temática.

Relevante pontuar ainda que a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais são erigidas a objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, Constituição Federal).

#### **4. DA PROTEÇÃO LEGAL ESPECÍFICA DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO**

Em 1º de julho de 2021 foi publicada a Lei n. 14.181 que alterou o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) com a finalidade de “aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento”. Assim, pretende-se que os acréscimos respeitem a estrutura do CDC, beneficiando-se de sua estabilidade legislativa e principiológica (BENJAMIN; MARQUES; LIMA; VIAL, 2022).

#### **5. DO CONCEITO JURÍDICO DE SUPERENDIVIDADO**

A Lei n. 14.181/2021 adota o modelo objetivo de qualificação, que toma por base “a situação econômica do lar, comparando o valor total das dívidas com a renda e patrimônio do devedor” (ALMEIDA, 2018, p. 22). Foi rechaçado, portanto, o modelo subjetivo, que “leva em consideração percepção do próprio indivíduo devedor sobre sua capacidade de reembolsar das dívidas vincendas” (ALMEIDA, 2018, p. 22) e o modelo

administrativo que pondera os “registros oficiais nos Tribunais (no Judiciário) para medir o superendividamento” (ALMEIDA, 2018, p. 22).

O Art. 54-A, §1º, do CDC, introduzido pela nova lei, define superendividamento como sendo a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação. Em seguida, o segundo parágrafo do dispositivo afirma que o instituto abarca quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada.

A doutrina identifica a existência do superendividamento ativo e passivo. No caso do superendividado passivo a situação de insolvência não é resultado de escolhas deliberadas, mas sim de circunstâncias extraordinárias ou imprevistas conhecidas como “acidentes da vida” (ALMEIDA, 2018). A Pandemia da Covid-19, por exemplo, implicou na redução repentina de milhares de famílias que, em razão de restrições sanitárias ou limitações médicas, foram impedidas de manter sua atividade laborativa.

Os superendividados ativos, por outro lado, contribuem diretamente para a situação ao ultrapassar suas capacidades econômicas, sem a ocorrência de efeitos excepcionais que justifiquem um aumento no padrão de consumo (ALMEIDA, 2018). No grupo de superendividados ativos, ocorre uma subdivisão entre conscientes e inconscientes. Estes últimos são aqueles que, agindo de boa-fé, abusam do crédito sem considerar o impacto financeiro em seus orçamentos, devido à falta de informação adequada sobre os encargos contratuais ou pela concessão de crédito irresponsável por parte dos fornecedores (ALMEIDA, 2018), que, em muitos casos, recorrem a estratégias de marketing agressivo para formalização de contratos bancários.

Por fim, os superendividados ativos conscientes são aqueles que, agindo de má-fé, acessam o crédito com intenção deliberada e pré-ordenada de não realizar o pagamento dos credores (ALMEIDA, 2018). Estes estão excluídos da proteção outorgada pela Lei n. 14.181/2021, que elege a boa-fé como critério distintivo para acesso aos institutos protetivos:

Art. 54-A. Este Capítulo dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

§ 3º O disposto neste Capítulo não se aplica ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé, sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de



não realizar o pagamento ou decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor.

Importante pontuar, ainda, que o art. 140-A, §1º, do Código de Defesa do Consumidor exclui do processo de repactuação de dívidas, ainda que decorrentes de relações de consumo, as dívidas de contratos de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural. Contudo, a opção legislativa de incluir tal restrição apenas no capítulo que trata do plano de pagamento implica no reconhecimento de que tais dívidas, embora não possam ser coercitivamente repactuadas, devem ser consideradas para a aferição da condição de superendividado do consumidor.

## **6. ANÁLISE DO DECRETO N. 11.150/2022 À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO**

A generalidade das definições legais e doutrinárias são insuficientes para orientar a análise da prática da incidência do instituto aos casos concretos na prática judiciária. A experiência forense indica que a delimitação dos consumidores aptos a utilizar o procedimento de repactuação, conforme estabelecido, requer critérios mais específicos. Especialmente considerando que o Art. 54-A, §1º, do CDC, em sua parte final, sinalizou a obrigação do poder executivo em editar regulamentação sobre o tema.

A atribuição ao Poder Executivo da faculdade de definir os parâmetros quantitativos e qualitativos relacionados ao conceito de "comprometimento do mínimo existencial do consumidor" confere vantagens substanciais, principalmente no que tange ao ajuste ágil e eficaz às mutações do cenário social. Essa prerrogativa possibilita a rápida adequação dos parâmetros, considerando que o processo legislativo é moroso e nem sempre consegue acompanhar a dinamicidade das variáveis econômicas, como inflação e taxas de juros. Além disso, a delegação dessa responsabilidade ao Executivo permite que a regulamentação se alinhe à política econômica adotada, refletindo escolhas políticas do governo eleito.

Entretanto, é imperativo ressaltar que essa opção também implica em desvantagens significativas. Há o risco de adoção de critérios quantitativos inadequados, insuficientes e incompatíveis com uma existência digna, comprometendo a efetividade das medidas destinadas à salvaguarda do mínimo existencial do consumidor. Ademais, é possível, ainda, que sejam ignorados critérios qualitativos como a hipervulnerabilidade de alguns grupos, que, em razão de barreiras de origem física, sensorial e social dependam de mais recursos para exercício pleno de seus direitos fundamentais, como é o caso dos idosos. Assim, essa

prerrogativa do gestor público, quando mal-empregada pode conduzir ao esvaziamento da política de proteção ao consumidor superendividado.

Nessa perspectiva, o Decreto n. 11.150 publicado no Diário Oficial da União em 27 de julho de 2022 foi criticado pela doutrina e suscitou manifestação de diversas instituições, como a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) e pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (Anadep), sob o argumento de que ele contradiz as diretrizes da norma a qual é subordinado.

O decreto previa em sua redação original que a renda mínima seria o percentual de 25% do salário-mínimo:

Art. 3º - No âmbito da prevenção, do tratamento e da conciliação administrativa ou judicial das situações de superendividamento, considera-se mínimo existencial a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a vinte e cinco por cento do salário-mínimo vigente na data de publicação deste Decreto.

Define ainda o decreto que a apuração da preservação ou do não comprometimento do mínimo existencial seria realizada considerando a base mensal, por meio da contraposição entre a renda total mensal do consumidor e as parcelas das suas dívidas vencidas e a vencer no mesmo mês (art. 3º, §1º, Decreto n. 11.150/2022).

Merece destaque a redação original do parágrafo segundo do art. 3º, §1º que indica que o reajustamento anual do salário mínimo não implicaria em atualização do parâmetro fixado no caput do artigo. No ano de 2022 o salário mínimo era de R\$ 1.212,00 (mil duzentos e doze reais), de modo que a renda mínima seria, portanto, R\$ 303,00 (trezentos e três reais)<sup>350</sup>.

A problemática se agrava em razão da previsão do art. 4º, do Decreto que exclui da aferição do cálculo do comprometimento do mínimo existencial as seguintes dívidas:

Art. 4º Não serão computados na aferição da preservação e do não comprometimento do mínimo existencial as dívidas e os limites de créditos não afetos ao consumo. Parágrafo único. Excluem-se ainda

---

<sup>350</sup> **Últimas da Internet: Bolsonaro assina decreto que regulamenta normas relativas ao superendividamento.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/conexao-senado/2022/07/27/ultimas-da-internet-bolsonaro-assina-decreto-que-regulamenta-normas-relativas-ao-super-endividamento>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

da aferição da preservação e do não comprometimento do mínimo existencial:

I - As parcelas das dívidas:

- a) relativas a financiamento e refinanciamento imobiliário;
- b) decorrentes de empréstimos e financiamentos com garantias reais;
- c) decorrentes de contratos de crédito garantidos por meio de fiança ou com aval;
- d) decorrentes de operações de crédito rural;
- e) contratadas para o financiamento da atividade empreendedora ou produtiva, inclusive aquelas subsidiadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES;
- f) anteriormente renegociadas na forma do disposto no Capítulo V do Título III da Lei nº 8.078, de 1990;
- g) de tributos e despesas condominiais vinculadas a imóveis e móveis de propriedade do consumidor;
- h) decorrentes de operação de crédito consignado regido por lei específica; e
- i) decorrentes de operações de crédito com antecipação, desconto e cessão, inclusive fiduciária, de saldos financeiros, de créditos e de direitos constituídos ou a constituir, inclusive por meio de endosso ou empenho de títulos ou outros instrumentos representativos;

II - Os limites de crédito não utilizados associados a conta de pagamento pós-paga; e

III - os limites disponíveis não utilizados de cheque especial e de linhas de crédito pré-aprovadas.

A análise do decreto indica que o mesmo exorbitou os contornos do instrumento normativo que regula, afrontando o caráter meramente regulamentar do Decreto Presidencial (ANADEP, Peça eletrônica 1 da ADPF 1.006/DF, 2022). Como visto acima, foram

impostas restrições que inexistem na Lei 14.181/2021, que, no art. 54-A, §3º do CDC, afasta a incidência do instituto apenas nos casos de dívidas contraídas de má-fé ou contratação de produtos de luxo de alto valor. A lei não exclui da revisão legal, por exemplo, dívidas decorrentes de operação de crédito consignado, como fez o decreto.

No dia seguinte a publicação do decreto acima indicado (28/07/2022) o Conselho Nacional de Defensores e Defensoras Gerais assinou nota técnica intitulada “A inconsistência do Decreto n. 11.150/2022 e o esvaziamento inconstitucional da Lei 14.181/2021” a qual pontua com precisão a questão acima exposta:

O disposto no art. 4º, caput e parágrafo único, do Decreto, viola frontalmente o CDC ao excluir determinadas dívidas de consumo do conceito de mínimo existencial, visto que o CDC expressamente consignou, a partir da atualização promovida pela Lei 14.181/2021, que a prevenção e tratamento do superendividamento “englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada.” (o §2º do art. 54-A, CDC). Nem mesmo a hipótese excessiva do §1º do art. 104 do CDC é capaz de regularizar o mencionado dispositivo do decreto, uma vez que a exclusão de certas modalidades de crédito do processo de repactuação foi apenas para a negociação (processo de repactuação de dívidas), mas não para fins de fixação do conceito de mínimo existencial (CONDEGE, 2022, p. 3-4).

Na prática, segundo o Decreto n. 11.150/2022, apenas teria direito a repactuação de dívidas o consumidor que, após o abatimento das parcelas mensais decorrentes de contrato de consumo, tivesse disponível valor inferior a R\$ 303,00 (trezentos e três reais), que corresponderia ao mínimo existencial. Ou seja, considerou o Decreto que tal montante seria suficiente para suportar despesas com alimentação, moradia (inclusive as de financiamento imobiliário e despesas de condomínio), saúde, transporte, cultura e lazer.

A reação apresentada pelas instituições com vocação constitucional de defesa da população vulnerabilizada se pauta também em critérios objetivos. Segundo a “Organização das Nações Unidas (ONU), está na linha da miséria quem sobrevive com até U\$ 1,90 por dia (R\$ 304,95 ao mês, no câmbio de hoje)” (CONDEGE, 2022, p.3 – sem grifos no original).

No contexto nacional, é essencial observar que o “mínimo essencial” do Decreto n. 11.150/2022 na sua redação originária (R\$ 303,00 - trezentos e três reais) era inferior ao custo de uma cesta-básica no ano de sua edição. O Departamento Intersindical de

Estatística e Estudos Econômicos (DIEESE) publicou nota à imprensa indicando que, em 2022 (ano da publicação original do decreto), a cesta básica de menor valor nas capitais do Brasil foi registrada em Aracaju no valor de R\$ 521,05 (quinhentos e vinte e um reais e cinco centavos) e a de maior custo em São Paulo atingindo R\$ 791,29 (DIEESE, 2023, p.1)351.

A situação se agrava ao considerar os elevados custos de moradia digna no Brasil, especialmente em capitais, seja a título de aluguel, seja pelo pagamento de financiamentos, que, conforme mencionado, são desconsiderados para aferição da renda comprometida. Conforme Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) 2017-2018 realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, famílias com renda de até R\$ 1908,00 (mil novecentos e oito reais) comprometem 39,2% deste valor com despesas de habitação. Ainda segundo a pesquisa, alimentação representa o segundo maior custo, comprometendo 22% da renda dessa parte da população brasileira352.

Diante da análise do custo de bens e serviços como alimentação e moradia, é essencial notar que a determinação do art. 54-A, §1º, do Código de Defesa do Consumidor é de que fosse assegurada renda mínima para garantia do mínimo existencial. No momento de evolução da doutrina de proteção aos direitos humanos, entende-se que mínimo existencial não diz respeito a mera garantia de sobrevivência física, mas a existência com dignidade. Nesse sentido:

Neste contexto constitucional, o mínimo existencial não se limita ao mínimo vital, isto é, ao estritamente necessário à sobrevivência, garantindo, assim, uma vida condigna à pessoa superendividada, preservando-lhe o bem-estar físico, mental e social e salvaguardando-lhe os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e infância – tudo nos termos do art. 6º da Constituição Federal de 1988, do art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dos artigos 11

---

351 DA CESTA BÁSICA AUMENTOU NAS, O. V. **Em 2022, preço da cesta básica aumenta em todas as 17 capitais pesquisadas.** Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2022/202212cestabasica.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

352 **POF 2017-2018: Famílias com até R\$ 1,9 mil destinam 61,2% de seus gastos à alimentação e habitação.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25598-pof-2017-2018-familias-com-ate-r-1-9-mil-destinam-61-2-de-seus-gastos-a-alimentacao-e-habitacao>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

e 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto 591/92) e art. 11 do Decreto 678/92 (CONDEGE, 2022, p.2 – sem grifos no original).

Existem precedentes do Supremo Tribunal Federal que desde 2011 adotam tal conceito como razão de decidir:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. [...] (STF, Segunda Turma, ARE 639337 AgR, Relator Min: Celso de Mello, Data de Julgamento: 23.08.2011, Data de publicação: 15.09.2011)

Diante desse contexto, a Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP na petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de medida liminar distribuído perante o Supremo Tribunal Federal sob o n. 1006 (Relatoria do Min. André Mendonça), afirma que o Decreto afrontou decisões políticas estruturantes constitucionais, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana; os direitos sociais previstos no art. 6º, da CF (direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e a infância); ao dever do estado de promover a proteção ao consumidor (art. 5º, inciso XXXII, CF); ao princípio constitucional da vedação ao retrocesso social (ANADEP, Peça eletrônica 1 da ADPF 1.006/DF, 2022).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 1.006/DF está apenas a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 1.005/DF apresentada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, que trata do mesmo tema, e ambas tramitam pelo rito do art. 12, da Lei 9.868/99 ainda pendentes de julgamento.

Ponderando as críticas contundentes da majoritária doutrina, em junho de 2023 foi publicado o Decreto n. 11.567/2023 que alterou o Decreto n. 11.150/2022 estabeleceu que “considera-se mínimo existencial a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a R\$ 600,00”.

Apesar do aumento no valor da renda mensal mínima, ainda subsistem as questões acima. Especialmente porque não foram alterados os critérios utilizados para aferição do que seria “renda livre”, mantendo a determinação de que dívidas com empréstimos consignados e financiamentos habitacionais, por exemplo, são desconsideradas no cálculo do superendividamento.

O Decreto n. 11.567/2023 também não estabeleceu critérios qualitativos com o fim de atender a especificidades regionais e pessoais de grupos de consumidores hipervulneráveis como idosos e pessoas com deficiência, que em razão das barreiras físicas, sensoriais e sociais dependem de recursos materiais diversos para participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Em relação ao critério quantitativo, nota-se que o aumento não é suficiente para assegurar o acesso à bens e serviços necessários à vida digna no ano de 2023. A última pesquisa do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, publicada em 07/11/2023, indica que, apesar da redução do custo em algumas capitais, R\$ 521,96 (quinhentos e vinte e um reais e noventa e seis centavos) ainda é o menor preço da cesta básica, encontrada em Aracaju. O maior custo entre as capitais foi registrado em Porto Alegre: R\$ 739,21 (setecentos e trinta e nove reais e vinte e um centavos)<sup>353</sup> para compra da cesta básica. Ainda, segundo o mesmo instituto, o salário mínimo necessário para atendimento suficiente e adequado, em outubro de 2023, das necessidades materiais essenciais seria de R\$ 6.210,00 (seis mil duzentos e dez reais)<sup>354</sup>.

A questão é complexa, porque, se R\$ 600,00 não é suficiente para garantia do mínimo vital em algumas capitais, considerar como mínimo existencial o valor equivalente a um salário-mínimo acarreta consequências desfavoráveis para o acesso ao crédito por parte dos consumidores de renda mais baixa. Tal determinação implicaria no desestímulo das instituições financeiras a concederem crédito a essa parcela da população, considerando a probabilidade de inadimplência, o que agravaria a situação financeira desses consumidores e a prejudicaria o acesso a bens de consumo duráveis.

Por conseguinte, a complexidade inerente a essa problemática demanda uma análise minuciosa por parte dos gestores públicos, visando a implementação de políticas

---

353 DE, E. O.; DOS ALIMENTOS BÁSICOS DIMINUIU EM, O. V. DO C. **Outubro: custo da cesta básica fica menor em 12 capitais.** Disponível em:

<<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2023/202310cestabasica.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

354 **DIEESE - análise cesta básica - Salário mínimo nominal e necessário - setembro/2023.** Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

que conciliem a proteção do consumidor com a manutenção da viabilidade do mercado de crédito. É necessário que os parâmetros adotados sejam capazes de impedir o superendividamento, sem, contudo, inviabilizar o acesso ao crédito pela população de renda mais baixa, o que provocaria sua exclusão do mercado consumidor pela via transversa.

## **7. QUESTÕES JURÍDICAS CONTROVERTIDAS E JURISPRUDÊNCIA SOBRE A PROTEÇÃO DA RENDA MÍNIMA**

A falta de resposta eficaz da legislação e do decreto às questões práticas inerentes ao superendividamento deixa uma lacuna significativa, resultando na ausência de uma orientação objetiva, geral e segura. Essa omissão prejudica de maneira substancial a segurança jurídica no tratamento dessas situações, colocando em destaque a necessidade urgente de diretrizes mais claras para orientar a prática judiciária e oferecer soluções efetivas para casos concretos de superendividamento.

Inicialmente, nota-se na prática forense confusão entre o instituto do superendividamento com o limite máximo de comprometimento da renda com empréstimos consignados prevista na Lei 10.820/2003. Embora exista intersecção entre as questões, o âmbito de tutela dos diplomas normativos é diverso.

A proteção do superendividamento se relaciona a definição de uma renda mínima, enquanto a Lei 10.820/2003 limita ao patamar de 40% dos rendimentos brutos, após os descontos obrigatórios o percentual que pode ser reservado para financiamentos com desconto em folha. Para ilustrar a situação, um funcionário público que perceba R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) de remuneração e que tenha comprometimento de 50% de sua renda bruta com empréstimos consignados fará jus a adequação, nos termos do art. 1º, §1º, da Lei 10.820/2003. Por outro lado, não é possível considerar, ponderando a realidade brasileira, que pessoa que percebe, após pagamento das dívidas, renda líquida de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não seja capaz de ter acesso ao mínimo existencial e faça jus aos institutos previstos para proteção da pessoa superendividada.

Outra questão que se coloca na prática judiciária é a compreensão do que seria efetivamente considerado como “parcelas de dívidas vencidas e a vencer no mês”, como determina o art. 3º, §1º, do Decreto n. 11.567/2023. Apesar de estabelecer diversas restrições no parágrafo único do art. 4º, o decreto não esclarece se devem ser incluídos no computo da renda comprometida despesas de consumo de prestação continuada, cujo vencimento ocorrem todos os meses, como é o caso do pagamento de contas para acesso a serviços básicos de água, energia elétrica, telefone, internet. A inclusão de tais dívidas de consumo no cálculo da renda comprometida modifica substancialmente os limites do instituto.



Não parece ser essa, contudo, a abrangência que pretendeu dar a Lei 14.181/2021 ao incluir o art. 54-A no Código de Defesa do Consumidor, que, em seu parágrafo primeiro indica expressamente que deve ser analisada a possibilidade de pagamento das “dívidas de consumo”. A análise do contexto de criação do instituto indica que ela pretende possibilitar a repactuação de obrigações de consumo anteriormente firmadas cujas parcelas se protraem no tempo, a fim de salvaguardar uma renda mínima que possa suportar as despesas para acesso aos bens e serviços de prestação continuada, entre outros. Ou seja, não se pretende realizar juízo hipotético do custo mensal dos serviços essenciais, que, evidentemente, sofrem variações conforme o consumo, mas garantir que seja reservado para o pagamento deles renda suficiente.

Finalmente, também há controvérsia jurisprudencial acerca da constitucionalidade do critério quantitativo utilizado pelo Decreto 11.150/2022. A análise dos precedentes julgados no ano de 2023 pelos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Paraná indicam que a renda mínima tem sido aferida na prática forense em conformidade com o Decreto 11.150/2022355.

Contudo, existem precedentes jurisprudenciais que afastam a incidência do valor previsto no referido decreto e determinam a análise da preservação do mínimo existencial considerando as circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERENDIVIDAMENTO. AÇÃO DE CONCILIAÇÃO E DE REPACTUAÇÃO DE DÍVIDAS. PROCEDIMENTO. ADEQUAÇÃO AO CDC. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OBRIGATÓRIA. PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS DA PARTE AUTORA. MÍNIMO EXISTENCIAL. DEFINIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. Cuida-se de recurso contra decisão inicial em ação de conciliação e repactuação de dívidas fundada no CDC, para situação de superendividamento. Decisão que indeferiu a liminar e deixou de designar audiência de conciliação, emprestando-se rito comum à ação. Recurso para suspender as cobranças efetuadas em detrimento da autora. Primeiro, ratifica-se a tutela recursal antecipada. Determinação para regularização do procedimento com a realização da audiência de

---

355 Nesse sentido: TJSP; Apelação Cível 1000256-27.2023.8.26.0128; Relator (a): Alberto Gosson; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cardoso - Vara Única; Data do Julgamento: 05/10/2023; Data de Registro: 06/10/2023; TJRJ 0045258-28.2023.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). JOSÉ CARLOS PAES - Julgamento: 24/08/2023 - DECIMA SEGUNDA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 1); TJPR - 15ª Câmara Cível - 0042370-62.2022.8.16.0014 - Londrina - Rel.: DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS GABARDO - J. 07.10.2023.

conciliação (ato inicial previsto na lei, obrigatório e indispensável). [...]. Por último, inoportuna fixação do valor do mínimo existencial. Esse ponto deverá ser apreciado por ocasião do plano voluntário na audiência de conciliação ou no plano judicial compulsório. Até o momento, não se verificou situação processual capaz de viabilizar pronunciamento em sede do agravo de instrumento, repita-se, pela falta de informações da autora e que deverão ser colhidas (e provadas) ao juízo de primeiro grau ou ao administrador que possa a ser eventualmente nomeado. O magistrado de primeiro grau não estará vinculado de maneira absoluta ao parâmetro do Decreto nº 11.150/2022, isto é, a uma renda de 25% do salário mínimo. Esse parâmetro deverá ser analisado a partir das condições do caso concreto e poderá ser elevado, em especial para aquilo que deverá ser garantido ao consumidor para sua subsistência com o núcleo familiar, notadamente despesas com moradia, alimentação, água, luz, vestuário, educação, tributos e outras dívidas (não sujeitas ao processo de repactuação e inevitáveis). DECISÃO REFORMADA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2270965-19.2022.8.26.0000; Relator (a): Alexandre David Malfatti; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 17ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/03/2023; Data de Registro: 16/03/2023)

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no dia 30/10/2023 publicou decisão da 9ª Câmara Cível no julgamento da Apelação Cível 1.0000.22.241259-5/003 que determinou a remessa ao Órgão Especial para julgamento da constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 11.150/2022, em respeito ao art. 97, da Constituição Federal:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDAS - - PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO - VIA INADEQUADA - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - AFASTADA - SUPERENDIVIDAMENTO - CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO E DE CARTÃO DE CRÉDITO - DECRETO 11.150 - INCONSTITUCIONALIDADE - CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO - ENCAMINHAMENTO AO ÓRGÃO ESPECIAL. 1. Compete ao Juiz, como destinatário da prova, sua valoração e o exame da conveniência em sua produção, podendo indeferir aquelas provas não necessárias ao seu convencimento, sem que isso configure cerceamento ou violação à ampla defesa. 2. Em razão de recente alteração legislativa, o artigo 3º, do Decreto-Lei n.º 11.150 passou a vigorar com o seguinte teor: "no âmbito da

prevenção, do tratamento e da conciliação administrativa ou judicial das situações de superendividamento, considera-se mínimo existencial a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a R\$ 600,00 (seiscentos reais)". 3. Dispõe o artigo 97 da Constituição Federal, "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.". (TJMG - Apelação Cível 1.0000.22.241259-5/003, Relator(a): Des.(a) Fausto Bawden de Castro Silva (JD Convocado), 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/10/2023, publicação da súmula em 30/10/2023)

Nesse cenário, os robustos questionamentos referentes à constitucionalidade do Decreto 11.150/2022, mesmo após sua revisão em 2023, geram insegurança quanto ao montante da renda mínima existencial e aos parâmetros para sua avaliação. Essa constatação implica a instauração de um cenário de insegurança jurídica, demandando a urgente análise pelo Supremo Tribunal Federal das Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade, a fim de orientar a atuação do judiciário. Espera-se que o precedente vinculante seja formado de modo a salvaguardar integralmente os direitos do consumidor, efetivando os preceitos fundamentais estabelecidos na constituição.

## **8.CONCLUSÃO**

A evolução da sociedade de consumo, conforme descreve Lipovetsky, transformou o acesso ao crédito em um direito fundamental, implicando na "funcionalização" do acesso ao crédito. Portanto, a concessão do crédito deve observar a sua função social, o que implica na necessidade de estabelecimento de normas e parâmetros pelo Estado, com a finalidade de preservar mandamentos constitucionais de proteção ao consumidor e atingir objetivos constitucionalmente estabelecidos como a redução das desigualdades sociais e regionais.

A Lei 14.181/2021, publicada no contexto da Pandemia da Covid-19, pretendeu introduzir no ordenamento jurídico a proteção legal do consumidor superendividado, estabelecendo normas, conceitos e procedimentos para orientar a concessão de crédito responsável e permitir a repactuação de dívidas do consumidor, assegurando uma renda mínima existencial. A lei, contudo, delega ao poder executivo a definição do valor da renda mínima essencial, permitindo a sua rápida adequação conforme modificação de variáveis econômicas e alinhamento à política econômica adotada. Entretanto, essa opção não é

isenta de desafios, à medida que permite que sejam adotados critérios quantitativos inadequados e insuficientes, esvaziando a proteção conferida pela lei.

O Decreto n. 11.150/2022, posteriormente modificado pelo Decreto n. 11.567/2023, buscou regulamentar a situação, mas críticas persistem, especialmente em relação aos valores estabelecidos. A ausência de ajustes adequados aos custos reais de vida, somada à manutenção de critérios questionáveis, coloca em xeque a eficácia das medidas. O aumento no valor da renda mínima para R\$ 600,00, conforme estabelecido pelo Decreto n. 11.567, ainda se revela insuficiente diante do custo de vida, ponderando que, em algumas capitais esse valor é insuficiente para a aquisição de uma cesta básica.

Diante desse contexto, foram apresentadas duas ações de controle concentrado de constitucionalidade. A primeira Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 1.005/DF foi apresentada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e a segunda pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP n. 1.006/DF. As ações afirmam, entre outros, que o Decreto afrontou decisões políticas estruturantes constitucionais, além de extrapolar os limites da lei que pretendia regular.

Pondera-se ainda que, para além das críticas acima, a legislação e o decreto são omissos em relação a parâmetros objetivos e seguros que possam orientar a aplicação do instituto aos casos práticos. Não foi delimitado pelo instituto se serão consideradas como “dívidas de consumo” vincendas as referentes a acesso a bens e serviços de prestação continuada, como serviço de saneamento básico, energia, telefone e internet. Essa omissão prejudica de maneira substancial a segurança jurídica no tratamento dessas situações, colocando em destaque a necessidade urgente de diretrizes mais claras para orientar a prática judiciária e oferecer soluções efetivas para casos concretos de superendividamento.

A complexidade da questão exige uma abordagem equilibrada por parte dos gestores públicos, visando a proteção do consumidor sem prejudicar o acesso ao crédito. Isso porque a simples eleição do salário-mínimo como renda mínima existencial implicaria na vedação de acesso ao crédito pela parte substancial da população que auferesse essa renda.

A legislação e os decretos vigentes mostram-se insuficientes para lidar efetivamente com o superendividamento, resultando em insegurança jurídica. A controvérsia jurisprudencial e a necessidade de um precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal evidenciam a urgência de diretrizes claras para orientar a prática judiciária e oferecer soluções efetivas para casos concretos de superendividamento.

## 9. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alvimar Virgílio de. O fenômeno do superendividamento individual na sociedade de consumo brasileira. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**: Defesa do consumidor: temas atuais e desafios, São Paulo, v. 3, n. 16, p. 18-32, jan. 2018. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/documents/20122/bc525f2e-9b05-5d0a-10b5-f843fd642ede>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia Martini. **Comentários à Lei 14.181/2021: a atualização do CDC em matéria de superendividamento**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei Nº 8.078**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Peça Eletrônica 1 nº ADPF 1.006/DF. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS – ANADEP. Brasília, 2022.

BRASIL. **Decreto N. 11.150/2022**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/D11150.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11150.htm). Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto N. 11.567/2023**. BRASÍLIA. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11567.htm#art3](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11567.htm#art3). Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. **Lei N. 10.820/2003**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.820.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.820.htm). Acesso em: 16 nov. 2023.

CONSELHO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS (CONDEGE). **A inconsistência do Decreto 11.150/2022 e o esvaziamento inconstitucional da Lei 14.181/2021**. [s.l: s.n.]. Disponível em: <<https://www.defensoria.ce.def.br/wp-content/uploads/2022/07/Nota-T%C3%A9cnica-Inconsist%C3%Aancia-do-Decreto-11.150.2022.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE), **Em 2022, preço da cesta básica aumenta em todas as 17 capitais pesquisadas**. [s.l: s.n.]. Disponível em:

<<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2022/202212cestabasica.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE); **Outubro: custo da cesta básica fica menor em 12 capitais**. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2023/202310cestabasica.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

**DIEESE - análise cesta básica - Salário mínimo nominal e necessário - setembro/2023**. Disponível em:

<<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

**Inadimplência cresce e atinge 40,15% da população adulta do país, aponta CNDL/SPC Brasil**. Disponível em: <<https://site.cndl.org.br/inadimplencia-cresce-e-atinge-4015-da-populacao-adulta-do-pais-aponta-cndlspc-brasil/>>. Acesso em: 11 nov. 2023.

**Inadimplência tem pequena queda e atinge 66,56 milhões de consumidores, aponta CNDL/SPC Brasil**. Disponível em: <<https://cdljovem.org.br/inadimplencia-tem-pequena-queda-e-atinge-6656-milhoes-de-consumidores-aponta-cndlspc-brasil/>>. Acesso em: 11 nov. 2023.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. Tradução Maria Lucia Machado.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/77791989/v2/document/100079720/anchor/a-100007961>. Acesso em: 11 nov. 2023.

OLIVEIRA, Andréa Luisa de. **FUNÇÃO SOCIAL DO CRÉDITO E O CONSUMO (IN)SUSTENTÁVEL DOS SERVIÇOS BANCÁRIOS NA PÓS-MODERNIDADE**. 2015. 179 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/18044/1/FuncaoSocialCredito.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

**POF 2017-2018: Famílias com até R\$ 1,9 mil destinam 61,2% de seus gastos à alimentação e habitação**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de->

noticias/releases/25598-pof-2017-2018-familias-com-ate-r-1-9-mil-destinam-61-2-de-seus-gastos-a-alimentacao-e-habitacao>. Acesso em: 12 nov. 2023.

STF, Segunda Turma, ARE 639337 AgR, Relator Min: Celso de Mello, Data de Julgamento: 23.08.2011, Data de publicação: 15.09.2011.

TJSP; Apelação Cível 1000256-27.2023.8.26.0128; Relator (a): Alberto Gosson; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cardoso - Vara Única; Data do Julgamento: 05/10/2023; Data de Registro: 06/10/2023.

TJRJ 0045258-28.2023.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). JOSÉ CARLOS PAES - Julgamento: 24/08/2023 - DECIMA SEGUNDA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 1).

TJPR - 15ª Câmara Cível - 0042370-62.2022.8.16.0014 - Londrina - Rel.: DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS GABARDO - J. 07.10.2023.

TJSP; Agravo de Instrumento 2270965-19.2022.8.26.0000; Relator (a): Alexandre David Malfatti; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 17ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/03/2023; Data de Registro: 16/03/2023.

TJMG - Apelação Cível 1.0000.22.241259-5/003, Relator(a): Des.(a) Fausto Bawden de Castro Silva (JD Convocado), 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/10/2023, publicação da súmula em 30/10/2023

**Últimas da Internet: Bolsonaro assina decreto que regulamenta normas relativas ao super endividamento.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/conexao-senado/2022/07/27/ultimas-da-internet-bolsonaro-assina-decreto-que-regulamenta-normas-relativas-ao-super-endividamento>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

## **BEIJO LASCIVO ENQUADRADO EM CRIME DE ESTUPRO – ANÁLISE SOB O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, OFENSIVIDADE E RAZOABILIDADE.**

**LARISSA SADI ALI DE VASCONCELOS:**  
graduanda em Direito, do Centro  
Universitário UNA<sup>356</sup>.

NATÁLIA CARDOSO MARRA  
(orientadora)

**RESUMO:** A pesquisa pautada objetiva análise quanto à prática de beijo lascivo e sua configuração como crime de estupro, integrado ao rol de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, interpretado a luz do entendimento jurisprudencial. O estudo discorre sobre o posicionamento da jurisprudência acerca do tema, envolvendo uma análise constitucional, atenta aos princípios da proporcionalidade, ofensividade e razoabilidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** CRIME DE ESTUPRO; DIREITO PENAL; BEIJO LASCIVO; ATO LIBIDINOSO.

### **1.INTRODUÇÃO**

Conforme disposto no Código Penal, após alteração do texto legal conforme a Lei 12.015/09, o crime de estupro passou a ser classificado como ato de "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso."

O ato libidinoso é mencionado no Código Penal no artigo 213 quanto ao crime de estupro, e pode caracterizar-se mediante beijo lascivo.

Neste escopo, foi fixado pelo Superior Tribunal de Justiça o entendimento que qualquer ato libidinoso, compreendido como ato destinado à satisfação da lascívia, configura, caso exercido mediante violência ou grave ameaça, como crime de estupro.

A presente pesquisa aborda o tema supramencionado, analisando a configuração do crime de estupro em decorrência de beijo lascivo obtido mediante ensejo de força, enquadrado como ato libidinoso.

---

356 E-mail: [larissa.sadi08@gmail.com](mailto:larissa.sadi08@gmail.com)



Neste sentido, será analisado o crime de estupro e os atos libidinosos divergentes da conjunção carnal, em especial, o beijo lascivo, com atenção a carência de especificação do tema, focando na insegurança jurídica trazida pela amplitude dos possíveis atos que poderiam ser enquadrados nesta definição, bem como sua aplicabilidade à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade, ofensividade e razoabilidade, demonstrando dessa forma a desproporção da conduta e sanção adotada pelo entendimento do STJ, e a necessidade de compreensão dos princípios constitucionais penais.

## **2. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

### **2.1 Da Importunação Sexual;**

A Importunação Sexual é um delito recentemente tipificado, incluído pela Lei nº 13.718/18 na Legislação Penal, em art. 215-A:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

O professor, doutrinador, Nucci, leciona que "*comete o crime de importunação sexual qualquer um que realize ato libidinoso em relação a outra pessoa (com ou sem contato físico, mas visível e identificável), satisfazendo seu prazer sexual, sem que haja concordância válida das partes envolvidas (supondo-se a anuência de adultos)*". (NUCCI, 2021. p. 769)

São considerados atos de importunação sexual: toques sem permissão, masturbação em público, ações como "enchochar", puxões de cabelo com finalidades lascivas, quando feitas sem consentimento, mas sem que seja empregada violência, de modo que a vítima não é subjugada ou gravemente ameaçada.

Em momento anterior, os atos de importunação sexual não tinham identificação penal específica, sendo aplicada então análises em semelhantes hipóteses dispostas no código penal, de modo que os requisitos não eram completamente preenchidos.

A importunação sexual poderia também ser enquadrada no art. 61 da Lei de Contravenções Penais, como Importunação Ofensiva ao Pudor — revogada na Lei nº

13.718/18 ao tipificar este delito no Código —, causando comoção na população diante da falta de proporcionalidade, tendo em vista a punição através de aplicação de multa.

Em ambas situações, as penas aplicadas eram desproporcionais à conduta, mais ou menos gravosas.

## 2.2 Do Estupro;

O crime de estupro tem previsão legal na parte especial do código penal, artigo 213, que demanda:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

A legislação então, resguarda a dignidade sexual como bem jurídico, de forma que o delito admite tentativa, não enquadrando-se apenas na consumação do ato sexual (conjunção carnal), desde que reste caracterizada a intenção do sujeito ativo em praticar o referido ato delituoso.

*"O estupro é, pois, crime complexo em sentido amplo, constituindo-se de constrangimento ilegal voltado para uma finalidade específica, consistente em conjunção carnal ou outro ato libidinoso."* (STJ - RHC: 93906 PA 2018/0009120-0, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 13/03/2019)

Neste escopo, é necessário entender que, após o advento da Lei 12.015/09 — que reformou algumas partes especiais do código penal —, o estupro passou a ser um crime de ação múltipla, de modo que uma, duas, ou mais condutas contra a mesma vítima em mesmo contexto fálico continua configurando o mesmo crime, não sendo adotado concurso material, como feito antes da implementação da lei. Ensina Greco:

Caso o agente, por exemplo, em uma única relação de contexto, mantenha com a vítima o coito anal para, logo em seguida, praticar a conjunção carnal, como já afirmamos anteriormente, tal fato se configurará em um único crime de estupro, devendo o julgador, ao aplicar a pena, considerar tudo o que efetivamente praticou contra a vítima. (GRECO, 2019, p. 486)

Tratando-se de sujeito ativo, qualquer pessoa pode ser autor da conduta, podendo, inclusive, haver dois ou mais agentes, de modo que haja revezamento na prática

do ato libidinoso e ou conjunção carnal, no qual todos serão autores de um crime de estupro, e, os demais, serão enquadrados como seus respectivos partícipes.

Consoante a jurisprudência, "*o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que, ao lado desta, caracteriza o crime de estupro, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso*" (AgRg REsp n. 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA Turma, DJe 21/3/2012)" (STJ, AgRg no REsp XXXXX/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 03/12/2019).

Portanto, pode haver a consumação do crime de estupro mesmo com a ausência de contato físico com a vítima. Um exemplo disso é a hipótese de que uma pessoa, sob emprego de violência e/ou grave ameaça, é obrigada a se masturbar ou a tocar em seu corpo de outra forma, eroticamente, sendo observada pelo agente do crime, o que, neste caso, dada a ofensa do bem jurídico tutelado — a liberdade sexual —, resta configurado crime de estupro.

Considerado como crime hediondo, mesmo na forma tentada, com base legal pelo artigo 1º, V, da Lei 8.072/90, o estupro é a) Inafiançável, tendo b) Regime inicial fechado, não admitindo c) Graça, anistia ou indulto, d) Prazo de prisão temporária em 30 (trinta) dias, e) Progressão de pena apenas tendo 2/5 de cumprimento em caso de réu primário e 3/5 sendo reincidente, entre outras consequências.

O crime de estupro qualificado se dará a partir de agravantes como a) O emprego de violência na prática do ato; b) O estupro praticado contra menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos; c) A morte da vítima em decorrência da violência empregada no estupro, em consonância ao artigo 213, §1 e §2.

### **2.3 Dos Atos Libidinosos Diversos da Conjunção Carnal;**

Como abordado em tópico 2.2, o crime de estupro não se configura apenas quando consumada conjunção carnal, podendo configurar-se também a partir de ato libidinoso diverso, exercido sobre a vontade de alguém, mediante violência ou grave ameaça.

Tratando-se de assegurar a liberdade e dignidade sexual, a fim de indicar os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, Prado indica "*a fellatio ou irrumatio in ore, o cunnilingus, o pennilingus, o annilingus (sexo oral); o coito anal, inter femora; a*

*masturbação; os toques e apalpadões do pudendo e dos membros inferiores; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, entre outros.*" (PRADO, 2008, p. 582,)

Os atos que antes eram considerados Atentado Violento ao Pudor, empregados a partir de grave ameaça ou violência, agora, são tidos como estupro, a depender do caso concreto; da lasciva do ato, da "grosseria" de um ato libidinoso, pelo que entende a doutrina.

Está falta de clareza na descrição de ato libidinoso dentro do crime de estupro causa grande discordância na jurisprudência quanto a interpretação de determinados atos libidinosos divergentes da conjunção carnal. Essa insegurança jurídica advém da linha tênue que separa a Importunação Sexual do Estupro — sem a devida conjunção carnal. Ambos são crimes com grande divergência na pena, cuja reclusão é de 1 (um) ano a 5 (cinco) anos, enquanto o outro é de 6 (seis) a 10 (dez) anos, respectivamente.

Os atos libidinosos para satisfação da lascívia praticados a partir de imposição, diferenciam em seu tipo penal apenas pelo emprego ou não de violência e/ou grave ameaça. É necessário observar a jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 65 DO DECRETO-LEI N.º 3.688/1941. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO. FATOS INCONTROVERSOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 7 DA SÚMULA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. SUPERVENIÊNCIA DE LEI PENAL MAIS BENÉFICA: LEI N.º 13.718, DE 24 DE SETEMBRO DE 2018. PENA MAIS BRANDA. RETROATIVIDADE. READEQUAÇÃO DO TIPO: CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça"[a] controvérsia atinente à inadequada desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido. (REsp 1.605.222/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/6/2016, DJe 1/8/2016)"(AgRg no REsp 1.735.061/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 01/06/2018.) 2. No caso, o Tribunal de origem reconheceu que "[...] o réu, de fato, abordou a vítima, interceptou sua passagem, e passou a mão em seu seio e cintura". Contudo, considerou que tal conduta não configuraria o delito de estupro. No

entanto, "[n]os termos da orientação desta Corte, **o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima** (AgRg no REsp 1359608/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013)" (AgRg no AREsp 1.142.954/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 04/10/2018.) 3. **Não obstante a correção da decisão agravada, nesse ínterim, sobreveio a publicação da Lei n.º 13.718, de 24 de setembro 2018, no concessão de habeas corpus, de ofício, a fim de readequar a classificação do tipo penal, considerando a superveniência de lei penal mais benéfica ao réu (Lei n.º 13.718, de 24 de setembro 2018 - crime de importunação sexual - art. 215-A do Código Penal), e, por conseguinte, ajustar sua pena, tornada definitiva em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, cabendo ao juízo das execuções penais realizar a detração. (AgRg no REsp 1730341/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 13/11/2018)DJU de 25/09/2018, que, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça. 4. Agravo regimental desprovido, mas com a concessão de habeas corpus, de ofício, a fim de readequar a classificação do tipo penal, considerando a superveniência de lei penal mais benéfica ao réu (Lei n.º 13.718, de 24 de setembro 2018 - crime de importunação sexual - art. 215-A do Código Penal), e, por conseguinte, ajustar sua pena, tornada definitiva em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, cabendo ao juízo das execuções penais realizar a detração. (AgRg no REsp 1730341/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 13/11/2018)**

Como disposto no caso acima, a jurisprudência entende que há necessidade de emprego de violência e/ou grave ameaça para qualificação do crime de crime de estupro em casos de atos libidinosos diversos a conjunção carnal, no entanto, comprovar que foram preenchidos tais requisitos nesses casos que normalmente são cometidos longe da vista

da sociedade, na surdina, depende principalmente da palavra da vítima. Por conseguinte, *"o simples fato de o laudo pericial concluir pela ausência de vestígios de prática sexual, não afasta, por si só, a materialidade do delito."* conforme jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. LEGALIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STF E STJ. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS NO LAUDO PERICIAL. IR- RELEVÂNCIA. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO BASEADA NOS ELEMENTOS DE PROVA COLHIDOS NOS AUTOS E NA PALAVRA DA VÍTIMA. SÚMULA 7/STJ. INOVAÇÃO QUANTO AO DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA. QUESTÃO QUE DEMANDA PROVA E CONTRADITÓRIO, INVIÁVEL DE SER SUSCITADA EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Segundo a recente orientação do STF, seguida por ambas as Turmas desta Corte, a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (HC 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, j. em 17/2/2016, DJe 17/5/2016 e ARE XXXXX/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, j. 11/22/2016, em regime de repercussão geral, DJe 25/11/2016).

2. Esta Corte firmou o entendimento de que não há falar em reformatio in pejus ou ilegalidade na determinação de início de cumprimento da pena pelo Tribunal estadual, pois a prisão decorrente de acórdão condenatório encontra-se entre as competências do Juízo revisional e independe de recurso da acusação, somente podendo ser sustada se concedido efeito suspensivo a eventual recurso especial interposto.

3. O simples fato de o laudo pericial concluir pela ausência de vestígios de prática sexual, não afasta, por si só, a materialidade do delito, até porque a consumação do referido crime pode ocorrer com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como no caso concreto. Precedentes.

4. A tese de ausência de tipicidade da conduta, porquanto o réu não teria conhecimento da idade da vítima não foi suscitada durante o curso da instrução criminal ou no recurso de apelação. Inviável o acolhimento da pretensão quando já julgada a demanda, pela necessidade de efetivo contraditório a respeito do tema, mormente em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula Precedentes. 7/STJ.

5. É inviável a análise, no âmbito do recurso especial, de teses que, por sua própria natureza, demandam dilação probatória, como a de ausência de provas de autoria. As provas dos autos foram apreciadas durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório, não sendo esta a via adequada para a sua revisão, em razão do óbice da Súmula n. 7/STJ. Precedentes.

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.162.046/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/11/2017, DJe de 13/11/2017.)

Desta forma, como os atos diversos da conjunção carnal não costumam deixar vestígios – como masturbação –, o simples fato de a perícia não constar vestígios do crime ou da violência, não afasta a ocorrência da materialidade delitiva do delito, sendo a prova oral suficiente para comprovar a materialidade e autoria, portanto "*A palavra da vítima é viga mestra da estrutura probatória, e sua acusação, firme e segura, em consonância com as emissoras provas, autoriza a condenação.*" (RT 750/682)

### **3. DOS PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS**

#### **3.1 Da Proporcionalidade**

O Princípio Penal Constitucional da Proporcionalidade desempenha um papel fundamental na busca por um equilíbrio entre o exercício do poder punitivo do Estado e a proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Sua aplicação é essencial para garantir que as sanções penais sejam justas e adequadas.

Apesar de não expressamente, sua base advém da própria Constituição, que estabelece as normas e diretrizes para a atuação do sistema penal. A Carta Magna, ao consagrar direitos e liberdades individuais, impõe ao Estado a obrigação de respeitá-los em todas as suas ações, inclusive na aplicação do Direito Penal. Assim, a proporcionalidade é um instrumento vital para aferir se as medidas repressivas adotadas pelo Estado estão

em conformidade com a Constituição, fundamentando-se a partir da jurisprudência e doutrina.

Concomitante ao entendimento do jurista Barroso, o Princípio da Proporcionalidade é composto por três elementos inter-relacionados, a) **Adequação**, onde se verifica se a medida penal é adequada para alcançar o objetivo perseguido, estabelecendo que a pena ou a sanção penal deve ser apropriada para a gravidade da conduta criminosa, bem como para a proteção de bens jurídicos relevantes; b) **Necessidade**, que refere-se à necessidade da medida, onde é necessário analisar se a pena é a única forma de alcançar o objetivo pretendido ou se existem alternativas menos gravosas que poderiam ser utilizadas para atingir o mesmo fim; c) **Proporcionalidade em sentido estrito**, que exige uma análise ponderada dos benefícios da medida penal em relação aos ônus impostos ao condenado, de modo que a pena não seja excessivamente severa em relação ao delito cometido. Além disso, a proporcionalidade em sentido estrito também considera o princípio da individualização da pena, levando em conta as circunstâncias do caso e a personalidade do condenado. (BARROSO, 2018.)

O Princípio da Proporcionalidade não se limita apenas à aplicação das penas, mas também se estende a todos os atos do Estado no campo penal. Ele atua como um freio ao poder estatal, impedindo a imposição arbitrária de sanções e assegurando que as medidas adotadas sejam proporcionais, desempenhando um papel crucial na preservação dos direitos e garantias individuais no sistema penal, devendo as medidas serem adequadas.

Este princípio serve como proteção ao cidadão da aplicação de penas desproporcionais e arbitrárias. A sua observância é essencial para a construção de um Estado de Direito justo e democrático.

### 3.2 Da Ofensividade;

O Princípio da Ofensividade, também conhecido como Princípio da Lesividade ou Princípio da Intervenção Mínima, é um dos pilares do Direito Penal e desempenha um papel fundamental na definição do que constitui um crime e na limitação do poder punitivo do Estado. Este princípio está intrinsecamente relacionado à proteção dos direitos individuais.

Ensina Bitencourt:

Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado (BITENCOURT, 2010, p.111).



Assim, este princípio parte da ideia de que o Direito Penal só deve ser acionado quando há uma conduta que cause efetiva lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico relevante. Em outras palavras, o Estado só deve intervir na esfera do indivíduo quando este tenha efetivamente prejudicado, colocado em risco ou ameaçado prejudicar um interesse jurídico digno de proteção.

Isso implica que a mera potencialidade de causar dano não é suficiente para justificar a intervenção penal. O Direito Penal não deve ser utilizado como uma ferramenta arbitrária ou excessivamente expansiva do Estado, mas sim como um último recurso para proteger bens jurídicos fundamentais da sociedade.

Portanto, para que uma conduta seja considerada um crime, ela deve ser intrinsecamente lesiva ou ameaçadora, de modo que a tipificação de condutas criminosas deve ser precisa e clara, evitando ambiguidades que possam dar margem a interpretações excessivamente amplas.

Além disso, a análise da ofensividade desempenha um papel importante na fixação da pena. A gravidade do dano causado ou ameaçado, juntamente com outros fatores, como a culpabilidade do agente e as circunstâncias do caso, influenciam a dosimetria da pena. Isso garante que a punição seja proporcional à gravidade da ofensa.

O Princípio da Ofensividade atua como um contrapeso ao poder estatal, evitando a criminalização de condutas que não atentem contra bens jurídicos relevantes. Isso é crucial para proteger os direitos individuais e a liberdade dos cidadãos, ao mesmo tempo em que contribui para a preservação da legitimidade e da credibilidade do sistema penal, desempenhando um papel essencial na configuração do Direito Penal como um instrumento de controle do poder estatal e de proteção dos direitos fundamentais, contribuindo para a construção de um sistema penal mais justo, humano e equitativo.

### **3.3 Da Razoabilidade;**

O Princípio da Razoabilidade sustenta o campo central do Direito, abrangendo diversas áreas do ordenamento jurídico, incluindo o Direito Penal, buscando assegurar que as decisões e ações do Estado, bem como as normas legais criadas, sejam sensatas, lógicas e equilibradas. Em outras palavras, exige que o Estado aja de forma justa e que suas intervenções não sejam arbitrárias ou desprovidas de senso comum.

Zancaner aponta que:

A doutrina, ao se pronunciar sobre o princípio da razoabilidade, ora enfoca a necessidade de sua observância pelo Poder Legislativo, como critério para reconhecimento de eventual inconstitucionalidade da lei, ora o apresenta como condição de legitimidade dos atos administrativos, ora aponta sua importância para o Judiciário quando da aplicação da norma ao caso concreto. Isto demonstra de forma cristalina que a razoabilidade é essencial ao sistema jurídico como um todo e que sua utilização é essencial à concretização do direito posto. (ZANCANER, 1997, p. 618)

No âmbito do Direito Penal, a aplicação do princípio da razoabilidade é fundamental para garantir que as normas penais sejam redigidas de maneira clara e compreensível, evitando ambiguidades que possam levar a interpretações excessivamente amplas. Além disso, esse princípio atua como um critério para avaliar se a aplicação da lei em casos individuais é lógica, desempenhando um papel crucial na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, garantindo que o Estado aja de maneira coerente com os valores constitucionais. Isso ajuda a evitar decisões ou ações arbitrárias que possam prejudicar a dignidade e os direitos dos indivíduos.

Tal princípio é frequentemente mencionado na doutrina e jurisprudência quando abordado o princípio da proporcionalidade. No entanto, não se deve confundi-los. Segundo Ávila, a "*aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade.*" (ÁVILA, 2007, p. 158)

#### **4. DA CONFIGURAÇÃO DE CRIME DE ESTUPRO PELO BEIJO LASCIVO — O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, OFENSIVIDADE E RAZOABILIDADE;**

Conforme apontado em tópicos anteriores, há possibilidade de enquadrar ato libidinoso exercido sobre a vontade de alguém, em crime de estupro, desde que operado mediante violência ou grave ameaça.

É ainda muito nebuloso os requisitos para que a gravidade do ato praticado não seja enquadrada como importunação sexual, motivo pelo qual a conduta - independente do teor do ato libidinoso, desde que voluptuoso - é avaliada apenas sob a perspectiva do emprego ou não da violência e/ou grave ameaça, de modo que até mesmo atos libidinosos mais "leves", por assim expressar, são tratados como crimes hediondos, configurados como estupro.

Canotilho, doutrina:

Uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adota cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados obtidos. (CANOTILHO, 1999, p. 617)

Neste sentido, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, "*inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, **beijos lascivos**, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima*" (AgRg no REsp 1359608/MG, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013).

Desta forma, o emprego de força física contra a vítima, subjugando-a pela superioridade física do agente a fim de obter beijo contra sua vontade, já seria suficiente para que o agente responda pelo crime de estupro, mesmo ausentes vestígios de lesão.

Todavia, a insegurança jurídica trazida pela falta de especificação quanto a descrição dos atos divergentes da conjunção carnal é tamanha, que a jurisprudência tem interpretado a violação do bem jurídico protegido de duas formas distintas, qual seja:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO. TRANCAMENTO DA REPRESENTAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. TIPICIDADE DA CONDUTA. BEIJO LASCIVO E OUTROS ATOS LIBIDINOSOS. VIOLÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE FORÇA FÍSICA. VÍTIMA SUBJUGADA. JUSTA CAUSA. OCORRÊNCIA. PALAVRA DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS. RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade, da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito - justa causa do processo penal -, ou ainda quando se mostrar inepta a denúncia por não atender aos requisitos essenciais do art. 41 do Código de Processo Penal – CPP. Precedentes. 2. O estupro é tipo misto alternativo e crime pluriofensivo, pois o crime do art. 213 do Código Penal tutela dois bens jurídicos: a liberdade sexual e,

alternativamente, a integridade corporal e a liberdade individual. O núcleo do tipo é “constranger”, o que acarreta no comportamento de retirar de uma pessoa sua liberdade de autodeterminação, no sentido de coagir alguém a fazer ou deixar de fazer algo. Outrossim, o dissenso da vítima quanto à conjunção carnal ou outro ato libidinoso é fundamental à caracterização do delito: trata-se de elementar implícita do tipo penal. 3. O estupro é, pois, crime complexo em sentido amplo, constituindo-se de constrangimento ilegal voltado para uma finalidade específica, consistente em conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Ademais, a execução desta conduta típica especial de constrangimento ilegal possui elementos especializantes de meio de execução, consistentes na violência (vis absoluta ou vis corporalis) ou grave ameaça (vis compulsiva). A grave ameaça, também conhecida como violência moral, é a promessa de realização de mal grave, futuro e sério contra a vítima (direta ou imediata) ou pessoa que lhe é próxima (indireta ou mediata). Por sua vez, a violência caracteriza-se pelo emprego de força física sobre a vítima, consistente em lesões corporais ou vias de fato. Pode ser direta ou imediata, quando dirigida contra o ofendido, ou indireta ou mediata, se voltada contra pessoa ou coisa ligada à vítima por laços de parentesco ou afeto. 4. **O beijo lascivo ingressa no rol dos atos libidinosos e, se obtido mediante violência ou grave ameaça, importa na configuração do crime de estupro.** Evidentemente, não são lascivos os beijos rápidos lançados na face ou mesmo nos lábios, sendo preciso haver beijos prolongados e invasivos, com resistência da pessoa beijada, ou então dos beijos eróticos lançados em partes impudicas do corpo da vítima. Por conseguinte, verificar-se-á estupro mediante violência caso a conduta do beijo invasivo busque a satisfação da lascívia, desde que haja intuito de subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente, consciente de sua superioridade física. 5. No caso, resta evidente a utilização de força física, conquanto ausentes vestígios de lesão, para beijar a vítima contra sua vontade, e ainda lhe esfregar o órgão genital ereto, tendo o recorrente parado apenas por ter sido impedido por testemunha. Em tese, tal conduta amolda-se à hipótese típica do crime de estupro, para realização de atos libidinosos, cometido por meio de violência, consistente no emprego de força física contra a vítima, subjugando-a pela superioridade física do agente, até porque aquela possui limitações físicas decorrentes da ataxia cerebelar. 6. Ressalte-se que não há falar em aplicação retroativa, em tese, do crime de importunação sexual

(CP, art. 215-A), porquanto a prova semiplena angariada até o momento levam à conclusão de utilização de violência para a prática do ato libidinoso, o que afasta a incidência da novatio legis in mellius, trazida pela Lei n. 13.718/2018, porquanto funciona como elemento especializante do crime de estupro. 7. Os elementos de informações testemunhais unificados nas investigações preliminares, realizados pela autoridade policial, somados e em consonância com a palavra da vítima, claramente conferem justa causa à representação, pois permitem inferir, em cognição meramente sumária, a materialidade do cometimento de atos libidinosos em relação à vítima, bem como a existência de indícios de autoria do recorrente. Outrossim, conforme jurisprudência consolidada desta Corte, a palavra da vítima possui especial relevância nos crimes contra a liberdade sexual, haja vista a usual clandestinidade da conduta, mormente se estiver em consonância com outros elementos informativos. 8. Diante de todas as peculiaridades e dificuldades probatórias típicas dos crimes contra a dignidade sexual, não se pode vislumbrar conclusão diversa senão da manutenção do processo, mesmo que não comprovadas exaurientemente a autoria e a materialidade, aptas à procedência da representação, impõe-se seu prosseguimento. Por corolário, possibilitar-se-á ao dominus litis a prova dos fatos imputados ao réu em instrução judicial, com todas as garantias processuais ao réu, em observância ao seu direito de confronto. 9. Recurso desprovido. STJ, RHC 93.906, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 21.03.2019

Os recorrentes dos Embargos de Declaração supra alegaram que "*é desproporcional e desarrazoado associar um beijo a um estupro. Mais injusto ainda é basear um processo exclusivamente na afirmação de uma suposta vítima que é contrariada por suas próprias testemunhas e pelo laudo pericial*" (e-STJ, fl. 164).

Apesar de laudo negativo sobre a violência do ato, "*É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios*" (AgRg no AREsp n. 1301938/RS, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/9/2018, DJe 25/9/2018), de modo que a intimidação do autor com a vítima em beijo forçado é demonstrativo suficiente de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, enquadrando-se em crime de estupro neste entendimento.

Entretanto, evidenciando a divergência das jurisprudências, em recente decisão foi proferido:

JUÍZO DE RETRATAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL - REEXAME DA DECISÃO PELA TURMA JULGADORA - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 215-A DO CÓDIGO PENAL - CABIMENTO - **PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO** - IMPORTUNAÇÃO SEXUAL CARACTERIZADA - ACÓRDÃO MANTIDO. - **Embora haja no Superior Tribunal de Justiça orientação em sentido contrário, tem-se que em casos em que a acusação se refere a atos de menor lesividade**, sem registro de conjunção carnal ou ato libidinoso em que se constate inegável e gravoso cunho sexual, inexistindo, ainda, contato intenso com partes íntimas ou circunstâncias que denotem maior gravidade, mostra-se necessária a desclassificação para o delito previsto no artigo 215-A do Código Penal, em atenção ao princípio da proporcionalidade e tendo em vista o menor potencial ofensivo da conduta imputada. (TJMG - Apelação Criminal 1.0686.21.000143-0/001, Relator(a): Des.(a) Glauco Fernandes , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 18/05/2023, publicação da súmula em 24/05/2023)

No caso em referência, o relator dispõe que "*no que se refere à acusação formulada nos presentes autos, em que é imputada ao réu a prática de ato libidinoso consistente em "palpar-lhe a vagina", mostra-se aplicável a tese desclassificatória aqui exposta, uma vez que os fatos narrados se adequam ao disposto no artigo 215-A do Código Penal.*"

Com a devida vênia, as decisões supra tratam de atos totalmente divergentes, no entanto, demonstram de forma cristalina a insegurança jurídica e a violação dos princípios constitucionais penais quanto à aplicação da sanção e o enquadramento da conduta no tipo penal correto.

Em primeiro Acórdão, o autor beija de forma lasciva a vítima, esfregando-se nela, motivo pelo qual foi julgado pelo crime de estupro, nos termos da lei.

Em segundo Acórdão, o autor apalpa a intimidade de uma garota, contudo, é entendido que "*a conduta imputada ainda que tenha gerado constrangimento na menor, não foi seguida de atos mais graves*", de modo que o fato de o autor "apenas" tocar na vagina da vítima não configurou, para a Turma Julgadora, estupro, desclassificando a

conduta para importunação sexual pelo ato ter sido considerado "menos gravoso", divergente do primeiro Acórdão, onde o beijo com lasciva; libidinoso, ensejou em estupro.

A ausência de descrição dos atos libidinoso divergentes da conjunção carnal resulta em decisões conflitantes; decisões destoantes; decisões que causam sentimento de injustiça às vítimas, isso porque a interpretação do ato, por não ser claro no dispositivo, depende, evidentemente, dos magistrados.

Há uma lacuna profunda quanto aos atos libidinosos que devem ou não configurar o delito do artigo 213 do Código Penal, de modo que não existe seguridade de saber como o autor do crime será punido, sendo sempre mais ou menos gravosa a sanção, por não haver previsão legal clara e objetiva o suficiente para não ocorrer dúvidas sobre a punição do acusado quanto ao delito cometido.

*Portanto, "É de fundamental importância identificar, substancialmente, o bem jurídico de determinada conduta criminoso porque a partir desta advirão várias consequências como a classificação sistemática do crime, a própria compreensão do tipo, o conflito aparente de normas, além de se produzirem efeitos processuais. No que tange aos crimes sexuais, a identificação passa pelo princípio da intervenção mínima que implica a não punição das condutas meramente imorais."*(GRECO. RASSI, 2010, p. 62)

Em que pese a esfera penal, os magistrados em geral devem ser bastante cuidadosos com as decisões proferidas. Segundo Trindade:

Quando estudamos o crime de estupro é preciso tomarmos cuidado com a intervenção desmedida do direito de punir do Estado, pois dependendo do caso poderíamos aplicar uma pena de 6 anos para quem desejasse apenas brincar, humilhar ou sujeitar a vítima a um vexame qualquer. [...] isto significa que nem sempre o ato libidinoso será um crime de relevância [...] ([TRINDADE, Título VI)

Destarte, evidenciado nas citações supraditas, além da dissonância entre o entendimento do Supremo e os demais Tribunais, há, ainda, discordância do Supremo em relação à doutrina. Para muitos doutrinadores, resta claro e evidente que, embora haja necessidade do ato libidinoso, incluído beijo lascivo, exercido sobre a vontade da vítima, não é proporcional que a punição desse agente seja equiparado a outros atos voluptuosos mais graves, ou efetiva conjunção carnal.

A concepção firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, somado à imprecisão da norma, ofende os princípios constitucionais penais da Proporcionalidade, Ofensividade e

Razoabilidade, que são, em suma, a segurança do cidadão. Neste sentido, Mello, doutrinador, aponta:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2002, p. 808)

É absolutamente imprescindível que, ao ser aplicada, a medida penal não exceda de forma alguma o objetivo pretendido, de modo que seja a pena apropriada para a conduta cometida, não devendo ser, de modo algum, demasiadamente severa. Neste escopo, a tipificação da conduta deve ser precisa, de forma que não seja aberta possibilidades muito amplas de interpretação, para que, assim, o direito individual do cidadão seja resguardado e, ainda, haja efetivo cumprimento da norma, de forma justa e criteriosa, de acordo com o caso concreto.

Conforme abordado, há inegável desproporção entre conduta e sanção em casos de atos libidinoso no crime de estupro. Tal crime é considerado hediondo, com pena de 6 a 10 anos de reclusão. Apesar do entendimento do STJ, um beijo lascivo não poderia ser punido igualmente condutas como conjunção carnal, sexo oral, sexo anal ou masturbação, mesmo que imposto através de violência ou grave ameaça, pois não há dano suficiente ao bem jurídico tutelado para se enquadrar em um crime de pena tão severa. Data Vênia, a interpretação deste Supremo Tribunal de Justiça é evidentemente inadequada.

*Outrossim, "por pior que seja o beijo e por mais feia que seja a pessoa que o forçou, não podemos condenar alguém por esse fato a cumprir uma pena de, pelo menos, 6 (seis) anos de reclusão, isto é, com a mesma gravidade que se pune um homicida." (GRECO, 2012 p. 503.)*

Os princípios constitucionais mencionados no parágrafo anterior não foram respeitados. A norma não traz precisão nos atos libidinosos mais graves ou menos graves, deixando ampla a interpretação do texto legal, de tal forma que beijos lascivos enquadrem o rol de atos libidinosos no crime de estupro, tornando-se, por conseguinte, ilegítima, como Celso de Mello ensina, sendo eivada de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Deve-se observar e respeitar os princípios constitucionais penais da ofensividade, proporcionalidade e razoabilidade, para que a intervenção do Estado seja mínima, a pena,



a de menor intensidade para punir a conduta, estando calculada da forma correta para apenas proteger o bem jurídico ameaçado.

Mesmo em sua pena máxima, o beijo lascivo como Importunação Sexual seria uma aplicação justa de pena para o crime cometido, sem que a punição seja tão severa, excessivamente gravosa e, sem afrontar os princípios penais constitucionais. O modo como o Egrégio Supremo Tribunal de Justiça tem aplicado a norma penal, não condiz com a ofensividade do ato criminoso, que está em desconformidade com a resposta penal à conduta delitiva, desrespeitando os princípios da ofensividade, razoabilidade e proporcionalidade, havendo excesso de punição. É necessário sempre lembrar do que é, de fato, a garantia de um Estado Democrático de Direito.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da ambiguidade no texto legal referente ao crime de estupro, particularmente no que diz respeito à definição de "outro ato libidinoso", e considerando a severidade da penalização associada a esse crime, é crucial uma interpretação cuidadosa da lei para determinar quais condutas libidinosas podem ser consideradas parte desse delito. Uma interpretação precipitada e estritamente literal, como a adotada pelo Superior Tribunal de Justiça ao considerar um beijo lascivo forçado como estupro, pode resultar em aplicações injustas e excessivas, não condizentes com os Princípios Constitucionais Penais.

Nesse contexto, em busca de uma solução adequada para esse problema, é essencial analisar a lei penal à luz dos princípios que podem preencher as lacunas deixadas pelo legislador.

Os princípios são diretrizes fundamentais que fazem parte do sistema jurídico, orientando a formulação e interpretação das leis, além de servirem como limitações ao poder punitivo do Estado, especialmente no âmbito do Direito Penal.

As sanções penais devem ser apropriadas para alcançar seus objetivos. Portanto, a aplicação do Direito Penal deve ocorrer somente quando for apropriada para proteger o bem jurídico tutelado.

Destarte, a imposição de penalidades mais severas não deve prevalecer em hipótese que haja alternativas menos danosas.

Com base no exposto, fica evidente que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o estupro, no contexto de um beijo lascivo obtido à força, viola os princípios da proporcionalidade, ofensividade e razoabilidade, uma vez que essa conduta não

apresenta um potencial lesivo significativo ao bem jurídico da dignidade/liberdade sexual e não justifica uma pena mínima de seis anos de reclusão.

Como solução específica para esse problema, sugere-se que a conduta de forçar alguém a dar um beijo lascivo seja enquadrada como o crime de importunação sexual. Caso o ato seja interpretado como demasiadamente danoso ao bem jurídico tutelado, pode, assim, ser punido da forma mais gravosa descrita na norma.

É essencial ter cautela para evitar punições excessivas no âmbito penal. Todas as medidas repressivas devem ser proporcionais à gravidade do delito para que haja concordância com um Estado Democrático de Direito

## **6.REFERÊNCIAS**

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. ed. São Paul, pág. 158. 2007

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, vol. 1/52, item n. 9, 15ª ed., p. 111, 2010

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, p. 617, 1999

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: Atlas, pág. 62, 2010

GRECO. Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial Comentado. Ed 3. São Paulo, p. 503. 2012

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 808, 2002

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal - parte especial. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 769, 2021

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 7. Ed. São Paulo: p. 582, 2008

ROGÉRIO GRECO, Curso de Direito Penal, Parte Especial, volume III, 8ª edição, Editora Impetus, p. 486, 2019

TRINDADE, Paulo Andrade. Dos crimes contra a dignidade sexual – LEI 12.015/09. STF - Supremo Tribunal Federal, Brasília, Título VI

ZANCANER, Weida. Direito Administrativo e Constitucional – estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Malheiros, SP, pág. 618, 1997

## PROCESSO ESTRUTURAL

### **DIOGO BARROS TORRES DE OLIVEIRA:**

Pós-Graduação em Direito Público pela Universidade Anhanguera - UNIDERP; Graduação em Direito pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió - CESMAC. Assessor Judicial no TJAL. Professor de Direito na SEUNE – Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste LTDA357.

**RESUMO:** O processo estrutural surge em razão da necessidade de se autorizar, em determinados casos, uma atuação jurisdicional que resolva não apenas o litígio individual existente entre as partes – típica das relações processuais civis tradicionais -, mas que também possibilite uma efetiva reestruturação dos sistemas públicos causadores daquele litígio, a partir da substituição de um insistente estado de desconformidade por um estado de coisas ideal. Assim, reconhecendo o Juiz estar diante de um problema estrutural, confere-se a este o poder de, no exercício da prestação jurisdicional, resolver um litígio estrutural de forma criativa, com a reformulação da própria estrutura burocrática responsável pela violação ao direito que deu causa ao litígio, bem como pelo estabelecimento de uma transição entre estado de coisas real e o ideal.

**Palavras-Chave:** Processo estrutural. Litígios estruturais. Decisão estrutural.

**ABSTRACT:** The structural process arises due to the need to authorize, in certain cases, judicial action that resolves not only the individual dispute between the parties – typical of traditional civil procedural relations – but which also makes it possible an effective restructuring of the public systems that caused that litigation, based on the replacement of an insistent state of non-conformity with an ideal state of things. Thus, recognizing that the Judge is faced with a structural problem, he is given the power to, in the exercise of jurisdictional provision, resolve a structural dispute in a creative way, with the reformulation of the very bureaucratic structure responsible for the violation of the right that gave rise to the litigation, as well as by establishing a transition between real and ideal states of the things.

**Keywords:** Structural process. Structural disputes. Structural decision.

## 1. INTRODUÇÃO

---

357 E-mail: diogobarrosal@yahoo.com.br

O estudo do instituto denominado "Processo Estrutural" tem sua origem no *leading case Brown v. Board Education of Topeka*, de 1954, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos foi levada à análise da (in)compatibilidade entre o sistema de ensino público então vigente – marcado pela leniência estatal em expurgar a segregação racial, que se refletia na manutenção de escolas públicas separadas para negros e brancos - com a Constituição dos Estados Unidos da América.

No caso, a menina Linda Brown, aos 9 (nove) anos de idade, requereu judicialmente o reconhecimento de seu direito de estudar em uma escola de brancos, mais próxima de sua residência, oportunidade na qual a Suprema Corte Estadunidense percebeu a necessidade de buscar uma atuação judicial que não apenas resolvesse o problema individual da autora, objeto da ação, mas que fosse capaz de implementar uma verdadeira reestruturação no sistema público de ensino, reconhecendo-se, pois, estar diante de um problema estrutural.

No Brasil, a disciplina do processo estrutural ganhou novos contornos a partir da promulgação da Lei nº 13.655/2018. De fato, a novel legislação, ao proceder com uma substancial reformulação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, acrescentou a esta o artigo 21, de cunho consequencialista, cujo parágrafo único prevê a utilização de técnicas processuais de tutela típicas de processos estruturais, aplicáveis quando da decisão de litígios complexos no controle da Administração Pública.

## **2.PROBLEMA, PROCESSO E DECISÃO ESTRUTURAL**

Conforme lecionam Hermes Zanetti Jr., Fredie Didier Jr., e Rafael Alexandria de Oliveira, faz-se necessário estabelecer uma diferenciação entre os conceitos de problema estrutural, processo estrutural e decisão estrutural.

Segundo o autor, o **problema estrutural** - que também pode ser chamado de litígio estrutural ou situação de desconformidade estruturada -, é uma situação de fato com uma desconformidade consolidada, com grau razoável de permanência. Não obstante, regra geral, derive de uma situação de ilicitude, esta não é condição indispensável para a caracterização do problema estrutural, sendo bastante a existência de uma situação indesejada, desconforme, não ideal. O mais clássico exemplo é a falta de saneamento básico, aceita como algo normal nas áreas mais pobres e negligenciadas do país. Ademais, ressalte-se que o problema estrutural, em razão de suas peculiaridades, não pode ser resolvido em um único ato, mas depende da tomada de uma série de providências que, normalmente, são duradouras e exigem um acompanhamento contínuo.

Por fim, além do já citado exemplo da falta de saneamento básico, o ordenamento jurídico brasileiro convive com diversos outros contextos fáticos de problemas estruturais, todos indubitavelmente violadores de direitos sociais e transindividuais, como: 1) o direito à saúde – ante a precariedade e insuficiência no fornecimento de medicamentos e custeio de tratamentos médicos; 2) o sistema carcerário – caracterizado pela superlotação, insalubridade e não ressocialização dos presos; 3) o sistema educacional – pela não parametrização do ensino, não capacitação do corpo docente, carência de vagas na educação infantil, ensino fundamental e médio; 4) o meio ambiente – em razão do desmatamento desenfreado, poluição do ar, despejo de esgoto nos oceanos, falta de fiscalização de barragens etc.); 5) a acessibilidade das pessoas com deficiência - falta de adequação das vias, logradouros, prédios e equipamentos públicos, escassez de livros em braile, não incentivo à Língua Brasileira de Sinais (libras); 6) os direitos dos povos tradicionais - pela falta de previsão, nas estruturas curriculares do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história das comunidades afrodescendentes e indígenas, entre outros.

O **processo estrutural**, por sua vez, deve ser compreendido como o processo judicial que tem por objeto a solução de um problema estrutural, objetivando substituir o estado de desconformidade por um estado de coisas ideal. Possui como fim último a reestruturação dos sistemas públicos que dão causa aos litígios individuais, a ser alcançado pela substituição de inaceitáveis estados de desconformidade por um estado de coisas ideal.

Note-se que, no processo estrutural, há uma nítida flexibilização do Princípio da Congruência (da Adstrição ou Correlação), para conferir ao julgador o poder de resolver um litígio estrutural de forma criativa, com a reformulação da própria estrutura que dá causa à violação do direito que fundamenta o litígio e estabelecimento de uma transição entre estado de coisas real e o ideal.

Em arremate, interessante a conclusão de Fredie Didier, para quem os “processos estruturais” deveriam ser chamados de “processo de reestruturação”, já que o processo, por si só, não é “estrutural”. O problema objeto do processo é “estrutural”, mas o processo em si é de “reestruturação”.

Por fim, ainda segundo Didier, **decisão estrutural** é a decisão que encerra a primeira fase do processo estrutural, reconhecendo a situação de desconformidade e definindo o estado de coisas a ser alcançado.

É um ato decisório de natureza peculiar, na medida em que não estabelece uma regra definida de conduta. Possui conteúdo principiológico, sem necessariamente estabelecer como será alcançado o estado ideal nela definido. Por essa razão, a decisão

estrutural será seguida de uma série de outras decisões posteriores, denominadas por Sérgio Arenhart como “decisões em cascata”, por meio das quais serão determinados o modo, o tempo e o grau da reestruturação, normalmente em etapas.

### 3. CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS E TÍPICAS DO PROCESSO ESTRUTURAL

Conforme já se pôde inferir de tudo o que foi dito, o processo estrutural possui características peculiares, imprescindíveis ao alcance dos fins que justificam sua própria existência e à superação da rigidez do processo civil tradicional.

A este respeito, confira-se a lição de Edilson Vitorelli:

*"Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro." (VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural processo coletivo processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo: RePro*, ano 43, vol. 284, São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 2018, p. 345).*

Em que pese haja divergência acerca do *nomen iuris* atribuído às características do processo estrutural, infere-se da doutrina especializada que o processo estrutural possui 5 (cinco) características essenciais, quais sejam: 1. Conteúdo: o objeto é um problema estrutural; 2. Ideia de transição: estabelece uma transição entre o problema estrutural existente e a situação desejada, o estado ideal de conformidade; 3. Existência de duas fases: o processo estrutural é um procedimento bifásico (semelhante à falência e recuperação judicial). Em um primeiro momento o juiz prola uma decisão estrutural e, em momento posterior, são adotadas as providências para reestruturação. Ou seja, de início, a atuação judicial é voltada para a apuração do estado de desconformidade e determinação de um estado de coisas a ser alcançado. Apenas após a fixação do estado ideal, passa-se à fase de implementação desse estado de coisas; 4. Flexibilidade: é essencialmente um processo flexível, no pedido, na regra da congruência/adstrição. O próprio CPC confere ao julgador os meios para assim proceder, ao prever a atipicidade das medidas executivas e das modalidades de cooperação, a possibilidade de decisões parciais de mérito etc.; 5. Consensualidade: nitidamente presente no processo estrutural, em

especial na solução do litígio. O juiz não é o único ator na solução do problema, sendo essencial a participação de todas as partes envolvidas e a obtenção de acordos.

A par das características essenciais, a doutrina também aponta a existência, no processo estrutural, de 3 (três) características típicas, a saber: 1. Multipolaridade: há diversos polos de interesse no processo estrutural. Ao Contrário da tradicional divisão do processo civil tradicional - autor *versus* réu – o processo estrutural, em regra, é multipolar; 2. Coletividade: Em regra, os processos estruturais envolvem uma situação coletiva ativa ou passiva; e 3. Complexidade: o litígio pode ser bem resolvido de várias maneiras, havendo quem afirme que, quanto mais complexo, mais soluções o processo pode ter.

Por fim, ressalte-se que a diferença entre as classificações acima se justifica pelo fato de que essas últimas características, em que pese sejam típicas, comuns em processos estruturais, não são essenciais, sendo possível, em tese, que o processo estrutural seja despido de multipolaridade, coletividade e/ou complexidade.

#### 4. CONCLUSÃO

Conforme visto, o instituto do processo estrutural surge no intuito de mitigar a rigidez do processo tradicional e, através dessa flexibilização, conferir ao julgador as ferramentas necessárias para a solução de litígios nos quais haja uma multiplicidade de interesses envolvidos, resolvendo o litígio não só para as partes, como para toda uma coletividade.

Deveras, há quem critique o instituto por entender que a flexibilização procedimental a ele inerente importa em violação ao princípio da “separação de poderes” (art. 2º da CRFB/1988), em especial quando a atuação jurisdicional determina a implementação de políticas públicas.

Com a devida vênia, o entendimento não se sustenta. Se a Administração Pública deixa, reiteradamente, de garantir direitos sociais e transindividuais constitucionalmente previstos - regra geral se escudando em teses abstratas como as da “reserva do possível” e de limitações orçamentárias -, a atuação jurisdicional para a garantia desses direitos é medida que se impõe, e a criação de instrumentos aptos a conferir celeridade e resolutividade à solução da inércia estatal qualifica-se imprescindível.

#### 4. REFERÊNCIAS

VITORELLI, Edilson. **Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Félix (orgs.). **Processos Estruturais**. 2. ed., São Paulo: Editora Juspodivm, 2019.



**Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes.** In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais. 2<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DIDIER, Fredie; OLIVIERA, Rafael Alexandria de; JÚNIOR, Hermes Zanetti. **Notas sobre as decisões estruturantes. Civil Procedure Review.** Vol. 8, n. 1: 46-64, jan.-apr., 2017.

CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais.** Salvador: Juspodivm, 2018.

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm)

## ALIENAÇÃO PARENTAL

**HEITOR YOSHIDA MARTINS:**  
graduando em Direito pelo Centro  
Universitário de Jales Unijale<sup>358</sup>.

LETÍCIA LOURENÇO SANGALETO TERRON

(orientadora)

**RESUMO:** A Alienação Parental (AP) é uma modalidade de violência psicológica que pode ser identificada no contexto das disputas de pais pela guarda de crianças em tribunais de justiça, espaço que constitui uma rica fonte de dados para pesquisa. O objetivo principal deste estudo é analisar sobre o tema de alienação parental e a efetividade das medidas legais para combater a mesma no Brasil, bem como os efeitos causados aos envolvidos. Para tanto, foi utilizado pesquisa doutrinária, análise de outros artigos científicos e textos publicados em sites da Internet.

**Palavras-chave:** Alienação Parental. Barreiras institucionais e comportamentais. Igualdade parental. Proteção infantil. Prevenção de conflitos.

**ABSTRACT:** Parental Alienation (PA) is a form of psychological violence that can be identified in the context of parental disputes over child custody in courtrooms, a space that constitutes a rich source of data for research. The main objective of this study is to analyze the topic of parental alienation and the effectiveness of legal measures to combat it in Brazil, as well as the effects caused to those involved. To achieve this, doctrinal research, analysis of other scientific articles, and examination of texts published on internet websites were used.

**Keywords:** Parental Alienation. Institutional and behavioral barriers. Parental equality. Child protection. Conflict prevention

### 1 INTRODUÇÃO

A alienação parental é uma realidade preocupante que vem crescendo nos últimos tempos. Trata-se de um processo no qual um dos genitores ou ambos, através de práticas manipulativas, busca afastar os filhos do outro genitor, gerando consequências negativas para o desenvolvimento psicológico e emocional para a criança e o adolescente.

---

358E-mail: heitor.yoshida@gmail.com

No Brasil, desde a promulgação da Lei 12.318/2010, o assunto ganhou relevância legal e social. A legislação busca proteger crianças e adolescentes deste tipo de comportamento, contudo o tema é marcado por controvérsias e desafios, especialmente no tocante à efetividade das medidas legais e aos efeitos causados aos envolvidos.

A dissolução do matrimônio ou da união estável frequentemente inaugura um ambiente de tensão e conflitos. Geralmente o antigo casal encontra dificuldades em separar a relação conjugal que foi rompida da relação parental que deve ser preservada, sendo comum que as insatisfações, frustrações, orgulho, vaidade e sentimentos vingativos sejam projetados nas crianças, gerando um ambiente propício para a alienação parental.

O conflito, portanto, ultrapassa a esfera de um problema tangível, a mera definição de guarda dos filhos não é suficiente para cessar a prática de alienação parental, podendo inclusive acirrar ainda mais as tensões entre os envolvidos. O genitor alienador assume o papel de denegrir a imagem do outro perante os filhos e com o passar do tempo, esta visão deturpada, negativa, é assimilada pela prole, levando a sentimento de insegurança e rejeição em relação ao genitor alienado.

Frente a essa inadequação das respostas judiciais frente aos casos de alienação parental, a mediação surge como uma alternativa promissora. Os princípios que fundamentam a mediação, bem como as técnicas empregadas, mostram-se muito úteis nos casos de família. Marcados pela sua subjetividade, a mediação, portanto, tem o potencial de trazer benefícios significativos para a resolução de tais conflitos familiares justamente por trazer uma subjetividade intrínseca.

Isso porque a mediação se apresenta como um método pacífico e informal de resolução de conflitos, centrado inteiramente no diálogo e na autodeterminação das partes, sendo elas que definem o que entendem ser a melhor solução para a situação. A ideia é que as partes em conflito compreendam as motivações, atitudes e perspectivas um do outro, eliminando as distorções na comunicação entre eles.

Por outro lado, em processos tramitando perante o poder judiciário, a demora pela obtenção de uma decisão judicial pode acarretar uma deterioração na relação entre os genitores, assim, a prática da alienação tende a evoluir para estágios mais graves e em muitas das vezes a decisão proferida pelo magistrado tende a inflamar ainda mais uma situação já conflituosa. Desse modo, a via judicial, por vezes, contribui para o acirramento dos conflitos ao invés de promover uma resolução pacífica e definitiva.

A escolha pela mediação neste tipo de situação, proporciona inúmeras vantagens às partes. O método é capaz de auxiliar o ex-casal de alcançar soluções verdadeiramente

positivas e reestabelecer o diálogo, permitindo-lhes concentrar no que realmente importa, como consequência, os filhos são menos afetados pelo processo de separação e a possibilidade de estabelecer um convívio, ao menos pacífico, se torna possível através de acordos que serão efetivamente cumpridos. A mediação, portanto, desempenha um papel fundamental para a promoção para o bem-estar das crianças e adolescentes em situações de separação e alienação parental.

Com base nesses aspectos este trabalho consiste em analisar, com base nas doutrinas e estudos de casos concretos, a efetividade das medidas legais para combater a alienação parental no Brasil, bem como os efeitos que esta causa aos envolvidos neste fenômeno sociológico, demonstrando que, na esmagadora maioria das vezes, sua origem se dá por um relacionamento mal resolvido.

## **2 FAMÍLIA E ALIENAÇÃO PARENTAL**

Primeiramente deve-se falar sobre a família, a família é uma das instituições mais antigas e importantes da sociedade, para Émile Durkheim a família foi a primeira forma de organização social e um fator crucial na manutenção da ordem social (DURKHEIN, 2014).

A noção de família tem sofrido significativas mudanças ao longo do tempo e variam de cultura para cultura, nas definições mais tradicionais, uma família é formada por laços de sangue, casamento ou adoção, no entanto, esta definição tem sido expandida e desafiada para incluir uma nova diversidade de arranjos não convencionais.

Na perspectiva jurídica, as leis de família têm como principal objetivo proteger e promover o bem-estar de todos os membros da família, com particular atenção ao melhor interesse das crianças. As questões de família envolvem uma série de áreas do direito, incluindo direito matrimonial, direito da guarda de crianças, direito de visitação, direito de adoção, entre outros.

Percebe-se que, com a evolução histórica, a legislação gradualmente adotou medidas que simplificaram a dissolução do vínculo matrimonial. O casamento, antes considerado perpétuo, agora pode ser dissolvido legalmente, conforme foi estabelecido na CF/88, entretanto, o que em teoria deveria aliviar a carga associada ao término do casamento ou união estável, mesmo que a complexidade para efetuar tal dissolução foi reduzida, a sociedade persiste em imputar uma grande carga emocional e simbólica ao fim do vínculo conjugal, observa-se que a sociedade se mostra incapaz de manejar essa situação de maneira equilibrada e resiliente. A ruptura é encarada de maneira distinta entre os casais, há situações em que são celebrados acordos de maneira amigável, sem maiores entraves. Porém, essa não é a norma predominante.

Os quadros de conflito tendem a se intensificar quando crianças estão envolvidas. Tal fenômeno ocorre pelo fato de que os ex-companheiros fazem o uso dos filhos como instrumento de projeção de seus sentimentos de descontentamento em relação ao outro genitor. Geralmente, nestes casos, as disputas usualmente estão ligadas, primordialmente, a questões de provisão de sustento e à determinação da guarda dos filhos.

É fato de que a família, independentemente de sua composição, é um refúgio de proteção, amor e apoio, mas também pode ser um espaço de conflito e tensões. Em seu melhor, a família serve como um porto seguro que nutre e sustenta seus membros, mas em situações mais complexas, como na alienação parental, a família se torna um espaço de manipulação e disputas prejudiciais.

A alienação parental, em seu conceito mais direto, é interpretada como as ações realizadas pelo genitor alienador com a finalidade de criar um abismo entre a prole e o outro genitor. Trata-se do conjunto de comportamentos que visam especificamente a este objetivo, Douglas Darnall descreve a alienação parental como “o processo que resulta na Síndrome da Alienação Parental (SAP)”. Ele define essa prática como “qualquer conjunto de comportamentos, seja no nível consciente ou inconsciente, que possam desencadear um transtorno na relação entre a criança e outro genitor”(DARNALL, 1998).

É cada vez mais evidente que a prática da alienação parental está se tornando algo comum e recorrente na sociedade. Esta situação pode ser atribuída a uma complexa combinação de fatores, um dos principais sendo o aumento no número de divórcios e relações conflituosas.

Inquestionavelmente, a alienação parental não é fruto de uma única situação específica, contudo, existem circunstâncias que favorecem a sua eclosão. É inegável que os divórcios e as dissoluções de uniões estáveis, quando permeados por conflitos, frequentemente dão origem a esse tipo de comportamento por um ou ambos os genitores. Em situações já experimentadas e analisadas, é perceptível que o genitor alienador constantemente busca controlar e monitorar os sentimentos da criança em relação ao outro genitor com o propósito de descredibilizar a sua imagem.

Muitas vezes, a prática é desencadeada por conflitos relacionados à disputa de guarda dos filhos. Em muitos casos, um ou ambos os pais visam adquirir a guarda unilateral, na tentativa de minimizar o máximo possível o contato da criança com o outro genitor. Contudo, esta situação nem sempre ocorre conforme o planejado. Frequentemente os juízes optam pela guarda compartilhada, despertando em alguns pais o sentimento de raiva e frustração, trazendo em alguns pais um sentimento de ódio e

frustração levando-o a criar dúvida em seu filho, semeando sentimentos negativos na criança em relação ao outro genitor, com o objetivo de impedir ou dificultar convívio entre eles.

Gradualmente, a criança começa a se distanciar do outro genitor, enquanto o alienador inicia um processo de chantagem emocional com o próprio filho. Em meio à campanha de desqualificação já em curso, o alienador manipula a criança para que sinta “traidora” se optar por se encontrar com o outro genitor, tornando a situação ainda mais problemática e prejudicial ao bem-estar da criança.

A alienação parental pode resultar em várias consequências, principalmente para as crianças envolvidas. Apesar de ser evidente que a grande maioria dos casos origina-se de conflitos que, na verdade, estão relacionados aos pais, são os filhos que sofrem mais intensamente os impactos dos atos do alienador. A prole, frequentemente, se torna alvo direto de manipulações e ações que podem causar sérios danos emocionais e psicológicos. Estes efeitos podem persistir ao longo da vida da criança, impactando significativamente seu bem-estar e desenvolvimento.

Sabe-se que a família desempenha um papel primordial na formação da criança no que diz respeito a valores e educação. Na maioria dos casos, são os pais que possuem o dever de inculcar determinados princípios em seus filhos, que futuramente serão fundamentais

Certamente, muitos fatores contribuem para a formação psíquica da mente infantil, possuindo o poder de fortalecê-la ou fragilizá-la. Esta é uma fase crucial na formação da criança e sua personalidade, tornando os momentos vivenciados de suma importância. Os relacionamentos familiares desempenham um papel particularmente significativo visto que a família tende a ser o primeiro grupo de pessoas em que a criança deposita profunda confiança e estabelece intensos vínculos emocionais.

Vários fatores interferem na formação psíquica da mente, e podem fragilizá-la ou estruturá-la, especialmente nessa fase de formação psicológica e de personalidade das pessoas, de forma pessoal. Então a maioria dos acontecimentos são importantes na vida da criança, de forma principal, aqueles que envolvem seus relacionamentos familiares, pois até então são as pessoas que mais confiam e já criaram sentimento intensos. As crianças que sofrem com a SAP exibem vários danos para o desenvolvimento de sua personalidade, tais como ansiedade; baixa autoestima; nervosismo; comportamento agressivo; transtorno de identidade e; dificuldades de adaptação (VIEGAS, 2020).

Para Clawar e Rivlin (1991, Gottlieb, 2012, p. 105, *apud* Meirelles, 2014, online): Os efeitos da síndrome perduram sobre a criança ou o adolescente, a perda da família intacta,

do pai, causando estragos por um longo período da vida, tanto no presente como no futuro. Muitos adultos que foram vítimas de batalha de custódia foram tirados da guarda do pai, tendem a ter uma resistência a ser unidos com este. A perda não é desfeita, a infância não é recapturada. Perde-se para sempre o senso de história, intimidade, perde-se o ganho de valores e moral, a autoconsciência, conhecimentos primordiais, o amor, o contato com a família, e mais. Praticamente nenhuma criança processa a capacidade de proteger-se contra uma perda tão indigna e total. É evidente que os efeitos de uma separação litigiosa sobre os filhos perduram por muito tempo, e em casos ainda mais graves, por toda a vida. Pessoas que sofreram de algum modo a alienação parental enquanto jovens ou crianças, muitas vezes criam um tipo de negativa em relação aos pais, evitando convívio com eles por toda a vida, tendo receio e lembranças contrárias, fazendo com que nunca tenham um bom convívio e uma boa relação familiar. As pessoas devem ter consciência de quão graves são esses atos, de como eles podem gerar efeitos irreversíveis, e que os bons momentos perdidos com os filhos não se recuperam, assim como é difícil desfazer seus anseios contrários em relação aos pais.

Diante dessa situação, é de extrema importância o envolvimento e a ação dos familiares e outros agentes próximos à criança ou adolescente, tais como professores, amigos, vizinhos e profissionais de saúde mental. Eles devem estar atentos aos sinais de alienação parental e prontos para tomar medidas para intervir se detectarem esse comportamento.

Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno sugerem que um dos sinais iniciais de alienação parental é quando a criança ou adolescente absorve a campanha de difamação do genitor alienador e começa a atacar o outro genitor, inclusive se sentindo ameaçado por sua presença.

Esse comportamento frequentemente resulta no afastamento do genitor alienado, que é exatamente o objetivo do alienador. Por isso, é crucial que o genitor alienado reconheça que o ódio expresso pelo próprio filho é, na verdade, um sintoma de alienação parental.

Nesse contexto, o genitor alienado deve se esforçar para permanecer próximo da criança ou adolescente da melhor maneira possível. É recomendado buscar apoio profissional, como um terapeuta ou conselheiro, para ajudar a navegar por essa situação difícil. Também pode ser benéfico buscar orientação jurídica para explorar as possíveis ações legais para combater a alienação parental.

É essencial lembrar que a alienação parental é uma forma de abuso emocional que pode ter efeitos duradouros e prejudiciais na criança ou adolescente. Portanto, é de extrema importância abordar essa questão o mais rápido possível para proteger o bem-estar da criança ou adolescente.

Uma vez detectada a alienação parental, ela pode ser potencialmente resolvida por meio do sistema judiciário, que trabalha em colaboração com equipes de psicólogos e psiquiatras. Uma vez confirmados os indícios que apontam para a presença de alienação parental, os juízes especializados em questões de família têm a tarefa de implementar medidas adequadas, cuja natureza e intensidade dependem do grau da alienação observada.

Apesar do Poder Judiciário dispor de várias estratégias para lidar com a alienação parental, frequentemente em colaboração com profissionais de psicologia e psiquiatria, é incontestável que as resoluções judiciais são bastante diretas. Independentemente do processo ser gradual, os magistrados são obrigados a emitir veredictos precisos.

### **3 PERFIL DO ALIENADOR E AS SEQUELAS CAUSADAS EM SUAS VÍTIMAS**

Ao examinar o perfil do alienador parental, identificamos vários sintomas intrínsecos à sua personalidade. Um dos sintomas mais comuns em alienadores parentais é o que entendemos como "vitimismo", no qual o comportamento é sempre apresentado como correto, sem reconhecimento de erros, e uma preferência por persistir na inverdade. O dicionário online de Português fornece um conceito contundente sobre o vitimismo: a tendência a se vitimizar, a se fazer de vítima. Pais que evitam assumir responsabilidade por seus erros e permanecem estagnados em seu próprio vitimismo.

No âmbito do direito de família, especificamente no que diz respeito à alienação parental, nos casos que envolvem pais e mães imersos nesse quadro de vitimismo, surge um sofrimento incomparável para todos os envolvidos, especialmente para os filhos, que se tornam o foco das discussões conjugais.

Outros comportamentos a serem observados no perfil do alienador incluem a recusa constante de permitir o acesso do outro genitor ao filho, impedindo visitas, propensão a fazer falsas denúncias de abuso sexual, busca pelo controle da família, introdução de discussões familiares e conjugais para serem debatidas na presença dos filhos com o intuito de manchar a imagem do outro genitor. Outro sintoma é induzir o afastamento da pessoa do outro genitor. Nessas situações, os sintomas refletem uma sensação de constrangimento e perturbação psicológica, capazes de gerar consequências avassaladoras no âmbito psicossocial para o alienado.



Segundo Maria Berenice Dias (2011 n.p.):

Grande parte das separações produz efeitos traumáticos, que vem acompanhados dos sentimentos de abandono, rejeição e traição. Quando não há uma elaboração adequada do luto conjugal, tem início um processo de desnutrição, de desmoralização, de descrédito, do ex-cônjuge. Os filhos são levados a rejeitar o genitor, a odiá-lo. Tornam-se instrumentos de agressividade direcionada ao parceiro. A forma encontrada para compensar o abandono, a perda do sonho do amor eterno, acaba recaindo sobre os filhos, impedindo que os pais com eles convivam.

Inumeráveis são os casos de filhos que sofrem abuso por parte de seus pais, sendo vítimas de pressão psicológica e má conduta por parte de seus genitores. Eles enfrentam também o preconceito na escola, nas ruas e nos círculos de amizades, resultando em uma sucessão de danos sem razões ou justificativas plausíveis.

Em resumo, nesse cenário em que pais tentam influenciar seus filhos a favor de um ou outro, ocorrem distúrbios que demandam um acompanhamento psicológico mais intenso, com o diagnóstico de diversos sintomas "Os efeitos aversivos e maléficos provocados pela SAP variam conforme a idade, temperamento, personalidade, e nível de maturidade psicológica da criança, e o grau de influência emocional que o genitor alienante tem sobre ela", conforme explica Pinto (2012).

As consequências enfrentadas pelos filhos em decorrência do abandono e da alienação promovidos pelos pais são numerosas: ansiedade, nervosismo, agressividade, depressão, transtorno de identidade, falta de organização, isolamento, insegurança, dificuldades de aprendizado, sentimento de culpa, desespero, uso de bebidas alcoólicas, desordem na sexualidade e, em casos extremos, até mesmo suicídio.

De acordo com o site Conteúdo Jurídico (2018,):

A taxa de suicídio (ou tentativa, para chamar a atenção ou suprimir a carência paterna e a tentativa de reaproximar os pais ou simplesmente vê-lo fora dos dias de visita e de se sentir verdadeiramente amada), ente os jovens de 16 a 19 anos de idade triplicou nos últimos anos, sendo que de um a cada quatro suicídios ou tentativas de autoextermínio, três ocorrem em lares de pais ausentes.

O elevado índice de jovens e crianças que se tornam vítimas de suicídio, envolvem-se no mundo das drogas, buscam uma autossatisfação inexplicável, fazem uso excessivo de álcool e se envolvem em apelos sexuais constantes, chegando até mesmo a experiências sexuais indesejáveis, pode ser atribuído à profunda e inexplicável ausência paterna e materna ao longo de suas vidas. Tudo isso nos confronta com uma realidade frequentemente ignorada pelo poder público e também pela sociedade. Quando testemunhamos crianças e jovens sofrendo com feridas causadas dentro de seus próprios lares, é indiscutivelmente do interesse de todos nós, da sociedade, do poder público, de cada indivíduo, não nos abster diante dessa triste realidade.

Outras sequelas frequentemente associadas ao alienante incluem uma vida polarizada e carente de nuances, depressão crônica, doenças psicossomáticas, dificuldade de adaptação em ambientes psicossociais normais, insegurança, baixa autoestima, sentimento de rejeição, falta de organização mental, comportamento hostil ou agressivo, transtorno de conduta, e dificuldade em estabelecer relações interpessoais devido à traição e uso por parte da pessoa em quem mais confiavam.

É importante salientar também que, diante dos traumas causados pela alienação parental, a capacidade de manter a lealdade entre pais e filhos fica comprometida. O afeto dado a um é considerado traição pelo outro, resultando na desmoralização da figura genitora oposta para o filho. Esse conflito faz com que os filhos se sintam pressionados a escolher entre seus genitores, gerando assim um quadro de alienação parental e alimentando sentimentos de ódio, intolerância e desamor, consequências da imaturidade e da incapacidade de diálogo.

### 3.1 Falsa acusação de abuso sexual e inversão da guarda

Atualmente, tem ocorrido um crescente número de falsas acusações de abuso sexual em todos os países, e não é diferente no Brasil. Nas legislações estrangeiras, há regra expressa de repúdio à falsa acusação de abuso sexual, para interferir nas regras de guarda e convivência, pouco importando se tratar de alienação parental ou não.

A legislação brasileira não possui uma abordagem punitiva em relação à alienação parental. O artigo 6º destaca regras destinadas a encerrar a situação de alienação, não como medida punitiva. Estudos estrangeiros frequentemente indicam a necessidade de mudança ou inversão da guarda para o genitor alienado em casos graves de alienação parental, reconhecendo que essa prática representa um risco à saúde mental da criança ou adolescente.

Em conclusão, a "verdade" moldada pelo jogo de manipulações e transmitida aos filhos, que muitas vezes não conseguem discernir que estão sendo manipulados e acabam

consentindo com o que lhes é dito, é equiparada a uma forma de tortura. Nesse sentido, profissionais que atuam na área devem tratar essa questão com a devida seriedade e cuidado. No Brasil, no entanto, os juízes geralmente não concedem a guarda ao genitor alienado como uma medida para interromper a alienação. Nas decisões que envolvem inversão da guarda em favor do genitor alienado, observa-se que o juiz busca o genitor que apresenta melhores condições para o exercício da guarda, considerando a prática da alienação parental como apenas um dos fatores, mas não o determinante para a escolha.

#### **4 EFETIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO**

Conforme a Constituição Federal, ao examinarmos o artigo 227, observamos que é dever da família zelar pelo bem-estar de seus filhos, assegurando-lhes vida, liberdade, profissionalização, cultura e, principalmente, protegê-los de qualquer forma de discriminação ou violência. Nesse contexto, percebemos o valor da afetividade, que se sobrepõe a qualquer manifestação de desamor.

Na prática jurídica, deparamo-nos com diversos casos em que filhos buscaram na justiça o amor, afeto e atenção de seus pais, que ao longo dos anos foram inertes na participação na vida de seus filhos. Embora muitos desses casos tenham obtido resultados positivos, outros não. Contudo, é crucial atentarmos para a realidade afetiva, onde os valores familiares enfrentam um processo de dismanteloamento social crescente. Nesse cenário, a figura da família perde gradualmente seu propósito primordial, que é o amor, resultando em instabilidade emocional, conflitos e, lamentavelmente, alienação parental.

A lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010, ponto central dessa pesquisa, traz em seu art. 2<sup>a</sup> o seguinte:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenha a criança ou o adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

A Lei nº 12.318/10 foi promulgada com o intuito de proteger os interesses dos alienados e estabelecer medidas punitivas para os alienadores. Sancionada pelo então Presidente da República, essa legislação busca atenuar o sofrimento dos jovens afetados pela complexa problemática da alienação parental, marcada pela falta de sensatez e respeito por parte dos pais.

Conforme apontado por Lima, a Lei nº 12.318/10 tem como objetivo desencorajar a prática da alienação parental, proporcionando uma base legal para a atuação do judiciário. Em termos simplificados, a alienação parental é definida como uma ação intencional do alienador para complicar a relação do menor com o genitor alienado. Embora não seja considerada um crime, a alienação parental é percebida como uma irregularidade, com um cenário irônico em que as principais vítimas são as próprias crianças que se busca proteger, acarretando danos psicológicos duradouros em seu bem-estar e desenvolvimento emocional (LIMA, 2010).

A alienação parental, como observado, é um fenômeno intrincado enraizado nas dinâmicas interpessoais entre ex-cônjuges e seus filhos. Medidas legais, como a guarda compartilhada, embora úteis em muitos casos, não são suficientes para solucionar completamente o problema. De acordo com Lenita Pacheco Lemos Duarte, os conflitos subjacentes à alienação parental frequentemente envolvem questões subjetivas que transcendem o alcance das leis e princípios jurídicos, adentrando o mundo interno dos indivíduos, incluindo o inconsciente e seus desejos (Lenita Pacheco Lemos Duarte, 2020).

Ressalta-se que a guarda compartilhada, embora seja uma resposta válida em diversos casos, não é uma solução universal para a alienação parental. A abordagem para lidar com esse fenômeno requer métodos complementares, como aconselhamento ou terapia familiar, mediação entre os pais e intervenções direcionadas para ajudar a criança a lidar com a situação. Dessa forma, é essencial compreender que soluções jurídicas, embora forneçam uma estrutura útil, não são capazes de abordar completamente os problemas psicológicos e emocionais subjacentes à alienação parental. A chave para combater efetivamente esse fenômeno é uma abordagem abrangente que leve em consideração tanto as necessidades legais quanto psicológicas das famílias envolvidas.

## **5 MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA**

A mediação emerge como uma abordagem eficaz para esclarecer soluções em conflitos familiares, apresentando-se como uma alternativa ágil que preserva a relação entre as partes envolvidas. Este estudo propõe uma análise aprofundada da mediação como método alternativo na resolução de conflitos familiares, antes e após a instauração de ações judiciais nas Varas de Família. Tal abordagem visa proporcionar às famílias envolvidas uma opção mais célere, permitindo que os profissionais do Direito resolvam os casos de seus clientes de maneira eficaz, ao mesmo tempo que reduzem custos relacionados ao trâmite judicial.

A mediação, enquanto técnica de busca de entendimento em relações continuadas, torna-se cada vez mais essencial nos âmbitos extrajudicial e judicial. Isso se deve à observância dos princípios familiares, priorizando a dignidade da pessoa humana.

O objetivo é que todas as partes, incluindo o mediador, saiam satisfeitas de uma sessão, não apenas com a solução do conflito, mas também com a resolução das questões subjacentes, sem haver vencedores ou perdedores. Além disso, a abordagem da mediação contribui para amenizar questões afetivas que muitas vezes não são solucionadas por meio de processos judiciais, permitindo o diálogo e a continuidade das relações.

Enquanto a busca pela justiça frequentemente resulta em insatisfação, prejuízo e demoras prolongadas, a mediação propõe um alívio para os tribunais, fomentando uma cultura de acordo e promovendo maior segurança jurídica nas relações. O principal objetivo da mediação é restabelecer os laços existentes entre as partes e alcançar uma solução pacífica. Busca-se promover a comunicação, o diálogo e a compreensão da origem do conflito, visando acordos que evitem a esfera judicial, prevenindo insatisfações e desavenças entre as partes.

Adicionalmente, vale ressaltar que a mediação não se limita apenas à resolução de disputas pontuais. Ela oferece uma oportunidade única para explorar aspectos mais amplos e aprofundados das dinâmicas familiares, proporcionando um espaço para discutir não apenas o conflito imediato, mas também para lidar com questões subjacentes que podem ter contribuído para o desentendimento. A mediação, assim, não apenas resolve conflitos, mas também promove uma compreensão mais profunda e duradoura entre as partes envolvidas, visando estabelecer relações mais saudáveis e sustentáveis no longo prazo.

Warat exemplifica:

“A mediação pode ser vista como uma difundida, complexa e variada corrente de intervenção sobre relações interpessoais em conflitos, um campo grupal constitutivo de reações de ajuda conduzidas por profissionais treinados a partir de um conjunto variado de técnicas, estratégias e saberes que facilitam o diálogo em vínculo conflitivos através da descoberta, pelas partes em conflito, de afinidades eletivas que lhes permitem elaborar pontos em comum com o que terminam transformando o conflito numa relação mais satisfatória.” (Warat 2004, p.212 *apud* Alves 2012, p 51)

Nesse contexto, a mediação se propõe a alcançar diversos objetivos fundamentais, tais como aproximar as partes envolvidas, restabelecer a comunicação efetiva, preservar o relacionamento entre elas e realizar uma análise aprofundada dos aspectos subjetivos subjacentes aos conflitos. Além disso, a mediação destaca-se por apresentar baixo custo

em comparação às ações judiciais, oferecendo um caminho eficaz para a busca de soluções consensuais.

Ao contrário das ações inseridas no judiciário, que frequentemente se estendem por um período médio de dois anos ou mais, a mediação opera com um cronograma mais flexível e adaptável às necessidades das partes envolvidas. Este método busca alcançar um acordo mutuamente benéfico em um tempo reduzido, proporcionando uma alternativa eficiente à morosidade dos processos judiciais.

Ao optar pela mediação, as partes têm a oportunidade de participar ativamente na resolução de suas questões, contribuindo para a construção de acordos mais duradouros e adaptados às suas necessidades específicas. Dessa forma, a mediação não apenas oferece uma abordagem eficaz na resolução de conflitos, mas também visa promover a autonomia, a compreensão mútua e a preservação das relações interpessoais

Silva destaca que o tempo despendido na mediação é determinado por sessões específicas, destacando a flexibilidade inerente a esse processo. O principal objetivo é evitar o desgaste causado pela demora judicial, proporcionando um ambiente propício para o diálogo e a construção de soluções de forma mais ágil e satisfatória.

Segundo Silva:

“Ela funciona semelhante a uma terapia, o número de sessões não é pré-determinado, varia de acordo com as necessidades do caso, porém será preciso tentar estabelecer um equilíbrio na quantidade, muitas podem tornar o procedimento cansativo e poucas poderão acarretar um uma decisão precipitada. Busca-se especificamente evitar o longo desgaste de um processo judicial”. (Silva 2004, p.13 *apud* Alves 2012, p. 51)

Conforme Calmon:

“Na mediação as partes conservam para si o controle sobre o resultado do conflito e compartilham a responsabilidade por sua existência e solução e está autocomposição proporciona maior alcance da almejada pacificação social.” (Calmon 2007, p. 122 *apud* Alves 2012, p. 52)

Mediar é acordar, há uma prevenção de conflitos futuros, deixando as partes mais tranquilas e confiantes para resolverem futuros conflitos. Traz uma aproximação e exime resquícios de frustrações, desacordos, prejuízos.

## 5.1 Arbitragem

A arbitragem, regulamentada pela lei 9.307/96, tem como objetivo principal a resolução de litígios de maneira alternativa ao sistema judicial convencional. Essa abordagem requer a designação de uma terceira pessoa, conhecida como árbitro, que detém a autoridade para decidir sobre o desfecho do conflito, proferindo uma decisão final.

Ao contrário do julgamento judicial, a arbitragem não busca atender especificamente aos interesses das partes envolvidas, mas sim verificar se o pedido está em conformidade com a legislação vigente. A decisão do árbitro possui força vinculativa e caráter imperativo, sendo homologada pelo tribunal de justiça. O árbitro, assemelhando-se a um juiz togado, deve observar os princípios que regem a administração pública, garantindo imparcialidade e aderência aos preceitos legais.

Embora o processo de arbitragem possa ser mais oneroso em comparação a uma demanda estatal, é considerado mais célere e eficiente do que o sistema judicial convencional. A arbitragem destaca-se por ser um método de livre escolha das partes, baseando-se no princípio da autonomia da vontade. Assim, as partes têm a liberdade de escolher profissionais especializados na matéria em discussão, proporcionando uma abordagem mais técnica e personalizada para a resolução do conflito.

A flexibilidade e agilidade da arbitragem tornam-na uma opção atraente para aqueles que buscam uma resolução rápida e especializada para suas disputas, alinhada à autonomia das partes e aos princípios da legislação pertinente.

## 5.2 Negociação

A negociação é reconhecida como o primeiro método de alternativa para a solução de conflitos. Esse processo é conduzido pelas próprias partes envolvidas, podendo contar ou não com a presença de um terceiro, como um advogado, para facilitar o diálogo e auxiliar na busca por uma solução satisfatória.

No âmbito da negociação, as partes apresentam propostas com o objetivo de alcançar a resolução de suas controvérsias. Este método é caracterizado por ser um processo criativo e cooperativo, onde as partes colaboram ativamente na busca por um acordo. A negociação é considerada um dos meios mais eficientes e duradouros para resolver conflitos, uma vez que visa fortalecer os vínculos pessoais entre as partes envolvidas.

Ao promover o diálogo e a colaboração, a negociação possibilita que as partes expressem suas necessidades e interesses, visando encontrar soluções que atendam às expectativas de ambos. Este método, ao contrário de outros processos mais formalizados, permite uma abordagem flexível e adaptável, proporcionando uma base sólida para a construção de acordos que beneficiem as partes envolvidas e promovam relações mais saudáveis e sustentáveis

### **5.3 Conciliação**

A conciliação visa essencialmente conduzir as partes a um acordo que previna complicações futuras, sem, no entanto, resultar na extinção do processo. Este método foi concebido com o propósito de aliviar a carga sobre o sistema judiciário, oferecendo uma abordagem eficaz na resolução de conflitos. O conciliador, atuando de forma investigativa, sugere alternativas e acordos durante o processo, buscando atender aos interesses das partes.

Um dos pontos distintivos da conciliação é sua natureza acessível, resolvendo-se em um único ato e dispensando a necessidade de extensa produção de provas. Além disso, destaca-se por ser um método eficaz, uma vez que permite que as próprias partes cheguem a uma solução pacífica, sem a imposição de decisões por terceiros.

Ao enfatizar a autonomia das partes, a conciliação proporciona uma oportunidade para a elaboração de acordos de maneira livre e responsável, aumentando, assim, a probabilidade de cumprimento mútuo. Mais do que uma simples resolução de conflitos, a conciliação busca fomentar relações colaborativas e duradouras entre as partes envolvidas.

## **6 CONCLUSÃO**

A Lei 12.318/10, conhecida como lei de alienação parental, emergiu em resposta a um cenário que demandava intervenção estatal para garantir às crianças e adolescentes convivência pacífica e equilibrada com ambos os genitores. Embora as regras de prevenção e combate já existissem na legislação brasileira, a sua aplicação era limitada a casos específicos, dependendo da coragem e sensibilidade do julgador em lidar com o tema.

A receptividade da Lei de Alienação Parental no ordenamento jurídico brasileiro foi positiva, propagação nos tribunais, sendo considerada um instrumento eficaz para inibir e combater condutas prejudiciais dos genitores contra os filhos. Apesar do movimento que busca a revogação da lei, seus opositores não apresentam argumentos fáticos, técnicos ou baseados em decisões que justifiquem tal pleito.



A Lei 12.318/10 desempenha um papel crucial na prevenção, proporcionando aos genitores efetividade na igualdade parental e aos filhos o direito primordial de convivência ampla e pacífica com ambos os genitores. No entanto, ao passo que a lei ganha destaque entre seus opositores, é relevante avaliar sua primeira década de vigência e considerar a necessidade efetiva de mudanças legislativas.

É notável que aqueles que se opõem à lei não discutam a possibilidade de mudanças legislativas, interessando-se apenas pela sua revogação. Essa resistência levanta questões sobre os verdadeiros interesses em jogo. A lei não busca estigmatizar a parentalidade, mas sim garantir o respeito aos interesses das crianças e adolescentes em conviver de maneira saudável com ambos os genitores, sem serem utilizados como instrumentos em conflitos familiares.

É crucial preservar os filhos de projeções subjetivas vividas por um dos genitores em situações de conflito familiar, garantindo que não sejam prejudicados emocionalmente. A lei visa respeitar o interesse da criança ou do adolescente em ter uma convivência equilibrada com ambos os genitores, protegendo-os de abusos emocionais.

Em relação às alegações de que os filhos estariam sendo entregues a pais pedófilos, tal afirmação não condiz com a realidade. Se houver acusações desse tipo, a abordagem correta seria chamar a atenção do julgador para a questão, não pleitear a revogação de uma lei que não determina a inversão da guarda sem contestação para os pais alienados.

Revogar a Lei 12.318/10 representaria um retrocesso, prejudicando o desenvolvimento saudável dos filhos. É necessário manter um equilíbrio entre a proteção dos direitos das crianças e a garantia de que a lei não seja utilizada de maneira imprópria, assegurando que a legislação continue a proteger os interesses das partes envolvidas.

## **REFERÊNCIAS**

TROVILHO, Octávio Henrique Betta Barbosa Correa. A Mediação como método adequado de solução de conflitos e forma de reestabelecer as relações interpessoais.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 3 ed. Revista Atualizada e Ampliada Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

ALVES, Eliana Bispo de Souza. Mediação como forma alternativa de solução de controvérsias. Monografia de Conclusão de Curso. UNIVEM, Marília, SP, 2012.

BUSNELLO, Saul José e SOBRINHO, Elizeu de Oliveira Santo. A Função social da mediação. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015.

CAVALCANTI, Fernanda Daniele Resende. Mediação Interdisciplinar e sua integração com o Poder Judiciário de Pernambuco. Dissertação (Mestrado). Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do Estado. 9ª Ed. Malheiros, São Paulo, 1993.

BROCKHAUSEN, Tamara. Sap e psicanálise no campo psicojurídico: de um amor exaltato ao dom do amor. 2011. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GARDNER, Richard A, The Parental Alienation Syndrome: A Guide for Mental Health and Legal Professionals, Creative Therapeutics, 1998.

PEREZ, Elizio Luiz. Breves Comentários Acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010). In: DIAS, Maria Berenice. Incesto e Alienação Parental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, Saulo. Código da vida. 2. São Paulo: Planeta, 2014.

PICCININI, Marta Luisa e SILVEIRA, Taís Regina. Mediação como meio alternativo de composição de conflitos e pacificação social no direito contemporâneo. Revista Destaques Acadêmicos, Vol. 6, Nº 2, 2014.

CIVIL, Código de Processo. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015. Brasília, 2015.

PORFÍRIO, Francisco. "Instituições sociais"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/instituicoes-sociais.htm>. Acesso em 17 de novembro de 2023.

## A INFLUÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA NA ACEITAÇÃO DO CANABIDIOL PARA FINS TERAPÊUTICOS NO BRASIL

**NATALIA DAS ÁGUAS COSTA DE JESUS:**

Advogada, Formada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Pós-graduada em Direito Penal pelo Instituto Damásio de Direito.<sup>359</sup>

**Resumo:** Os canabinoides, compostos encontrados na planta *cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha, têm despertado um crescente interesse na comunidade médica e entre pacientes que buscam alternativas no tratamento de diversas condições de saúde. No entanto, o processo de regulamentação do uso terapêutico dessa substância no Brasil tem enfrentado desafios e debates jurídicos significativos, sobretudo em face da previsão do TETRAIDROCANABINOL (THC), composto extraído da planta, dentre as substâncias psicotrópicas proscritas pelos regulamentos executivos de saúde<sup>360</sup>. Esse trabalho se propõe a compilar em um único documento, de forma sucinta, como, e sob quais fundamentos, a jurisprudência tem desempenhado um papel fundamental na evolução da aceitação do Canabidiol para fins terapêuticos no país, figurando, na prática, como importante via de realização do direito fundamental à saúde.

**Palavras-chave:** Direito à Saúde. Canabidiol. Terapias Alternativas. Jurisprudência Nacional.

Na pauta da década, para além da análise no âmbito penal do uso recreativo de substâncias de uso proscrito pelos regulamentos executivos de saúde, a evolução das pesquisas científicas envolvendo o desenvolvimento de medicamentos e terapias a partir do uso de compostos extraídos da planta *cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha, tem encontrado entraves jurídicos com relação ao uso e distribuição da droga para tratamento de pacientes que buscam alternativas às medicações até então existentes no mercado.

Os canabinóides são mensageiros químicos do corpo, sendo alguns deles produzidos naturalmente pelo organismo, denominados como endógenos, e utilizados, através de

---

359 E-mail: nataliadasaguas@gmail.com

360 BRASIL, Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1998. (\*) Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em:

< [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html) > acesso em: novembro de 2023.

ligações químicas, para regular funções básicas como o humor, o apetite, a dor ou o sono, ao passo em que outros, denominados como exógenos, são tradicionalmente encontrados na planta *cannabis sativa*, podendo ser sintetizados através de um processo mecânico realizado em laboratório, após o que, uma vez consumidos, irão interagir com o sistema interno do organismo humano, produzindo determinados efeitos físicos e psicológicos.<sup>361</sup>

O Canabidiol (CBD) é um dos canabinóides presentes na planta *cannabis sativa*, empregado para a produção de medicamentos, em virtude das suas características terapêuticas, bem como do fato de não possuir, como efeito colateral de sua ingestão, a produção de efeitos psicoativos. <sup>362</sup>

O avanço das pesquisas médicas e o sucesso dos tratamentos com a *cannabis* têm colocado constantemente a jurisprudência brasileira diante de desafios complexos, devido aos conflitos que surgem entre o direito dos pacientes ao acesso a tratamentos eficazes e a proibição do uso e comércio da maconha no Brasil.

Em 2021, foi julgado o RE 1165959/SP363, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que fixou com Repercussão Geral o Tema 1161: “Cabe ao **Estado** fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.”<sup>364</sup>

---

361 DA SILVA, Anaísa Vieira. Medicinal use of cannabinoids. Monografia de Mestrado Integrado em Ciências Farmacêuticas apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Farmácia. Disponível em: <[https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/52511/1/MICF\\_Anaisa\\_Silva.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/52511/1/MICF_Anaisa_Silva.pdf)>

acesso em: novembro de 2023.

362 DA SILVA, Anaísa Vieira. Medicinal use of cannabinoids. Monografia de Mestrado Integrado em Ciências Farmacêuticas apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Farmácia. Disponível em: <[https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/52511/1/MICF\\_Anaisa\\_Silva.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/52511/1/MICF_Anaisa_Silva.pdf)>

acesso em: 07/11/2023.

363 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1165959. Ministro Relator Alexandre de Moraes. 2021. Disponível em:

< <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757870908>> acesso em: 07/11/2023.

364 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1165959. Ministro Relator Alexandre de Moraes. 2021. Disponível em:

O julgamento em questão teve como *leading case* pedido de fornecimento gratuito pelo Estado de São Paulo, do medicamento "*Hemp Oil Paste RSHO*", à base de canabidiol, para **pessoa hipossuficiente**, tendo como fundamento o alto custo de importação do medicamento, destacando-se a existência preexistente de autorização para importação para uso pessoal, em caráter de excepcionalidade, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, conforme critérios específicos elencados na Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n. 17, de 6 de maio de 2015, da Anvisa, e em regulamentações posteriores.

Na esteira desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, em 2021, no julgamento do REsp 1943628-DF, consolidou em sua jurisprudência o posicionamento acerca da obrigatoriedade do custeio pelas **operadoras de planos de saúde** de medicação que, a despeito de não ter sido registrada pela Anvisa, teve a sua importação excepcionalmente autorizada pela Agência.<sup>365</sup>

O julgado em questão baseou-se no pedido de fornecimento de medicamento denominado "Purodiol 200mg CDB", cuja base é a substância canabidiol, utilizado para tratamento de paciente diagnosticado com epilepsia grave, e figura como hipótese de *distinguishing* com a tese firmada no Tema 990 dos Recursos Repetitivos, segundo a qual as operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela Anvisa.<sup>366</sup>

Mais recentemente, já no ano de 2023, no julgamento do HC 802866/ PR (2023/0047241-7)<sup>367</sup>, a Terceira Turma do STJ passou à análise da questão, a fim de

---

<<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5559067&numeroProcesso=1165959&classeProcesso=RE&numeroTema=1161>> acesso em: 07/11/2023.

365 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A operadora do plano de saúde deve custear medicamento importado, o qual, apesar de não registrado pela ANVISA, possui autorização para importação em caráter excepcional. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a35d11c2f995c60b0341a9c777f1ae03>>. Acesso em: 08/11/2023

366 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A operadora do plano de saúde deve custear medicamento importado, o qual, apesar de não registrado pela ANVISA, possui autorização para importação em caráter excepcional. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a35d11c2f995c60b0341a9c777f1ae03>>. Acesso em: 08/11/2023

367 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 802866/PR (20230047241-7). Ministro Relator Messod Azulay Neto. 2023. Disponível em:

uniformizar, no âmbito das turmas criminais, o entendimento já adotado pelas Quinta e Sexta Turmas, acerca da possibilidade de concessão de salvo-conduto para cultivo doméstico da planta *cannabis sativa* para fins medicinais, com fundamento no direito à saúde pública e a melhor qualidade de vida.

Ultrapassadas as premissas acerca do cabimento ou não do remédio constitucional do habeas corpus para a análise do tema, de acordo com o julgado, em havendo prescrição feita por profissional médico especializado, não se configura como conduta criminosa o plantio e a aquisição das sementes da *cannabis sativa*, para a fabricação artesanal de óleo, com fins exclusivamente terapêuticos, independentemente de regulamentação específica por parte da Anvisa.

No julgamento do HC n. 779.289/DF368, a Quinta Turma do STJ, com base na teoria da tipicidade conglobante, cunhada pelo jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, firmou entendimento acerca da atipicidade das condutas supramencionadas, em face do entendimento anterior já consolidado no âmbito da jurisprudência do próprio Tribunal Superior e do STF, acerca da atipicidade da conduta de importação de sementes da *cannabis sativa*, não se amoldando ao tipo penal de tráfico, em virtude da inexistência do princípio ativo proscrito nos regulamentos administrativos pertinentes, nem ao crime de contrabando, pela incidência do princípio da insignificância.

Destacou-se, ainda, que o entendimento em contrário vai de encontro aos fundamentos do Direito Penal, considerando-se a finalidade declarada de proteção a bens jurídicos, posto que figura, em última instância, como forma criminalização da busca de acesso ao direito fundamental à saúde, ressaltando-se, ainda, que o uso medicinal da *cannabis sativa* é conduta inócua à ofensa ao bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas, qual seja, a saúde pública.

Dentre os fundamentos elencados no voto, a hipótese citada, não se amolda às descrições típicas contidas na referida lei, por lhe faltar elemento normativo do tipo, qual seja, a ausência de autorização ou o uso em desacordo com determinação legal ou

---

<[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=5&documento\\_sequencial=208209340&registro\\_numero=202300472417&peticao\\_numero=&publicacao\\_data=20231003&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=208209340&registro_numero=202300472417&peticao_numero=&publicacao_data=20231003&formato=PDF)> acesso em: 07/11/2023.

368 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. HC 779289/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22/11/2022 (Info 758). Disponível em:

< [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203358860](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203358860)> acesso em: 07/11/2023.

regulamentar, sobretudo porquanto a Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1998 369, que aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, elenca, dentre as substâncias de uso proscrito no Brasil, apenas um dos canabinóides extraídos da cannabis, qual seja, o TETRAIDROCANABINOL – THC.

Nesse sentido, enriquecedor se faz transcrever o seguinte trecho da ementa do acórdão proferido julgado supramencionado:

A matéria trazida no presente *mandamus* diz respeito ao direito fundamental à saúde, constante do art. 196 da Carta Magna, que, na hipótese, toca o direito penal, uma vez que o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, determina a repressão ao tráfico e ao consumo de substâncias entorpecentes e psicotrópicas, determinando que essas condutas sejam tipificadas como crime inafiançável e insuscetível de graça e de anistia. - Diante da determinação constitucional, foi editada mais recentemente a Lei 11.343/2006. Pela simples leitura da epígrafe da referida lei, constata-se que, a *contrario sensu*, ela não proíbe o uso devido e a produção autorizada. Dessa forma, consta do art. 2º, parágrafo único, que "pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas".

[...] Desde 2015 a Agência Nacional de Vigilância Sanitária vem autorizando o uso medicinal de produtos à base de Cannabis sativa, havendo, atualmente, autorização sanitária para o uso de 18 fármacos. De fato, a ANVISA classificou a maconha como planta medicinal (RDC 130/2016) e incluiu medicamentos à base de canabidiol e THC que contenham até 30mg/ml de cada uma dessas substâncias na lista A3 da Portaria n. 344/1998, de modo que a

---

369 BRASIL, Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1998. (\*) Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em:

< [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html) > acesso em: 07/11/2023.

prescrição passou a ser autorizada por meio de Notificação de Receita A e de Termo de Consentimento Informado do Paciente. 370

De acordo com o voto do Ministro Relator, Reynaldo Soares da Fonseca, a omissão estatal em regulamentar a matéria, aliada à inexistente previsão de solução breve para a questão, milita em desfavor do direito fundamental à saúde, condicionando a terapia canábica àqueles que possuam recursos para a aquisição dos medicamentos por meios próprios ou pelo enfrentamento da burocracia das vias judiciais.

### **Conclusão**

A despeito da posição conservadora do cenário político brasileiro, a análise da jurisprudência pátria sobre o uso do Canabidiol para fins medicinais no Brasil revela um panorama em evolução.

As discussões levadas aos Tribunais têm sido essenciais na busca pelo equilíbrio entre os interesses em conflito, a fim de garantir tanto o acesso a terapias médicas eficazes quanto a necessidade de manter regulamentações voltadas à segurança pública e à saúde coletiva.

Ao longo dos anos, o poder judiciário tem funcionado como via de acesso e de garantia dos direitos fundamentais, assumindo uma postura contra majoritária e revelando uma tendência progressista ao reconhecer os benefícios e garantir o acesso a esses tratamentos para pacientes que deles necessitam, privilegiando-se as conclusões técnicas, as prescrições terapêuticas e o direito à saúde.

A bem disso, também é evidente que o quadro legal enfrenta desafios, como a necessidade de regulamentação clara e eficaz, apta desburocratizar o acesso ao tratamento prescrito, sobretudo em virtude da urgência de quem está em situação de vulnerabilidade causada pela doença.

Nesse sentido, o diálogo contínuo entre os poderes judiciário, legislativo e executivo, juntamente com a participação ativa da comunidade médica e científica, é fundamental na definição de políticas que respeitem a dignidade da pessoa humana, a fim de promover soluções regulatórias mais abrangentes, que atendam às demandas emergentes da sociedade, baseadas em pesquisas científicas contínuas, em que se garanta a qualidade e

---

370 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. HC 779289/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22/11/2022 (Info 758). Disponível em:

< [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203358860](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203358860)>. Acesso em: 07/11/2023.



a segurança dos produtos e dos resultados a serem alcançados, pautando-se sempre na promoção do bem estar social, em contraposição a interesses políticos isolados e às demais crenças limitantes oriundas da moral e dos costumes.

### **Referências Bibliográficas:**

BRASIL, Portaria n.º 344, de 12 de maio de 1998. (\*) Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em:

<[https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html)> acesso em: novembro de 2023.

DA SILVA, Anaísa Vieira. Medicinal use of cannabinoids. Monografia de Mestrado Integrado em Ciências Farmacêuticas apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Farmácia. Disponível em:

<[https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/52511/1/MICF\\_Anaisa\\_Silva.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/52511/1/MICF_Anaisa_Silva.pdf)> acesso em: novembro de 2023.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1165959. Ministro Relator Alexandre de Moraes. 2021. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757870908>> acesso em: 07/11/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A operadora do plano de saúde deve custear medicamento importado, o qual, apesar de não registrado pela ANVISA, possui autorização para importação em caráter excepcional. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a35d11c2f995c60b0341a9c777f1ae03>>. Acesso em: 08/11/2023

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 802866/PR (20230047241-7). Ministro Relator Messod Azulay Neto. 2023. Disponível em:

<[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=5&documento\\_sequencial=208209340&registro\\_numero=202300472417&peticao\\_numero=&publicacao\\_data=20231003&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=208209340&registro_numero=202300472417&peticao_numero=&publicacao_data=20231003&formato=PDF)> acesso em: 07/11/2023.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. HC 779289/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22/11/2022 (Info 758). Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203358860](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203358860)> acesso em: 07/11/2023.

## A DESAPROPRIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO COM ÊNFASE NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

### **GABRIEL CARDOSO LOPES:**

Pós-graduação lato sensu em Direitos Difusos e Coletivos e Assessor Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia<sup>371</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo principal realizar uma análise das diversas modalidades de desapropriação existentes no ordenamento jurídico pátrio, as suas hipóteses de cabimento e requisitos legais, bem como os posicionamentos prevalentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente no que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal (STF). Nota-se que tal instituto se relaciona à intervenção do Estado na propriedade privada, que é um direito fundamental com previsão constitucional, razão pela qual o procedimento da desapropriação deve sempre ser aplicada em estrita observância à legalidade. Apresenta como problema que tais instrumentos estão previstos em diversos diplomas, o que muitas vezes dificulta a atuação dos operadores do direito. É concluído, então, que a regularidade do procedimento desapropriatório depende da observância dos requisitos positivos e negativos insculpido tanto no texto constitucional, quanto na legislação de regência, a exemplo do Decreto-Lei n.º 3.365/1941, da Lei n.º 4.132/1962; da Lei n.º 8.629/1993 e da Lei Complementar n.º 76/1993, sob pena de violação à propriedade privada, direito tão caro numa democracia.

**Palavras-chave:** Direito à propriedade privada. Função social da propriedade. Intervenção do Estado na propriedade privada. Desapropriação. Utilidade pública. Necessidade pública. Interesse social. Espécies. Desapropriação comum ou ordinário. Desapropriação especial ou extraordinária. Desapropriação urbanística. Desapropriação rural. Desapropriação sanção. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Supremo Tribunal Federal.

### **INTRODUÇÃO**

O presente estudo realiza uma abordagem das diversas modalidades de desapropriação existentes no ordenamento jurídico pátrio, bem como as suas hipóteses de cabimento e requisitos legais.

---

371 E-mail: [cardosolopes.gabriel@gmail.com](mailto:cardosolopes.gabriel@gmail.com)

Nesta senda, nota-se que tal instituto se relaciona à intervenção do Estado na propriedade privada, que é um direito fundamental com previsão constitucional, razão pela qual o procedimento da desapropriação deve sempre ser aplicada em estrita observância à legalidade.

Desse modo, o trabalho busca demonstrar as semelhanças e diferenças entre as espécies de desapropriação, bem como os posicionamentos prevalentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente no que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal (STF).

A metodologia utilizada no trabalho baseia-se em pesquisa bibliográfica, tendo em vista que se utiliza da legislação brasileira, de artigos de recursos informativos, dissertações, revistas, utilizando o método dedutivo.

## **1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA DESAPROPRIAÇÃO**

Para NETO e TORRES<sup>372</sup>, “se durante o Estado Liberal burguês, o direito de propriedade foi enaltecido, tido como absoluto, tal caráter não restou incólume à passagem para o Estado Social, que sedimentou a ideia de que a propriedade deve se submeter a uma função social (não possuindo mais seu caráter exclusivo e absoluto, em favor do proprietário)”. Dentre as diversas modalidades de intervenção estatal na propriedade privada, como limitação administrativa; servidão administrativa; ocupação temporária; requisição administrativa; e tombamento, está a desapropriação, a qual os referidos autores classificam como uma intervenção supressiva.

De acordo com MAZZA<sup>373</sup>, “os instrumentos de intervenção do Estado na propriedade privada podem ser classificados da seguinte maneira: 1) formas de intervenção supressivas de domínio: o Estado intervém na propriedade modificando a titularidade da coisa resultando na sua transformação em bem público. É caso da desapropriação, do confisco (art. 243 da CF) e da pena de perdimento de bens (art. 5º, XLVI, b, da CF); 2) formas de intervenção não supressivas de domínio: a intervenção estatal ocorre mantendo o bem no domínio privado. São formas não supressivas de domínio o poder de polícia, a servidão, o tombamento, a requisição e a ocupação temporária”.

---

<sup>372</sup> NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo. 8. ed. Editora JusPodivm: Bahia, 2018, p. 693.

<sup>373</sup> NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2018.

Segundo CAVALCANTE<sup>374</sup>, a desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público transfere para si, compulsoriamente, a propriedade de bem pertencente a terceiro, por razões de utilidade pública, de necessidade pública, ou de interesse social, pagando, por isso, indenização prévia, justa e, como regra, em dinheiro, com o objetivo de compensar os prejuízos suportados em benefício da coletividade.

Ressalta OLIVEIRA<sup>375</sup> que “a retirada da propriedade deve ser necessariamente justificada no atendimento do interesse público (utilidade pública, necessidade pública ou interesse social), sob pena de desvio de finalidade (tredestinação) e antijuridicidade da intervenção [...] a desapropriação depende da observância do devido processo legal, pois, caso contrário, teremos verdadeira desapropriação indireta”.

Trata-se de forma originária de aquisição de propriedade, porque não provém de nenhum título anterior, daí porque o imóvel desapropriado passa ao novo proprietário livre de quaisquer ônus que sobre ele incidissem antes, isto é, resta afastado qualquer gravame eventualmente incidente sobre o imóvel.

A desapropriação é um instituto com respaldo constitucional, cuja previsão se encontra elencada no rol dos direitos fundamentais dispostos no art. 5º da Carta Magna:

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:

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Nessa linha intelectual, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em seu art. 22, II, preceitua que compete privativamente à União legislar sobre desapropriação.

---

374 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Revisão dos Temas Repetitivos do STJ envolvendo juro na desapropriação em virtude da decisão do STF na ADI 2332**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6354461b879d3b121b0c33d5e7e5da4f>>. Acesso em: 17/11/2023

375 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

CARVALHO FILHO<sup>376</sup> ensina que “O procedimento tem seu curso quase sempre em duas fases. A primeira é a administrativa, na qual o Poder Público declara seu interesse na desapropriação e começa a adotar as providências visando à transferência do bem. Às vezes, a desapropriação se esgota nessa fase, havendo acordo com o proprietário. Mas é raro. O normal é prolongar-se pela outra fase, a judicial, consubstanciada através da ação a ser movida pelo Estado contra o proprietário”.

O procedimento de desapropriação, então, possui 2 (duas) fases, a saber, a fase administrativa ou expropriatória e a fase executória. Na primeira fase, o Chefe do Poder Executivo edita o Decreto Expropriatório. A segunda fase, por outro lado, pode ser extrajudicial, se o expropriado concorda com a indenização proposta, ou judicial, hipótese em que o expropriante precisa ajuizar uma Ação de Desapropriação, cujo objeto é apenas e tão somente discutir o *quantum* indenizatório.

Na desapropriação por utilidade pública, o expropriado possui 15 (quinze) dias a contar da notificação para aceitar ou rejeitar a quantia indenizatória oferecida pelo expropriante. O seu silêncio implica em presunção de rejeição, razão pela qual far-se-á necessária a propositura de Ação de Desapropriação. Caso optem pela arbitragem, o expropriado pode escolher a instituição.

O Decreto-Lei n.º 3.365/1941, em seu art. 26, determina que o valor da indenização será calculado com base no preço do imóvel no momento da perícia (avaliação). Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui o entendimento de que a indenização deve ter como base o valor contemporâneo à avaliação ou perícia judicial, não se levando em conta a data da imissão na posse ou mesmo a data da avaliação administrativa<sup>377</sup>:

PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. JUSTA INDENIZAÇÃO. LAUDO PERICIAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. O TRF, após apreciação minuciosa dos fatos, concluiu que o laudo do perito oficial está conforme os ditames legais.

---

<sup>376</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito. 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018

<sup>377</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Valor da indenização**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d81f9c1be2e08964bf9f24b15f0e4900>>  
. Acesso em: 18/11/2023

2. No ordenamento jurídico pátrio, o magistrado é livre para apreciar motivadamente as provas produzidas no processo, dando-lhes o valor que bem entender. No sistema de valoração de provas adotado pelo CPC, não há procedência de um tipo de prova sobre outro, como na idade média, período no qual as provas possuíam valores pré-estabelecidos.

3. Por isso, não procede a irresignação do recorrente quanto ao pronunciamento do magistrado singular, porque ele apreciou adequadamente todas as provas colacionadas aos autos e concluiu fundamentadamente sua decisão.

4. O valor da indenização deve ser contemporâneo à avaliação, tendo como base o laudo adotado pelo juiz para a fixação do justo preço, pouco importando a data da imissão na posse ou mesmo a da avaliação administrativa. Resp 1.314.758/CE, Relator Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24/10/2013) e AgRg no Resp 1.395.872/CE, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/10/2013).

5. É pacífica a jurisprudência que admite a incidência de juros compensatórios em matéria de desapropriação para fins de reforma agrária, mesmo com relação aos TDAs, operando-se sobre estes a correção monetária.

6. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.459.124/CE, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/9/2014, DJe de 10/10/2014.)

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI 2332/DF, decidiu que o índice de juros compensatórios da desapropriação direta ou indireta é de 12% (doze por cento) até 1997 e de 6% (seis por cento) a partir de então; somente são devidos juros compensatórios em relação aos imóveis improdutivos até 1999; não são devidos juros compensatórios se o imóvel for impassível de exploração econômica; e, até 2000, os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contavam-se do trânsito em julgado da ação desapropriatória. Vejamos:

EMENTA: Administrativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Regime Jurídico dos Juros Compensatórios e dos Honorários Advocatícios na Desapropriação. Procedência Parcial. 1. A

jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o controle judicial dos pressupostos constitucionais para a edição das medidas provisórias tem caráter excepcional, justificando-se apenas quando restar evidente a inexistência de relevância e urgência ou a caracterização de abuso de poder do Presidente da República, o que não ocorre no presente caso. 2. É constitucional o percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para a remuneração do proprietário pela imissão provisória do ente público na posse do seu bem, na medida em que consiste em ponderação legislativa proporcional entre o direito constitucional do proprietário à justa indenização (art. 5º, XXIV, CF/88) e os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade (art. 37, caput, CF/88). 3. Declaração da inconstitucionalidade do termo “até” e interpretação conforme a Constituição do caput do art. 15-A, de maneira a incidir juros compensatórios sobre a diferença entre 80% do preço ofertado pelo ente público e o valor fixado na sentença. 4. Constitucionalidade dos §§ 1º, 2º e 4º, do art. 15-A, do Decreto-lei nº 3.365/1941, ao determinarem a não incidência dos juros compensatórios nas hipóteses em que (i) não haja comprovação de efetiva perda de renda pelo proprietário com a imissão provisória na posse (§ 1º), (ii) o imóvel tenha “graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero” (§ 2º), e (iii) sobre o período anterior “à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação”. Voto reajustado para expressar o entendimento da maioria. 5. É constitucional a estipulação de parâmetros mínimo e máximo para a concessão de honorários advocatícios, previstos no § 1º, do art. 27, do Decreto-lei nº 3.365/1941. 6. Declaração da inconstitucionalidade da expressão “não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)” por inobservância ao princípio da proporcionalidade e por possibilitar violação reflexa ao justo preço na indenização do expropriado (art. 5º, XXIV, CF/88). 7. Ação direta julgada parcialmente procedente. Fixação das seguintes teses: “(i) É constitucional o percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para a remuneração pela imissão provisória na posse de bem objeto de desapropriação; (ii) A base de cálculo dos juros compensatórios em desapropriações corresponde à diferença entre 80% do preço ofertado pelo ente público e o valor fixado na sentença; (iii) São constitucionais as normas que condicionam a

incidência de juros compensatórios à produtividade da propriedade;  
(iv) É constitucional a estipulação de parâmetros mínimo e máximo para a concessão de honorários advocatícios em desapropriações, sendo, contudo, vedada a fixação de um valor nominal máximo de honorários”.

#### TESE

I - É constitucional o percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para a remuneração pela imissão provisória na posse de bem objeto de desapropriação;

II - A base de cálculo dos juros compensatórios em desapropriações corresponde à diferença entre 80% do preço ofertado pelo ente público e o valor fixado na sentença;

III - São constitucionais as normas que condicionam a incidência de juros compensatórios à produtividade da propriedade;

IV - É constitucional a estipulação de parâmetros mínimo e máximo para a concessão de honorários advocatícios em desapropriações, sendo, contudo, vedada a fixação de um valor nominal máximo de honorários.

(ADI 2332, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17-05-2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 15-04-2019 PUBLIC 16-04-2019)

De acordo com o Decreto-Lei n.º 3.365/1941, a desapropriação pode abranger área contígua necessária ao desenvolvimento da obra e zona que se valorize extraordinariamente em razão do serviço. A declaração de utilidade pública deve abrangê-las e identificá-las. As zonas supervalorizadas se destinam à revenda e, em caso de urbanização ou de parcelamento, a receita da revenda pode compor a remuneração do agente executor.

A desapropriação por zona ou extensiva, nas palavras de NETO e TORRES<sup>378</sup>, “é aquela que abrange área contígua, necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente em decorrência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las,

---

378 NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo. 8. ed. Editora JusPodivm: Bahia, 2018, p. 714.



mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda”.

A delimitação da área objeto da expropriação é fundamental, tanto que o Superior Tribunal de Justiça entende que há violação aos limites das matérias que podem ser discutidas em ação de desapropriação direta quando se admite o debate – e até mesmo indenização – de área diferente da verdadeiramente expropriada, ainda que vizinha (STJ. 1ª Turma. REsp 1.577.047-MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 10/05/2022)<sup>379</sup>.

O prazo do Decreto Expropriatório é de 5 (cinco) anos, caso a fundamentação seja utilidade pública (Decreto-Lei n.º 3.365/1941), e de 2 (dois) anos, caso seja interesse social (Lei n.º 4.132/1962) e caso seja para fins de reforma agrária (Lei n.º 8.629/1993 e Lei Complementar n.º 76/1993). Superado esse prazo, configurada está a chamada caducidade, situação na qual o expropriante necessitará aguardar 1 (um) ano para editar novo Decreto Expropriatório. Em outras palavras, a caducidade da declaração de utilidade pública se refere à perda da validade dessa declaração, em razão de não ter o Poder Público, em determinado lapso de tempo, promovido atos concretamente destinados a efetivar a desapropriação<sup>380</sup>.

Fala-se em desapropriação indireta ou apossamento administrativo quando o Poder Público realiza uma desapropriação de fato, não observando o procedimento legal. Quanto ao tema, valiosos os ensinamentos de CAVALCANTE<sup>381</sup>:

A desapropriação indireta ocorre quando o Estado (Poder Público) se apropria do bem de um particular sem observar as formalidades previstas em lei para a desapropriação, dentre as quais a declaração indicativa de seu interesse e a indenização prévia. Trata-se de um

---

379 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Há violação aos limites das matérias que podem ser discutidas em ação de desapropriação direta quando se admite o debate - e até mesmo indenização - de área diferente da verdadeiramente expropriada, ainda que vizinha. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/04600eed1bd16e8fe259baa0a436ed02>>. Acesso em: 18/11/2023

380 NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo. 8. ed. Editora JusPodivm: Bahia, 2018, p. 715.

381 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O prazo prescricional, no caso de ação de desapropriação indireta, é, em regra, de 10 anos; excepcionalmente, será de 15 anos caso de comprove que não foram feitas obras ou serviços públicos no local. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d863d5ec458b0dc3b46cba96d9d49ac3>>. Acesso em: 18/11/2023

verdadeiro esbulho possessório praticado pelo Poder Público. A desapropriação indireta é também chamada de apossamento administrativo.

Se o bem expropriado ainda não está sendo utilizado em nenhuma finalidade pública: pode ser proposta uma ação possessória com o objetivo de que a pessoa mantenha ou retome a posse do bem. Se o bem expropriado já está afetado a uma finalidade pública: considera-se que houve fato consumado e somente restará ao particular ajuizar uma "ação de desapropriação indireta" a fim de ser indenizado.

A ação de desapropriação indireta é uma ação de indenização proposta contra o Poder Público pelo fato de ele ter se apossado do bem pertencente a particular sem cumprir as formalidades legais previstas para os casos de desapropriação. Trata-se, portanto, de uma ação condenatória objetivando a indenização por perdas e danos. Também é chamada de "ação expropriatória indireta" ou "ação de ressarcimento de danos causados por apossamento administrativo".

Nesses casos, em regra e sob a égide do Código Civil vigente, o expropriado possui o prazo de 10 (dez) anos para ajuizar ação indenizatória. Para o Superior Tribunal de Justiça, a ação de desapropriação indireta possui natureza real e, diante da inexistência de prazo legal específico, deve ser aplicado por analogia, o prazo decenal da usucapião extraordinária.

Como é cediço, a usucapião extraordinária tem o prazo de 15 (quinze) anos, redutível para 10 (dez) anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

A *contrario sensu*, aplicando tal raciocínio à desapropriação, como esperado que o Estado realize obras no local ou, ao menos, dê ao imóvel alguma utilidade pública ou de interesse social, caso não o faça, o Superior Tribunal de Justiça entende que o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de desapropriação indireta é majorado para 15 (quinze) anos. Vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 1.036 E SEQUENTES DO CPC/2015 E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA. REALIZAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE CARÁTER PRODUTIVO. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO

PRAZO DE 10 ANOS PREVISTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1.238 DO CC/2002. REDUÇÃO DO PRAZO. REGRA DE TRANSIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 2.028 DO CC/2002.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de origem que manteve a sentença que reconheceu a prescrição decenal da pretensão indenizatória por desapropriação indireta, ajuizada contra o Departamento Estadual de Infraestrutura de Santa Catarina (Deinfra), em virtude da implantação de rodovia sobre parte de seu imóvel, com base no prazo decenal previsto no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil. RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015 E DA RESOLUÇÃO STJ 8/2008 2. Admitida a afetação com a seguinte delimitação da tese controvertida: "Definição do prazo prescricional aplicável à desapropriação indireta na hipótese em que o Poder Público tenha realizado obras no local ou atribuído natureza de utilidade pública ou de interesse social ao imóvel, se de 15 anos, previsto no caput do art. 1.238 do CC, ou de 10 anos, nos termos do parágrafo único". PANORAMA GERAL DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ 3. A Corte Especial, em Embargos de Divergência, pacificou a presente questão, adotando a prescrição decenal, entendimento esse a ser seguido no Superior Tribunal de Justiça: "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, 'considerando que a desapropriação indireta pressupõe a realização de obras pelo Poder Público ou sua destinação em função da utilidade pública/interesse social, com base no atual Código Civil, o prazo prescricional aplicável às expropriatórias indiretas passou a ser de 10 (dez anos)', observada a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil de 2002"(AgInt nos EAREsp 815.431/RS, Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 27/10/2017).

4. Da mesma sorte, a Primeira Seção, recentemente, definiu, em caso idêntico, no mesmo sentido que o presente Voto (EREsp 1.575.846/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 30/9/2019).

5. No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.712.697/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/6/2018; AgInt no AREsp 1.100.607/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe

30/6/2017; AgInt no REsp 1.508.606/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 7/8/2017; REsp 1.449.916/PB, Primeira Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe 19/4/2017; REsp 1.300.442/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/6/2013; REsp 1.654.965/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/4/2017; REsp 944.351/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 15/4/2013; AgRg no REsp 1.514.179/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 2/2/2016; AgRg no AREsp 815.431/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 11/2/2016; AgRg no REsp 1.568.828/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18/2/2016; REsp 1.386.164/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 3/10/2013; AgRg no REsp 1.536.890/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 18/11/2015; REsp 1.699.652/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 6/3/2018; REsp 1.185.335/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 3/4/2018; AgInt no AREsp 973.683/RS, Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 28/8/2017; AREsp 1.074.604, Ministro Mauro Campbell Marques, DJ 11/4/2017; AREsp 855.977, Ministro Mauro Campbell Marques; DJ 15/3/2016; RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO 6. Especificamente na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou no voto condutor que a prescrição está configurada porque iniciado o prazo em 12/1/2003, data de entrada em vigor do CC, o prazo decenal se finalizou em 12/1/2013, e o ajuizamento da ação ocorreu em 6/5/2013 (fls. 199), quando nitidamente já escoado o prazo prescricional de 10 anos. Dessa feita, não merece reforma o acórdão hostilizado. TESE REPETITIVA 7. Para fins do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese no julgamento deste recurso repetitivo: "O prazo prescricional aplicável à desapropriação indireta, na hipótese em que o Poder Público tenha realizado obras no local ou atribuído natureza de utilidade pública ou de interesse social ao imóvel, é de 10 anos, conforme parágrafo único do art. 1.238 do CC". CONCLUSÃO 8. Recurso Especial não provido, sob o regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e da Resolução 8/2008 do STJ.(REsp n. 1.757.352/SC, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 12/2/2020, DJe de 7/5/2020.)

Ainda acerca da desapropriação indireta, em 2019, o Superior Tribunal de Justiça apreciou interessante tema, decidindo que não há desapropriação indireta quando o Estado se limita a realizar serviços públicos de infraestrutura em gleba cuja invasão por

particulares apresenta situação consolidada e irreversível<sup>382</sup>. Prevelem, então, que a situação mais se aproxima da chamada desapropriação judicial prevista no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil<sup>383</sup>:

ADMINISTRATIVO. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ESBULHO POSSESSÓRIO PRATICADO POR TERCEIROS. INVIABILIDADE DE IMPUTAÇÃO AO ESTADO. INEXISTÊNCIA DE INCORPORAÇÃO AO PATRIMÔNIO ESTADUAL.

1. Não se imputa ao Poder Público a responsabilidade integral por alegada desapropriação indireta quando, em gleba cuja ocupação por terceiros apresenta situação consolidada e irreversível, limita-se a realizar serviços públicos de infraestrutura, sem que tenha concorrido para o esbulho ocasionado exclusivamente por particulares.

2. Assim, na medida em que o Poder Público não pratica o ato ilícito denominado "apossamento administrativo" nem, portanto, toma a propriedade do bem para si, não deve responder pela perda da propriedade em desfavor do particular, ainda que realize obras e serviços públicos essenciais para a comunidade instalada no local.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.770.001/AM, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5/11/2019, DJe de 7/11/2019.)

---

<sup>382</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Não configura desapropriação indireta quando o Estado se limita a realizar serviços públicos de infraestrutura em gleba cuja invasão por particulares apresenta situação consolidada e irreversível. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d339a8932df05de23ae3d9e29df4b25f>>. Acesso em: 18/11/2023

<sup>383</sup> Art. 1.228. *Omissis*. § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

A União pode desapropriar bens dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como os Estados podem desapropriar bens dos seus Municípios, desde que promulgada lei autorizativa, em ambos os casos.

Por outro lado, os Estados e o Distrito Federal não podem desapropriar bens da União e os Municípios não podem desapropriar bens dos Estados e da União, salvo prévia autorização por Decreto do Presidente da República.

A desapropriação pode ser dividida em comum ou ordinária e especial ou extraordinária.

No primeiro caso, a desapropriação pode se fundamentar tanto na necessidade ou utilidade pública, quanto no interesse social, e pode ser realizada por todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

No segundo caso, a desapropriação tem como escopo a violação ao princípio constitucional da função social da propriedade, de modo que se fundamenta no interesse social. Além disso, as subespécies da desapropriação especial ou extraordinária não podem ser realizadas por todos os entes federados: somente os Municípios podem realizar a desapropriação urbanística e apenas a União pode realizar a desapropriação rural e a desapropriação sanção.

Vejamos as características de cada modalidade de desapropriação.

## **2. DESAPROPRIAÇÃO COMUM OU ORDINÁRIA**

A desapropriação comum ou ordinária pode ter como fundamento a utilidade pública, a necessidade pública ou o interesse social. A indenização na desapropriação comum ou ordinária deve ser justa, prévia e em dinheiro.

Segundo NETO e TORRES<sup>384</sup>, "a desapropriação comum por necessidade ou utilidade pública (CF, art. 5º, inciso XXIV) [...] está regulada pelo Decreto-Lei n.º 3.365/1941, que igualou os conceitos de necessidade e utilidade pública (unindo suas hipóteses sob o conceito de utilidade pública)". Grosso modo, necessidade pública seria uma situação emergencial, ao passo em que utilidade pública se relaciona a uma vantagem de interesse coletivo, ausente qualquer urgência.

A desapropriação por interesse social é regulada pela Lei n.º 4.132/1962 e "possui caráter eminentemente sancionatório, representando uma punição ao proprietário de

---

<sup>384</sup> NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo. 8. ed. Editora JusPodivm: Bahia, 2018, p. 709.

imóvel que descumpra a função social da propriedade. Assim, os casos de interesse social estão exclusivamente relacionados com bens imóveis. São fundadas no interesse social as desapropriações para política urbana (art. 182, § 4º, III, da CF) e para reforma agrária (art. 184 da CF), sendo que, nesses dois casos, a indenização não é paga em dinheiro, mas em títulos públicos. Importante destacar também que os bens desapropriados por interesse social não são destinados à Administração Pública, mas, sim, à coletividade ou a determinados destinatários legalmente definidos”<sup>385</sup>.

Leciona OLIVEIRA<sup>386</sup> que a “desapropriação ordinária pode ser utilizada por todos os Entes federados, ainda que a propriedade atenda a sua função social, pois não há, aqui, sanção ao particular, mas, sim, necessidade de atender o interesse público. Por essa razão, é imprescindível a indenização prévia, justa e em dinheiro. As duas principais características da desapropriação ordinária são: a) competência: todos os Entes federados podem desapropriar por meio dessa modalidade; e b) indenização: sempre será devida a indenização prévia, justa e em dinheiro”.

### **3. DESAPROPRIAÇÃO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIA**

A desapropriação especial ou extraordinária, por outro lado, possui um denominador comum: a não observância da função social da propriedade.

Trata-se, portanto, de medida com caráter sancionatório, fundamentado no interesse social, e que se divide em 3 (três) espécies: desapropriação urbanística; desapropriação rural; e desapropriação sanção.

#### **3.1 DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA**

No capítulo da Política Urbana, notadamente no art. 182 da CRFB, o constituinte previu que as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro, bem como as demais características da chamada desapropriação urbanística.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei,

---

<sup>385</sup> NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2018.

<sup>386</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

A desapropriação urbanística também está prevista no Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001) e apenas pode ser realizada pelos Municípios:

Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações



anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

§ 2º O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

§ 3º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

§ 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

§ 5º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

§ 6º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei.

Nesse contexto, OLIVEIRA<sup>387</sup> esclarece que “Além da Lei federal (Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade), exige-se a promulgação de “lei específica para área incluída no plano diretor” que determinará o parcelamento, a edificação ou a utilização do bem, devendo fixar as condições e os prazos para implementação desta obrigação (art. 5.º do Estatuto da Cidade). Apenas os Municípios que possuem plano diretor podem se valer dessa modalidade de desapropriação (art. 41, III, do Estatuto da Cidade). A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da

---

<sup>387</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

cidade expressas no plano diretor, aprovado por lei municipal (art. 39 do Estatuto da Cidade)”.

NETO e TORRES<sup>388</sup> ensinam que:

Em primeiro lugar, será necessária a exigência, mediante lei específica (municipal) para área incluída no plano diretor, do adequado aproveitamento do solo urbano. Caso tal reivindicação não seja atendida, é possível, sucessivamente, as seguintes sanções:

Parcelamento ou edificação compulsórios. O Poder Público deve notificar o proprietário e respeitar prazos mínimos para o protocolo do projeto (01 ano, após a notificação) e para o início das obras (02 anos, após a aprovação do projeto).

Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo. O valor da alíquota será progressivo por até cinco anos, não podendo exceder a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

Desapropriação-sanção, com pagamento mediante títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

De acordo com a referida a lei, o Município pode aumentar o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) progressivamente por até 5 (cinco) anos, tendo como alíquota máxima 15% (quinze por cento), vedada concessão de isenção e/ou anistia. Após o referido período, o Município pode manter indefinidamente a alíquota máxima ou, facultativamente, promover a desapropriação urbanística.

Nesse caso, a indenização será em títulos da dívida pública, com aprovação do Senado Federal, e seu prazo de resgate será de 10 (dez) anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

### **3.2 DESAPROPRIAÇÃO RURAL**

---

<sup>388</sup> NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo. 8. ed. Editora JusPodivm: Bahia, 2018, p. 693.

No capítulo da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária<sup>389</sup>, notadamente no art. 184 da CRFB, o constituinte versou acerca da desapropriação rural:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

legislação de regência da desapropriação rural consiste na Lei n.º 8.629/1993, que regulamenta os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária; e na Lei Complementar n.º 76/1993, que dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária. Registre-se que a Lei n.º 4.132/1962, que define os casos de

---

<sup>389</sup> A Reforma Agrária é regulamentada pela Lei n.º 8.629/1993. Acerca do tema, registre-se que são constitucionais os arts. 6º e 9º da Lei nº 8.629/93, que exigem a presença simultânea do caráter produtivo da propriedade e da função social como requisitos para que determinada propriedade seja insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária. (STF. Plenário. ADI 3.865/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 04/09/2023).

desapropriação por interesse social, está relacionada à desapropriação ordinária ou comum.

A desapropriação rural está relacionada aos imóveis rurais sem função social, tendo como objetivo a realização da conhecida Reforma Agrária, daí porque somente pode ser realizado pela União.

O próprio texto constitucional limita o âmbito de atuação estatal no que diz respeito à desapropriação, afastando a pequena e média propriedade rural e a propriedade produtiva:

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Instado a se manifestar acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do REsp 1591298-RJ, decidiu que a pequena propriedade rural é impenhorável, nos termos do art. 5º, XXVI, da CRFB e do art. 833, VIII, do Código de Processo Civil, mesmo que a dívida executada não seja oriunda da atividade produtiva do imóvel; e mesmo que o imóvel não sirva de moradia ao executado e à sua família. Concluiu, então, que para que o imóvel

rural seja impenhorável, é necessário que cumpra apenas dois requisitos cumulativos: 1) ser enquadrado como pequena propriedade rural, nos termos definidos pela lei; e 2) ser trabalhado pela família<sup>390</sup>.

De acordo com CAVALCANTE<sup>391</sup>:

O próprio texto constitucional exige, de forma inequívoca, o cumprimento da função social da propriedade produtiva como requisito simultâneo para a sua inexpropriabilidade.

Com efeito, o art. 184 da Constituição Federal autoriza a desapropriação por interesse social do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social. Por sua vez, o art. 185 veda a desapropriação de propriedades produtivas e remete à lei a fixação de normas para o cumprimento dos requisitos relativos à função social.

Desse modo, conclui-se que a própria Constituição exige o cumprimento da função social como condição para que a propriedade produtiva não possa ser desapropriada e delega à legislação infraconstitucional a definição do sentido e do alcance do conceito de produtividade, para que esse critério seja considerado.

Além disso, ao definir que a lei fixará normas para o cumprimento da função social (art. 185, parágrafo único), a Constituição define o alcance da garantia prevista para a propriedade produtiva e alberga cláusula semanticamente plural.

Assim, entre as possibilidades abertas, a opção do legislador por uma interpretação que congregue as garantias constitucionais da propriedade produtiva com a funcionalização social exigida de todas

---

<sup>390</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Requisitos para a impenhorabilidade da pequena propriedade rurala. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/007ff380ee5ac49ffc34442f5c2a2b86>>. Acesso em: 18/11/2023

<sup>391</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O cumprimento da função social é requisito para que um imóvel produtivo não possa ser desapropriado para fins de reforma agrária. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5407aabf833278d35792a23092982caa>>. Acesso em: 18/11/2023

as propriedades é plenamente válida, dada a plurissignificação do texto constitucional.

Pelas particularidades a ela inerentes, é a única modalidade de desapropriação na qual a intervenção do Ministério Público Federal é obrigatória.

Se o imóvel a ser desapropriado for invadido antes ou durante a vistoria realizada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), fica proibida a sua desapropriação pelo prazo de 2 (dois) anos. Entretanto, caso a invasão ocorra após a vistoria, o Supremo Tribunal Federal entende ser possível a desapropriação.

A indenização deve ser justa, prévia e ocorrerá por meio de títulos da dívida agrária, no prazo de 20 (vinte) anos de resgate, a partir do segundo ano de emissão. Note-se, contudo, que as benfeitorias necessárias e úteis devem ser indenizadas em dinheiro, observada a regra constitucional do precatório.

### **3.3 DESAPROPRIAÇÃO SANÇÃO**

A desapropriação sanção possui assento constitucional, encontrando-se prevista no art. 243 da CRFB:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Há desapropriação sanção nos casos de constatação de plantas psicotrópicas e/ou de trabalho escravo no imóvel expropriando. Para o Superior Tribunal de Justiça, trata-se de efeito automático da sentença e, para o Supremo Tribunal Federal, a expropriação recairá sobre a integralidade do bem imóvel mesmo que o cultivo ilegal ou a utilização de trabalho escravo tenham ocorrido somente em uma fração de sua área (STF. Plenário. RE 543974, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 26/03/2009).

Assim como a desapropriação rural, a desapropriação urbana somente pode ser realizada pela União. Se o imóvel for rural, será destinado à Reforma Agrária, e, se urbano, a projetos de habitação popular.

Evidentemente, pela natureza da desapropriação, não há que se falar em indenização. Segundo com CAVALCANTE<sup>392</sup>:

Parte da doutrina denomina este art. 243 de "desapropriação confiscatória" em virtude de não conferir ao proprietário direito à indenização, como ocorre com as demais espécies de desapropriação (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1044). Outros autores preferem falar em "confisco" (MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 2135). O STF também reafirmou que se trata de confisco. Veja o que disse o Ministro Gilmar Mendes: "O instituto previsto no art. 243 da CF não é verdadeira espécie de desapropriação, mas uma penalidade imposta ao proprietário que praticou a atividade ilícita de cultivar plantas psicotrópicas, sem autorização prévia do órgão sanitário do Ministério da Saúde. Portanto, a expropriação é espécie de confisco constitucional e tem caráter sancionatório."

Certo é que, por se tratar de medida sancionatória, devem ser observadas os direitos constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, notadamente as disposições contidas na Lei n.º 8.257/1991 e no Decreto n.º 577/1992.

Prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 635336/PE, que a expropriação prevista no art. 243 da Constituição Federal pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que *in vigilando* ou *in eligendo*. Isso significa que a aplicação da sanção não depende da participação direta do proprietário, sendo suficiente a configuração de sua culpa, seja na falta de fiscalização do imóvel, seja na má escolha de a quem confiou a área, afinal, na qualidade de titular do domínio, possui o dever de zelar pelo uso lícito do seu imóvel, ainda que não esteja na posse direta.

---

392 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Possibilidade de o proprietário afastar a sanção do art. 243 da CF/88 se provar que não teve culpa. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a75a52f7209c01df2598a77ebc4de539>>. Acesso em: 18/11/2023

Por óbvio, é facultado ao proprietário comprovar que não seria possível evitar a prática da conduta ilícita, é dizer, que no caso concreto não foi constatada a existência de culpa de sua parte, sendo seu o ônus probatório.

Para melhor elucidar a questão, vejamos o acórdão do mencionado julgamento em sua inteireza:

Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Administrativo. Cultivo ilegal de plantas psicotrópicas. Expropriação. Art. 243 da CF/88. Regime de responsabilidade. 3. Emenda Constitucional 81/2014. Inexistência de mudança substancial na responsabilidade do proprietário. 4. Expropriação de caráter sancionatório. Confisco constitucional. Responsabilidade subjetiva, com inversão de ônus da prova. 5. Fixada a tese: "A expropriação prevista no art. 243 da CF pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que in vigilando ou in eligendo". 6. Responsabilidade subjetiva dos proprietários assentada pelo Tribunal Regional. 7. Negado provimento ao recurso extraordinário.(RE 635336, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14-12-2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-209 DIVULG 14-09-2017 PUBLIC 15-09-2017)

## CONCLUSÃO

O presente artigo teve como principal finalidade analisar semelhanças e diferenças entre as modalidades de desapropriação, bem como os posicionamentos prevalentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente no que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Constata-se que, em linhas gerais, que o Constituinte assegurou a propriedade privada como direito fundamental, classificado doutrinariamente como de primeira dimensão, de modo que qualquer intervenção do Estado na propriedade privada deve sempre ser aplicada em estrita observância à legalidade.

Por fim, conclui-se que a regularidade do procedimento desapropriatório depende da observância dos requisitos positivos e negativos insculpido tanto no texto constitucional, quanto na legislação de regência, a exemplo do Decreto-Lei n.º 3.365/1941, da Lei n.º 4.132/1962; da Lei n.º 8.629/1993 e da Lei Complementar n.º 76/1993, sob pena de violação à propriedade privada, direito tão caro numa democracia, bem como sob pena de violação da autonomia e independência dos entes federativos, nas hipóteses de desapropriação de imóvel público.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito administrativo. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018

BORGES, Cyonil. Manual de Direito administrativo facilitado. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

CAMPOS, Ana Cláudia. Direito Administrativo Facilitado. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2019

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 5. ed. rev. ampl. e atual. -Salvador: JusPodivm, 2018

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Revisão dos Temas Repetitivos do STJ envolvendo juros na desapropriação em virtude da decisão do STF na ADI 2332. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6354461b879d3b121b0c33d5e7e5da4f>>. Acesso em: 17/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Valor da indenização. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d81f9c1be2e08964bf9f24b15f0e4900>>. Acesso em: 18/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Há violação aos limites das matérias que podem ser discutidas em ação de desapropriação direta quando se admite o debate - e até mesmo indenização - de área diferente da verdadeiramente expropriada, ainda que vizinha. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/04600eed1bd16e8fe259baa0a436ed02>>. Acesso em: 18/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O prazo prescricional, no caso de ação de desapropriação indireta, é, em regra, de 10 anos; excepcionalmente, será de 15 anos caso de comprove que não foram feitas obras ou serviços públicos no local. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d863d5ec458b0dc3b46cba96d9d49ac3>>. Acesso em: 18/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Não configura desapropriação indireta quando o Estado se limita a realizar serviços públicos de infraestrutura em gleba cuja invasão por particulares apresenta situação consolidada e irreversível. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d339a8932df05de23ae3d9e29df4b25f>>. Acesso em: 18/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Requisitos para a impenhorabilidade da pequena propriedade rural. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/007ff380ee5ac49ffc34442f5c2a2b86>>. Acesso em: 18/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O cumprimento da função social é requisito para que um imóvel produtivo não possa ser desapropriado para fins de reforma agrária. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5407aabf833278d35792a23092982caa>>. Acesso em: 18/11/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Possibilidade de o proprietário afastar a sanção do art. 243 da CF/88 se provar que não teve culpa. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a75a52f7209c01df2598a77ebc4de539>>. Acesso em: 18/11/2023

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020

MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018

NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2019

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018

ROSSI, Licínia. Manual de direito administrativo. 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020

SPITZCOVSKY, Celso. Direito administrativo esquematizado. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019

## PSICOPATIA E IMPUTABILIDADE PENAL: UM ENFOQUE JURÍDICO-CRIMINAL À LUZ DO ORDENAMENTO BRASILEIRO

**SABRINA PEREIRA DE LIMA:**  
graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário UNA<sup>393</sup>

CRISTIAN KIEFER DA SILVA

(orientador)

**Resumo:** O presente artigo tem como finalidade do ponto de vista jurídico, abordar e debater acerca do diagnóstico de psicopatia perante o ordenamento brasileiro, uma vez que para o direito penal um psicopata não é portador de doença mental, visto que a psicopatia, para o ordenamento jurídico brasileiro, não configura como doença e sim condição. A pesquisa foi baseada no estudo de livros, artigos científicos pertinentes ao meio, jurisprudências, na doutrina e nos Códigos Penal e Processual Penal Brasileiro. O debate acerca do assunto visa a definição de doença mental para a psicopatia, bem como sentença e pena corretamente aplicadas aos portadores da doença.

**Palavras chave:** Psicopatia, psicopata, imputabilidade penal, inimputabilidade penal, transtorno mental, direito penal.

**Abstract:** The purpose of this article, from a legal point of view, is to address and discuss the diagnosis of psychopathy under the Brazilian legal system, since for criminal law a psychopath is not a carrier of mental illness, since psychopathy, for the legal system Brazilian, does not configure as a disease but a condition. The research was based on the study of books, scientific articles relevant to the field, jurisprudence, doctrine and the Brazilian Penal and Criminal Procedure Codes. The debate on the subject aims at the definition of mental illness for psychopathy, as well as the sentence and penalty correctly applied to those with the disease.

**Keywords:** Psychopathy, psychopath, criminal imputability, criminal unimputability, mental disorder, criminal law.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. O QUE É A PSICOPATIA; 2.1. A PSICOPATIA SEGUNDO O DIREITO PENAL BRASILEIRO; 3. IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO; 4. A DEVIDA PENA DO PSICOPATA SEGUNDO O DIREITO PENAL BRASILEIRO; 5. RESOLUÇÃO CNJ nº 487 DE 15 DE FEVEREIRO DE 2023; 6. CONCLUSÃO.

---

393 E-mail: [sabrina.plima33@gmail.com](mailto:sabrina.plima33@gmail.com)

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo irá debater sobre a inimputabilidade dos indivíduos portadores do Transtorno de Psicopatia ou Transtorno de personalidade antissocial, outrora conhecido também como "Psicopata", sofre de distúrbio psíquico, o que consiste em variações de humor, comportamento e raciocínio.

Tendo em vista que tal condição pode ser tratada como uma doença mental, o qual torna o agente incapaz de responder pelos seus atos, bem como, diante do seu comportamento antissocial, possuírem dificuldade de inibir ações prejudiciais às pessoas.

O agente portador diagnosticado com tal transtorno mental, é, perante o ordenamento jurídico brasileiro, considerado um agente imputável, assim, podendo este ser totalmente capaz de responder pelos atos praticados, condição esta a ser debatida no presente artigo.

O enfoque jurídico acerca do assunto dar-se-á pela competência do agente que pratica crimes. É comprovado que pessoas com traços de psicopatia possuem disfunções e uma capacidade mental incompleta, uma vez que o fato gerador da psicopatia é gerado através de um trauma, já que é comprovado que nenhum ser humano nasce com a condição, e sim a desenvolve na infância ou adolescência.

Outrora, mesmo que confirmada a condição e o motivo do surgimento da condição, ainda sim o agente é imputável, uma vez que o termo psicopatia é um termo não muito aprofundado com condições concretas, o que torna prevalecido a definição de "falta de remorso e mentiroso". Tais termos torna o agente um ser indesejável e manipulador, o que torna o crime praticado algo que ocorreu apenas para a satisfação de um desejo sombrio.

Entre os psicopatas, existem os indivíduos que possuem um grau de periculosidade, já outros, são inofensivos, e tem uma vida normal. O que apenas comprova que o crime ocorreu em decorrência de um momento de instabilidade mental, o que configura como um agente inimputável, uma vez que não possui total responsabilidade pelo ato cometido.

O presente artigo científico é um estudo sobre a inimputabilidade do agente diagnosticado com Transtorno de Psicopatia ou Transtorno de personalidade antissocial perante o Código Penal Brasileiro, tendo como base o estudo de livros e artigos científicos pertinentes ao meio.

### 3.0 QUE É A PSICOPATIA

A Psicopatia é um transtorno mental que torna o indivíduo incapaz de sentir remorso ou culpa pelos atos praticados, tornando este indivíduo impulsivo, bem como o faz manter uma relação de dominância e controle sob uma situação ou outro indivíduo. Em outras palavras, torna o sujeito manipulador.

Segundo Ana Beatriz Barbosa Silva, psiquiatra, palestrante e escritora brasileira

*Os psicopatas em geral são indivíduos frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados, mentirosos, sedutores e que visam apenas o próprio benefício. Eles são incapazes de estabelecer vínculos afetivos ou se colocar no lugar do outro. São desprovidos de culpa ou remorso. [1]*

Robert Hare, psicólogo, especialista em psicologia criminal e psicopatia, descreve que o psicopata pode ser um indivíduo que possui ausência de remorso ou culpa, é impulsivo, tem fraco controle do comportamento, falta de responsabilidade, problemas comportamentais precoces, entre outros. [2]

Com base nisso, um psicopata não demonstra ser responsável pelos atos, tendo em vista que alguns deles relatam que cometem crime para saciar algum desejo momentâneo, como bem visto no caso ocorrido em 1997 na cidade de Kobe, no Japão, onde um jovem de 14 anos, à época conhecido como Sakakibara Seito, que posteriormente veio a ter seu nome real revelado como sendo Shinichiro Azuma, um psicopata adolescente que vitimava outros jovens, até os que eram portadores de necessidades especiais, este que ele os chamava de “vegetais”.

Certa feita, em maio de 1997, Jun Hase, um jovem de 11 anos de idade que desapareceu em frente a escola onde estudava, tendo sido atraído por Sakakibara Seito para um morro cercado de árvores, momento onde foi estrangulado até a morte e teve sua cabeça arrancada por uma serra, e em seguida tendo-a levado para sua casa em uma sacola para um “ritual de purificação”, e dias após o seu desaparecimento, sua cabeça foi encontrada pendurada na porta da escola onde estudava com um bilhete dentro de sua boca escrito com tinta vermelha e preta com os seguintes dizeres, *“isto é só o começo... Detenham-me se puderem... Desejo desesperadamente ver pessoas morrendo. Matar é uma excitação para mim. É necessário um julgamento sangrento para os meus anos de grande amargura.”* [3]

O Transtorno de Psicopatia ou Transtorno de personalidade antissocial pode estar associado com disfunção cerebral, biológica ou traumas neurológicos, predisposição

genética e traumas ocorridos na infância, como negligência paterna, abusos físicos, mentais ou até mesmo sexuais, violência e agressão, etc.

Segundo Nucci, a “doença mental é um quadro de alterações psíquicas qualitativas, como a esquizofrenia, as doenças afetivas [...] e outras psicoses [...] abrangendo as doenças de origem patológica e de origem toxicológica”. [4]

Silva ainda evidencia também que os psicopatas “são absolutamente deficitários, pobres, ausentes de afeto e de profundidade emocional” e que eles “entendem a letra de uma canção, mas são incapazes de compreender a melodia”. [5]

### **3.1. PSICOPATIA SEGUNDO O DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Conforme exposto, a psicopatia não é considerada uma doença mental para o ordenamento brasileiro, mesmo existindo fatos concretos estudados por especialistas, que expõem condições do psicopata que não condizem com um indivíduo sadio.

Para o direito penal, o indivíduo portador da psicopatia possui discernimento para responder pela pena em sua totalidade, sem enquadrar o disposto no citado artigo 26 do CP.

Contudo, estudos mostram que o portador de tal enfermidade pode não ter controle ou responsabilidade dos atos praticados, uma vez que um crime pode ser praticado por falta de capacidade mental.

Conforme dito por Robert. Hare, psicopatas são desprovidos de consciência, o que configura como deficiência mental, uma vez que, para se configurar como ser humano saudável, a consciência é essencial

*Psicopatas são predadores sociais que encantam, manipulam, e abrem seu caminho impiedosamente pela vida, deixando um rastro de corações partidos, expectativas despedaçadas e carteiras vazias. Completamente desprovido de consciência e de sentimentos pelos outros, eles egoisticamente pegam o que querem e fazem o que querem, violando as normas e expectativas sociais sem o menor sentimento de culpa ou arrependimento. [6]*

A falta de consciência é um fator gerador, do qual impede de o agente compreender e ter responsabilidade sobre o seu ato. Um psicopata também possui

ausência de remorso, o que leva a crer na deficiência do lobo frontal do cérebro, parte esta que comanda o remorso. [7]

Para o direito penal brasileiro, o significado de psicopatia dar-se-á a violência e manipulação, não levando em consideração que a doença não é bem catalogada, uma vez que indivíduos podem demonstrar diversos graus de psicopatia, bem como diversas outras condições atreladas. Exemplo disso, é o indivíduo portador de psicopatia demonstrando a condição de esquizofrenia ao expressar que ouvia vozes.

A psicopatia não se dá apenas a manipulação, falta de remorso e impulso, mas juntamente a tais termos, o agente pode apresentar transtornos de personalidade, narcisismo, ansiedade, mania, transtorno comportamental, entre outros.

Alguns criminosos condenados possuem históricos de ferimentos na região da cabeça, ferimentos este que os levaram a problemas associados à psicopatia. A título de exemplo, Fred West cometeu crimes de tortura, estupro e assassinato, juntamente com sua esposa Rosemary West durante os anos de 1973 e 1979, no Reino Unido. Fred cometeu suicídio antes do seu julgamento, em 01 de janeiro de 1995. [8]

Conforme documentado, aos 17 anos ele sofreu um acidente de moto, que o deixou em coma por uma semana. Em decorrência do acidente, Fred teve fraturas nas pernas, braços e no crânio, onde teve que permanecer com uma placa de metal durante sua vida. Após se recuperar do acidente, West passou a ter crises de raiva, que eram acionadas com facilidade.

Ocorre que, fora comprovado que Fred teve uma infância conturbada, onde seu pai cometia e incentivava o incesto, e outras práticas criminosas. Em nota, Fred constatou que seu pai lhe dizia "se você quer fazer algo, apenas não seja flagrado fazendo". Também foi alegado que sua mãe abusou sexualmente dele quando tinha apenas 12 anos de idade.

John Wayne Gacy, condenado por tortura, estupro e assassinato, teve a sentença de 21 prisões perpétuas e 12 penas de morte, cometidos em 1972 e 1978 no condado de Cook, no estado de Illinois. É documentado que Gacy teve uma infância conturbada, onde era frequentemente espancado e humilhado pelo seu pai. É dito que em uma ocasião, o pai de Gacy aplicou um golpe com cabo de vassoura em sua cabeça, o que o deixou inconsciente por alguns minutos. John desenvolveu um coágulo sanguíneo no cérebro após ser atingido por um balanço quando criança. [9]

Com os exemplos citados acima, é de extrema relevância os ferimentos sofridos e o passado dos agentes, uma vez que, ambos tiveram infâncias corrompidas, bem como



ferimentos na cabeça que desencadearam transtornos futuros que podem ser associados com a Psicopatia.

Dorothy Otnow Lewis, foi uma psiquiatra e autora norte americana que era de forma recorrente chamada para ser testemunha em casos de grande repercussão, visto que, era especialista no estudo de indivíduos violentos e pessoas com transtorno dissociativo de identidade, escreveu:

*O conceito e a posterior reificação do diagnóstico "psicopatia" tem, na opinião deste autor, dificultado a compreensão da criminalidade e da violência. [...] Segundo Hare, em muitos casos não é preciso nem conhecer o paciente. Basta vasculhar seus registros para determinar quais itens pareciam se encaixar. Absurdo. Para a mente deste escritor, psicopatia e seus sinônimos (por exemplo, sociopatia e personalidade anti-social) são diagnósticos preguiçosos. Ao longo dos anos, a equipe dos autores viu dezenas de infratores que, antes da avaliação pelos autores, foram descartados como psicopatas ou similares. Avaliações psiquiátricas, neurológicas e neuropsicológicas detalhadas e abrangentes revelaram uma infinidade de sinais, sintomas e comportamentos indicativos de transtornos como transtorno bipolar do humor, esquizofrenia, distúrbios do espectro, convulsões parciais complexas, transtorno dissociativo de identidade, parassonia e, é claro, dano/disfunção cerebral. [10]*

Diante de todo o exposto, é notório que um psicopata possui deficiência mental ou doença mental, o que o configura como agente inimputável, devendo ser encaminhado para o cumprimento de medida de segurança em hospital psiquiátrico, onde terá suporte e atendimento ambulatorial de acordo com sua necessidade.

O direito brasileiro entende que a psicopatia não se encaixa no quadro de doenças mentais e sim no de perturbação mental, uma vez que o indivíduo diagnosticado com psicopatia está lúcido para entender seus atos, só não possui a capacidade afetiva para se importar com o que faz.

#### **4. IMPUTABILIDADE, INIMPUTABILIDADE E SEMI-IMPUTABILIDADE PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO**

O dicionário jurídico brasileiro dispõe os seguintes conceitos:

Imputabilidade – S.f. Responsabilidade; capacidade da pessoa em entender que o fato é ilícito e de agir de acordo com esse entendimento. [11]

Inimputabilidade penal – Qualidade do que não pode ser imputado; não imputável por ser inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (CP, art. 26). [12]

Ainda sobre isso, para o agente inimputável, o Código Penal Brasileiro prevê que indivíduos incapazes de compreender a ilicitude do ato, são aptos a receber a isenção da pena ou a redução

*Art. 26, CP: É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

*Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. [13]*

Para um agente que passa por uma avaliação médica, e é comprovado que este é portador do transtorno mental de psicopatia, o agente não se qualifica para o disposto no artigo 26 do CP., visto que, a psicopatia não é considerada uma doença mental, logo, sendo o agente considerado imputável para o cumprimento da pena em presídio comum.

Constatado que o agente possui doença mental, configura-se como inimputável. O ordenamento jurídico brasileiro determina o cumprimento de medida de segurança que, conforme o texto do art. 96 do Código Penal, configura como: "I- internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II- sujeição a tratamento ambulatorial."

Aos agentes considerados imputáveis, ou seja, possuem capacidade mental completa, o indivíduo recebe e cumpre a pena em sua totalidade concedida pelo juiz de direito que julgar o processo do agente.

Vale ressaltar que a pena para os agentes acima citados pode ser cumprida por tempo indeterminado, com prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, conforme disposto no

parágrafo 1 do art. 97 do Código Penal. Para a pena contemplada ao agente imputável, no Brasil, a pena máxima é de 40 anos.

Ainda expresso no Código Penal Brasileiro, existem os agentes denominados semi-imputáveis. Conforme disposto no parágrafo único do art. 26 do CP, o agente semi-imputável é o agente que comete crime em virtude de perturbação de saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou seja, o agente não estava inteiramente capaz de compreender o ato ilícito cometido. Para essa modalidade, a pena pode ser reduzida de 1 (um) a 2 (dois) terços. Também é permitido e expresso em lei a possibilidade de converter a pena privativa de liberdade para medida de segurança (internação, tratamento ambulatorial), conforme art. 98 do CP.

*Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º. [14]*

Conforme legislação brasileira, o psicopata é considerado semi-imputável, uma vez que o agente é portador de perturbação mental.

Diante de todo o exposto, o presente artigo visa trazer à luz dos debates jurídicos que um agente portador de Transtorno de Psicopatia ou Transtorno de personalidade antissocial é sim um portador de doença mental, devendo-se então, o ordenamento jurídico tratar os casos como cometidos por um agente incapaz, ou seja, considerar os psicopatas como merecedores do previsto no art. 26 do Código Penal Brasileiro.

## **5.A DEVIDA PENA DO PSICOPATA SEGUNDO O DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Far-se-á presente no direito brasileiro, um impasse no que tange a devida pena de pessoas diagnosticadas com psicopatia, visto que, estas pessoas não podem ser consideradas plenamente capazes quando incorrem em práticas criminais, ou seja, criminosos plenamente capazes, ao passo que também não podem ser consideradas incapazes em sua totalidade.

De acordo com o demonstrado, Rogério Greco reverbera ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete, de modo que, deve-se analisar caso a caso pontualmente:

*Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista que a execução penal não pode ser igual para todos*

*os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso oportunidades e elementos necessários para lograr uma reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um.” [15]*

É importante que se faça a devida distinção caso a caso, pois ao passo que nem todo criminoso será um psicopata, nem todo psicopata será um criminoso, visto que existe uma considerável parcela da população portadora de psicopatia que não cometeram quaisquer tipos de crime. Deste modo, em se tratando de aplicação da norma penal brasileira, dever-se-á analisar apenas aquelas parcelas dos psicopatas criminosos.

Logo, é imprescindível que haja no Código Penal uma determinação legal e expressa de maneira específica para que a devida punição do agente diagnosticado com o transtorno de psicopatia do modo que o diferencie dos demais criminosos inimputáveis, no que tange a sua devida punibilidade, visto que os psicopatas possuem ausência afetiva, uma vez que tal elemento é fundamental para que o indivíduo não afete a terceiro, visto que, segundo Ana Beatriz B. Silva, “a natureza dos psicopatas é devastadora, assustadora, e, aos poucos, a ciência começa a se aprofundar e a compreender aquilo que contradiz a própria natureza humana.” [16]

Logo, tal disfunção mental e que por conta dessa sua natureza, o psicopata criminoso está sujeito a seguir no cometimento de crimes caso venha a ser reinserido na sociedade.

Em uma breve análise à legislação penal brasileira, faz-se claro que o agente psicopata não é considerado como inimputável, visto que não é portador de doença mental, bem como não é inteiramente incapaz. Logo, vale a pena apontar que, como o psicopata figura no cenário da semi-inimputabilidade, visto que tal condição de psicopata é considerado como apenas sendo uma perturbação mental, e não necessariamente uma doença mental.

Isto posto, nesse sentido, é cristalino que deve haver uma alteração no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal Brasileiro no sentido de que, uma vez que o sujeito criminoso é diagnosticado com transtorno de psicopatia, este deveria passar a cumprir a sua pena através de medida de segurança, ou seja, tal medida terá como objetivo a remoção do psicopata criminoso do convívio social, visto que os não estão em condição mental hábil de serem reinseridos na sociedade, tudo por conta de sua condição e natureza mental.

## **6.RESOLUÇÃO CNJ nº 487 DE 15 DE FEVEREIRO DE 2023**

Em 2023, foi apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça a resolução de nº 487, que visa o fechamento de hospitais de custódia, visando o cumprimento de diversos princípios, dentre eles, a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (2006).

O CNJ tem como função, determinar que seja investigada a condição do agente custodiado e a solução alternativa para o cumprimento da medida de segurança, conforme disposto no art. 1º da resolução.

*Art. 1º Instituir a Política Antimanicomial do Poder Judiciário, por meio de procedimentos para o tratamento das pessoas com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial que estejam custodiadas, sejam investigadas, acusadas, réis ou privadas de liberdade, em cumprimento de pena ou de medida de segurança, em prisão domiciliar, em cumprimento de alternativas penais, monitoração eletrônica ou outras medidas em meio aberto, e conferir diretrizes para assegurar os direitos dessa população.*

*Art. 3º, V – a adoção de política antimanicomial na execução de medida de segurança; [17]*

Conforme disposto no art. 2º da resolução, os agentes inimputáveis são:

*Art. 2º Para fins desta Resolução, considera-se: I – pessoa com transtorno mental ou com qualquer forma de deficiência psicossocial: aquela com algum comprometimento, impedimento ou dificuldade psíquica, intelectual ou mental que, confrontada por barreiras atitudinais ou institucionais, tenha inviabilizada a plena manutenção da organização da vida ou lhe cause sofrimento psíquico e que apresente necessidade de cuidado em saúde mental em qualquer*

*fase do ciclo penal, independentemente de exame médico-legal ou medida de segurança em curso; [18]*

Conforme apresentado, o CNJ está reconhecendo que a internação interposta ao agente portador de doença mental pode não trazer solução e melhora no quadro.

A resolução também determina indivíduos com vulnerabilidade social:

*Art. 7º, § 2º A autoridade judicial levará em consideração as condições que ampliem a vulnerabilidade social, bem como os aspectos interseccionais, no caso de pessoas em situação de rua, população negra, mulheres, população LGBTQIA+, mães, pais ou cuidadores de crianças e adolescentes, pessoas idosas, pessoas convalescentes, migrantes, povos indígenas e outras populações tradicionais, para que a aplicação de eventual medida seja condizente com a realidade social e o referenciamento aos serviços especializados da rede de proteção social. [19]*

Nos dias de hoje, existem indivíduos que não podem ser reinseridos na sociedade pelo perigo que apresentam. Exemplo prático é o caso do criminoso condenado Roberto Aparecido Alves Cardoso, conhecido no Brasil como "Champinha", que liderou o grupo que cometeu os assassinatos de Liana Friedenbach e Felipe Caffé de forma brutal, em Embu-Guaçu, São Paulo. Felipe foi morto em 2 de novembro de 2003, já Liana foi morta em 05 de novembro de 2003. [20]

Conforme laudo psiquiátrico atrelado ao processo contra Roberto, resta constatado transtorno de personalidade antissocial, retardo mental leve, que configuram como doenças mentais graves, doenças essas que tornam o indivíduo perigoso, logo, sendo tal condição de Roberto, um impeditivo para o seu retorno ao convívio em sociedade.

Conforme noticiado por jornais, em 2019 ocorreu uma rebelião na Unidade Experimental de Saúde na zona norte de São Paulo, liderada por Champinha, situação essa onde foram feitos reféns, de modo que, posteriormente, tal situação foi controlada por policiais. [21]

Baseando-se no caso supracitado, é notório que Champinha, mesmo após anos de condenação em hospital psiquiátrico, não possui qualificações para o retorno à sociedade em liberdade. Com a resolução, poderá ocorrer a libertação de um criminoso perigoso.

É válido citar o criminoso condenado Francisco da Costa Rocha, conhecido como Chico Picadinho. Francisco foi condenado a cumprir pena indeterminada em hospital de custódia, após cometer os crimes de homicídio, esquitejamento e estupro, entre os anos de 1966 e 1976, na cidade de São Paulo. Em depoimento, alegou ter sofrido agressões sexuais do seu padrasto, e revelou também que maltratava e torturava gatos. Ainda durante a infância, reconheceu o trabalho de sua mãe como prostituição, o que serviu para a ocorrência de futuras explosões de ódio. [22]

Os crimes cometidos por Francisco foram brutais, e revelam um indivíduo que não pode conviver em sociedade, uma vez que, pelos abusos cometidos a ele em sua infância e juventude, o tornaram um agente com instinto de brutalidade.

Ainda acerca da iniciativa e no disposto no presente artigo, com a vigência e determinações da resolução 487/2023, o agente portador do transtorno mental, deverá ser acolhido e receber o cumprimento de pena adequado a sua condição, uma vez que a psicopatia se configura como transtorno mental, citado no art. 2º da resolução.

O psicopata, no Brasil, cumprem a pena condenatória em presídios comuns, o que não está de acordo com a resolução, uma vez que, a função da resolução é delegar a pena adequada ao indivíduo vulnerável, portador de doença ou transtorno mental, que impeça de assumir a imputabilidade penal, ou seja, inserir um psicopata dentro do presídio comum é delegar o cumprimento inadequado da pena para sua condição, visto que não há tratamento psiquiátrico ou médico adequado em presídios comuns que atendam a demanda e a condição do agente.

## **7.CONCLUSÃO**

A psicopatia é um termo utilizado para definir o transtorno de um indivíduo. Ocorre que, como abordado, a psicopatia não possui um conceito bem definido, uma vez que cada indivíduo pode ter um grau ou podem haver outros transtornos e doenças mentais atreladas ao referido transtorno.

No Brasil, a psicopatia não configura como doença ou transtorno mental, o que para o direito penal brasileiro há o enfoque jurídico acerca da pena aplicável ao indivíduo. O agente que comete crime tem a pena somada e determinada com base no crime cometido e, em especial, na doença que o acomete.

Existem medidas de segurança aplicadas aos sujeitos inimputáveis, como o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, cujo qual acolhe indivíduos portadores de doenças e transtornos mentais que cometem crimes. O objetivo do hospital de custódia é

dar o tratamento devido e correto ao criminoso, bem como para a proteção dos indivíduos da sociedade diante do perigo oferecido pelo agente criminoso portador de doença mental.

É necessário um laudo médico que comprove a tal condição mental do indivíduo, e depois de comprovada perante o juízo, é dado início ao cumprimento da medida de segurança. Ocorre que, mesmo com estudos que comprovam que a psicopatia é um transtorno mental, bem como o agente pode portar outras doenças conjuntas a psicopatia, o judiciário brasileiro não reconhece tal condição como sendo doença, logo, o indivíduo é condenado e deve cumprir sua pena em presídio comum.

O cumprimento de pena do psicopata para em presídio comum coloca em risco a vida e integridade física tanto do deste, quanto dos demais em cela, uma vez que psicopatas podem ser considerados perigosos bem como apresentam desprezo pelas suas vítimas. Vale ressaltar que existem psicopatas que não são perigosos e que vivem uma vida inteira sem cometer crime algum, bem como, nem todo criminoso é psicopata.

Por esses termos, diante de todo o exposto no presente artigo, a psicopatia deve ser considerada como sendo transtorno mental, e o agente deve cumprir medida de segurança em o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, comumente conhecidos como "hospitais psiquiátricos", visto que este é o local mais adequado a sua condição, uma vez que estudos aqui apresentados mostram que existem diversas doenças e transtornos que entrelaçam a psicopatia do indivíduo, transtorno de personalidade, raiva, entre outros. Baseando-se nisso, através do laudo psiquiátrico deverá se provar como inimputável ou semi-imputável, uma vez que cada indivíduo porta um grau do transtorno, tendo ou não responsabilidade total pelo crime cometido.

## REFERENCIAL

[1] BARBOSA SILVA, A. B. **Mentes Perigosas: O Psicopata Mora Ao Lado** - Editora Fontanar 2008 – p. 10;

[2] BABIAK, Paul & HARE, Robert D. **Snakes In Suits: When Psychopaths Go To Work**. Nova York: Harper Collins, 2007;

[3] SCHECHTER, Harold. **Serial Killers. Anatomia Do Mal, Entre Na Mente Dos Psicopatas** - pg. 136;

[4] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual De Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 242.



[5] BARBOSA SILVA, A. B. **Mentes Perigosas: O Psicopata Mora Ao Lado** - Editora Fontanar 2008 – p. 3.

[6] HARE, R. D. **Without Conscience: The Disturbing World of The Psychopaths Among Us**. New York, NY: Guilford Press 1993.

[7] **Saiba Mais Sobre Os Lobos Cerebrais E Suas Funções**. Neuro + Conecta, 2021. Disponível em: [https://neuroconecta.com.br/saiba-mais-sobre-os-lobos-cerebrais-e-suas-funcoes/#:~:text=de%20cada%20lobo.-\\_Frontal,emocional%20e%20respons%C3%A1vel%20pela%20personalidade](https://neuroconecta.com.br/saiba-mais-sobre-os-lobos-cerebrais-e-suas-funcoes/#:~:text=de%20cada%20lobo.-_Frontal,emocional%20e%20respons%C3%A1vel%20pela%20personalidade). Acesso em: 12 de agosto de 2023.

[8] MALVA, Pamela. **O Insano Casal Suburbano Que Matou 10 Mulheres, Incluindo Suas Filhas**. Aventuras na História, 2020. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-o-insano-casal-suburbano-que-matou-10-mulheres-incluindo-suas-filhas.phtml>. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

[9] PREVIDELLI, Fabio. **John Wayne Gacy: Quem É O 'Palhaço Assassino' Que Aparece Na Série Sobre Jeffrey Dahmer?** Aventuras na História, 2022. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/5-fatos-sobre-o-palhaco-assassino-que-virou-serie-da-netflix.phtml>. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

[10] BENJAMIN, Sadock; VIRGINIA, Sadock; PEDRO, Ruiz (2017). **Kaplan and Sadock's Comprehensive Textbook of Psychiatry (2 Volume Set)** 10th ed.

[11] SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro** - Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2001 – p. 119.

[12] SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro** - Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2001 – p. 123.

[13] Código Penal Brasileiro - Decreto Lei nº 2848 de 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 12 de agosto de 2023.

[14] Código Penal Brasileiro - Decreto Lei nº 2848 de 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 12 de agosto de 2023.

[15] MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Execução Penal**, São Paulo: Atlas, 2004, pgs. 60/61, *apud* GRECO, Rogerio, **Curso de Direito Penal**, Vol. I, 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

[16] BARBOSA SILVA, A. B. **Mentes Perigosas: O Psicopata Mora Ao Lado** - Editora Fontanar 2008 – p. 4;

[17] RESOLUÇÃO N. 487, DE 15 DE FEVEREIRO DE 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2015232023022863fe60db44835.pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2023.

[18] RESOLUÇÃO N. 487, DE 15 DE FEVEREIRO DE 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2015232023022863fe60db44835.pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2023.

[19] RESOLUÇÃO N. 487, DE 15 DE FEVEREIRO DE 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2015232023022863fe60db44835.pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2023.

[20] **Caso Liana Friedenbach E Felipe Caffé: Vítimas De Um Inimputável**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/caso-liana-friedenbach-e-felipe-caffe-vitimas-de-um-inimputavel/561393292>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

[21] GONÇALVES, Gabriela. **Champinha Lidera Rebelião Com Refém Na Unidade Experimental De Saúde Na Zona Norte De SP**. G1, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/09/04/champinha-lidera-rebeliao-com-refem-na-unidade-experimental-de-saude-na-zona-norte-de-sp.ghtml>. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

[22] **Ele Ainda Está Vivo! Conheça A História De 'Chico Picadinho', Famoso Serial Killer Brasileiro**. Canal Ciências Criminais, 2023. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/historia-de-chico-picadinho-conheca/>. Acesso em: 20 de agosto de 2023

PINHO, Ana Clara. **Psicopatia E O Direito Penal Brasileiro: A Devida Punibilidade Dos Psicopatas Em Decorância De Sua Natureza**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 maio 2023, 04:04. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/61488/psicopatia-e-o-direito-penal-brasileiro-a-devida-punibilidade-dos-psicopatas-em-decorancia-de-sua-natureza>. Acesso em: 08 agosto 2023.

## **DIREITO DE ARREPENDIMENTO DO CONSUMIDOR: REFLEXÃO DAS NORMAS CDC E RESOLUÇÃO N° 400 DA ANAC.**

**MATHEUS DOMINGOS VIEIRA SILVA:**  
graduando em Direito.

**RICARDO LUCIANO DE LIMA**

(orientador)

**Resumo:** Este artigo científico aborda o Direito de Arrependimento do Consumidor, analisando suas implicações sob as perspectivas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e da Resolução n° 400 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Ambas as normas têm o objetivo de proteger os interesses dos consumidores, permitindo-lhes desistir de compras realizadas fora do estabelecimento comercial ou por meios não presenciais. O CDC, em seu artigo 49, concede ao consumidor o prazo de 7 dias para exercer seu direito de arrependimento após a aquisição de produtos ou serviços. Por sua vez, a Resolução n° 400 da ANAC estipula um prazo de 24 horas para o cancelamento de passagens aéreas adquiridas através de canais não presenciais. A comparação entre essas normas revela a convergência de propósitos em proteger o consumidor, proporcionando-lhe uma posição mais equilibrada nas relações de consumo. Contudo, alguns desafios são identificados, como a adequação dos prazos estabelecidos e a conscientização dos consumidores sobre seus direitos. O Direito de Arrependimento é uma importante ferramenta para garantir a satisfação e segurança dos consumidores nas transações comerciais, promovendo a transparência e o respeito aos direitos do consumidor. Nesse sentido, é fundamental que as empresas forneçam informações claras e facilitem o exercício desse direito, assegurando que os consumidores possam tomar decisões informadas e conscientes em suas compras.

### **INTRODUÇÃO**

Em 13 de dezembro de 2016, foi regulamentado a resolução n° 400 da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, que dispõe sobre as condições gerais de transporte aéreo no Brasil. Que trouxe diversas mudanças nas regulamentações das empresas aéreas e passageiros. Entre todas as mudanças, neste estudo vai ser falado sobre arrependimento na compra de passagens aéreas.

O arrependimento expresso no contrato autoriza o beneficiário a rescindir o acordo firmado por um simples ato unilateral de sua vontade. Apesar da rescisão do contrato, a

parte que decidir usar o direito arrependimento sujeita-se à perda do sinal ou à sua devolução em dobro (Vancim & Matioli, 2011).

De acordo com Gonçalves (2012, p. 175) O direito de arrependimento deve ser exercido no prazo convencionado ou antes da celebração do contrato, se nada estiver regulamentado a este respeito, uma vez que o cumprimento do contrato implicaria a renúncia tácita a este direito.

No entanto, a Lei de Defesa do Consumidor prevê uma forma especial de direito de arrependimento, segundo a qual o consumidor tem o direito de rescindir o contrato no prazo de 7 dias, desde que o contrato ocorra fora das instalações comerciais do fornecedor.

Veja-se o texto legal: Art. 49.

O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados (Brasil, 2016).

Arrependimento de compra de passagem aérea é diferente das leis de defesa do consumidor relacionadas à resolução da ANAC. Então é possível aplicar o direito de arrependimento às compras de passagem aéreas segundo o previsto no CDC?

O fato de a companhia aérea não fornecer a opção de cancelamento da passagem por meio da plataforma digital da empresa (Internet) configura abuso. na forma de arte. Art. 39, inciso V, do CDC, especialmente quando a ferramenta for disponibilizada ao consumidor no ato da compra/resgate da passagem. Nesta fase, configurada a prática de conduta lesiva ao consumidor, não há menção a interferência injustificada em atividades comerciais.

Ao longo do trabalho, pretende-se esclarecer se a resolução da ANAC atinge a Lei de defesa do consumidor, como revoga certos direitos dos consumidores que foram conquistados a grande custo. A pesquisa mostrará que os consumidores sempre serão deixados de lado em relação as corporativo, e é verificado que legisladores tenderam o mínimo de proteção para o consumidor.

Desta forma a presente estudo se justifica que na atualidade é possível observar o desconforto de vários passageiros referente a CDC que diferencia da resolução ANAC, sendo assim uma resolução não pode ser maior que uma norma constitucional.

Sendo assim o objetivo desta pesquisa é compreender quais avanços e/ou retrocessos a resolução n. 400/2016 da ANAC trouxe ao usuário de transporte aéreo com relação ao Código de Direito do Consumidor.

## **1- O DIREITO DO CONSUMIDOR**

O direito do consumidor possui um princípio básico de clara importância para a correta interpretação, compreensão e aplicação de suas normas. Os princípios do direito do consumidor encontram grande expressão no direito do consumidor, mas nada impede o reconhecimento dos princípios implícitos na referida lei ou do preconceito de defesa do consumidor que constitui o fundamento teológico de todo o Microsistema (Miragem, 2013, p. 113).

A lei de defesa do consumidor foi instituída pela lei 8.078/1990 como um conjunto de normas destinadas a proteger as partes vulneráveis da relação de consumo, nos termos do artigo 48 das disposições finais e transitórias da constituição Federal de 1988, que ordenou à redação no prazo de cento e vinte dias adota um código do consumidor e forma uma comissão para redigir a lei (Tartuce & Neves, 2016, p. 15).

Assim, neste capítulo serão analisados quatro princípios fundamentais do direito do consumidor a saber: o princípio da vulnerabilidade, do equilíbrio, da solidariedade e da boa-fé objetiva.

Inicialmente, o princípio da vulnerabilidade está contido no artigo 4º, inciso I, do CDC, que expressa "o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo" (Brasil, 2017).

Segundo Claudia Lixa Marques (2011, pp. 323-341), existem quatro tipos de vulnerabilidades do consumidor falta de conhecimentos jurídicos, legais, contabilísticos ou económicos; os factuais relacionados à escassez do consumidor e sempre fornecendo aos consumidores informações incompletas sobre o produto ou serviço que desejam comprar.

Todos os tipos de vulnerabilidades acima devem ser analisados cuidadosamente antes de serem aplicados a casos específicos, pois cada caso é individual e existem situações em que algumas vulnerabilidades não são totalmente efetivas (Marquez, 2011, pp. 323-341).

Tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor e seu desacordo com os fornecedores. Há outro princípio fundamental do direito do consumidor que é o princípio do equilíbrio que é especificado no artigo 4º, III, CCP.

Veja-se o texto legal: Artigo 4º, III, CCP.

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (Brasil, 2017).

O atual Codificação de Defesa do comprador é o instrumento que rege a unidade consagrada no artigo 5º, caput, da constituição Federal, norma adaptada aos modernos realidades do direito pós-moderno, revisando o conceito de "direito privado". responsabilidade e prescrições (Tarus & Neves, 2016, pp. 16-17).

A lei de Defesa do comprador determina os elementos objetivos e subjetivos da relação jurídica. Clarissa Teixeira Paiva (2014) afirma que os elementos objetivos são “o negócio celebrado entre as partes, como instrumento de realização e formalização do vínculo jurídico, e o bem, seja ele móvel, imóvel, corpóreo ou incorpóreo, como bem indireto objeto” da relação jurídica ". E elementos subjetivos como "o credor, a devedora, e o consenso que deve existir entre os dois é uma convergência de vontade. Para que o acordo possa ser pactuado sem conflito e sem prejuízo da igualdade entre as partes envolvidas.

## **2- A HIERARQUIA DAS NORMAS DE CONSUMIDOR**

A Código de Defesa do comprador tem como origem no artigo 5º, XXXII1 da constituição Federal. que estipula que a defesa do consumidor é responsabilidade do Estado.

Veja-se o texto legal: Art. 5.

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: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (Brasil, 2018).

Em suma, do ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, o Estado deve proteger os consumidores, que representam a parte mais fraca da relação de consumo, enquanto os fornecedores pertencem à parte mais forte dessa relação e detêm o maior poder (Benjamin et al., 2013, pp. 40-44).

A Carta Magna também prevê a proteção do consumidor como princípio da ordem econômica constitucional, em seu artigo 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

Assim, fica muito claro o entendimento de que tal ordem deve se pautar na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, seguindo os preceitos da justiça social, ou seja, o Estado deve apoiar e promover a livre iniciativa, resguardando os direitos dos cidadãos a uma vida digna (Gomes, 2004, p. 104).

A Codificação do comprador insere-se na concepção de norma de ordem pública e interesse social, geral e de princípio, prevalecendo sobre todas as demais normas específicas anteriores e que a elas se opõem.

As regras gerais de princípios são a prova do valor superior dos princípios e prevalecem sobre as regras mais antigas e específicas.

Assim, pode-se dizer que a codificação de Defesa do comprador é um sistema autônomo no âmbito da constituição. É um sistema próprio introduzido no sistema constitucional brasileiro (Nunes, 2013, p. 162).

Nesse mesmo contexto, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2003, p. 906) que "regerão leis especiais (por exemplo, seguros, bancos, calçados, transportes, serviços, automóveis, alimentação etc. suas respectivas matérias) em obediência aos princípios do CDC".

Quanto à competência legislativa no caso do consumidor em relação à associação aos Estados e aos condados Federais, a carta Magna define em seu artigo 24 que são eles os responsáveis pela legislação sobre produção e consumo, bem como danos aos consumidores.

Veja-se o texto legal: Art. 24.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]

V - Produção e consumo.

VIII - responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário” (Brasil, 2018).

Além disso, compete à união federal estabelecer as normas de interesse geral, cabendo aos estados e ao distrito federal legislar concomitantemente e solucionar a falta de lei federal (§ 3º). Ao contrário, quando a lei federal se sobrepõe à estadual, a primeira se sobrepõe à sua eficácia.

No que concerne aos municípios declara inexistência de competência originária para legislar sobre direito do consumidor nos termos do art. 30 I e II, interesse e completar as leis federais e estaduais conforme necessário.

Assim, após observar a posição hierárquica das normas consumeristas e a capacitância de legislar sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro, atravessamos a analisar os princípios básicos do direito do consumidor.

### **3- CONSUMIDOR**



De acordo com o CDC, no seu artigo 2º, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A última parte do artigo, que trata do destinatário final, trouxe diversas correntes teóricas de aplicação até sua consolidação pela jurisprudência:

[...] para que o consumidor seja considerado destinatário econômico final, o produto ou serviço adquirido ou utilizado não pode guardar qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica por ele desenvolvida; o produto ou serviço deve ser utilizado para o atendimento de uma necessidade própria pessoal do consumidor (Stj-cc, 2009).

Assim, não é destinatário final, e, portanto, não integra uma relação de consumo com tutela do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, aquele que

[...] utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção (Benjamin & Marques, 2006, p. 83-84).

O artigo 2º do CDC, determina ainda que, “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Sendo assim Roberto Basilton Leite (2002) ressalta sobre a coletividade citada no parágrafo único acima:

[...] as coletividades de pessoas indetermináveis, também protegidas pela lei, são aqueles grupos em relação aos quais não é possível identificar e particularizar os riscos ou prejuízos a que cada um ficou exposto em razão da imperfeição de produtos ou serviços (Leite, 2002, p.51).

Ainda no cap. V, artigo 29, seção I, Das disposições gerais, da referida lei em estudo “[...] equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. A equiparação acontece todas as vezes que as pessoas, ou coletividade de pessoas, mesmo não sendo adquirentes dos produtos ou serviços, utilizarem caráter final ou se vincularem a ele, de alguma forma, e que também sofram

dano efetivo pelo produto ou serviço fornecido (Manual de Direito do Consumidor, 2014, p. 85).

No caso do transporte aéreo, por exemplo, as vítimas de um acidente, ainda que em solo e sem qualquer contrato pré-estabelecido com a companhia, equiparam-se aos consumidores para fins de reparação de danos.

Entende-se então que para ser consumidor basta ser destinatário final de um produto ou prestação de serviço, nos termos aqui definidos.

#### **4- O DIREITO DE ARREPENDIMENTO DAS NORMAS CDC E A RESOLUÇÃO Nº 400 DA ANAC**

O direito de arrependimento do consumidor é um importante garantia estabelecida para proteger os consumidores em suas relações de consumo. Tanto o Código de Defesa do Consumidor (CDC) quanto a Resolução nº 400 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) têm como objetivo assegurar esse direito, cada um em seu respectivo contexto. Nesta seção, apresentaremos os resultados da análise comparativa entre essas normas, suas implicações e a relevância do direito de arrependimento para os consumidores e para o setor aéreo.

O CDC, em seu artigo 49, estabelece que o consumidor tem o direito de se arrepender de uma compra realizada fora do estabelecimento comercial, no prazo de 7 dias a contar da assinatura do contrato ou do recebimento do produto. Essa norma é uma importante conquista para os consumidores, garantindo-lhes a oportunidade de reavaliar sua decisão de compra e, se necessário, desistir do negócio sem qualquer ônus financeiro. Essa prerrogativa visa corrigir desequilíbrios nas relações de consumo e promover a proteção da parte mais vulnerável da relação, que é o consumidor (Brasil, 1990).

Já a Resolução nº 400 da ANAC, aplicável ao setor aéreo, regulamenta o direito de arrependimento para a compra de passagens aéreas realizadas por meios não presenciais. De acordo com a norma, o consumidor tem o prazo de 24 horas para desistir da compra, desde que esta tenha sido efetuada com antecedência mínima de 7 dias em relação à data do voo. Essa medida representa um avanço significativo na proteção dos interesses dos passageiros, uma vez que o setor aéreo frequentemente apresenta situações em que o consumidor é induzido a tomar decisões precipitadas (Brasil, 2016).

A comparação entre as normas do CDC e a resolução nº 400 da ANAC revela a convergência de propósitos, ambas buscam garantir que o consumidor exerça seu direito de arrependimento e possa desfazer uma compra, caso seja sua vontade, sem prejuízos. Apesar de seus prazos e condições específicas, ambas normas têm em comum a

preocupação em resguardar a autonomia do consumidor e promover a transparência nas relações de consumo.

Contudo, é importante destacar que a aplicabilidade do direito de arrependimento pode enfrentar desafios no cotidiano das transações comerciais, especialmente no setor aéreo. Questões relacionadas à logística operacional das companhias aéreas e ao gerenciamento das reservas podem impactar a efetivação do reembolso dentro do prazo estipulado. Essas dificuldades operacionais podem criar obstáculos para que o consumidor exerça seu direito, e cabe às empresas encontrar soluções para garantir o cumprimento da norma (Diniz, 2017).

Importante ressaltar que é fundamental ressaltar a importância da conscientização e informação dos consumidores sobre seus direitos. Muitos consumidores podem não estar cientes da existência do direito de arrependimento ou desconhecer as condições para sua aplicação. Nesse sentido, é necessário que as empresas aéreas e demais fornecedores de produtos e serviços informem claramente os consumidores sobre o exercício desse direito, evitando assim situações de conflito e desinformação (Rizzato Nunes, 2018).

Outra questão relevante é a relação entre o direito de arrependimento e os casos de compras realizadas em períodos promocionais, como as famosas "promoções relâmpago" de passagens aéreas. Nestes casos, é importante que o consumidor esteja ciente de que o direito de arrependimento ainda é válido, mesmo que a compra tenha ocorrido em um momento de oferta especial, preservando assim o princípio da igualdade e da proteção do consumidor em todas as circunstâncias (Melo, 2019).

No contexto atual, em que as compras online têm se tornado cada vez mais comuns, é essencial considerar a aplicação do direito de arrependimento também no ambiente virtual. A facilidade e rapidez das transações pela internet podem levar o consumidor a efetuar compras impulsivas, tornando o direito de arrependimento uma garantia fundamental para evitar arrependimentos posteriores e possíveis prejuízos financeiros (Ferreira, 2019).

Por fim, é importante mencionar que a existência do direito de arrependimento representa um avanço significativo nas relações de consumo, tanto no setor aéreo como em outros segmentos do mercado. A proteção do consumidor é um princípio basilar do ordenamento jurídico, e a consolidação dessa garantia reforça a importância de promover uma cultura de respeito ao consumidor, assegurando a sua participação ativa e informada no mercado (Sudfeld, 2019).

## **CONCLUSÃO**

O Direito de Arrependimento do Consumidor é uma importante ferramenta para garantir a proteção dos interesses dos consumidores, permitindo que eles tenham a oportunidade de refletir sobre suas compras e desistir do negócio, caso desejem, sem prejuízos financeiros. Tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Resolução nº 400 da ANAC têm como objetivo assegurar esse direito, cada um dentro de seu contexto específico.

A existência dessas normas é um reflexo da evolução da legislação e das regulamentações para a proteção do consumidor no Brasil, demonstrando a preocupação em garantir transparência e lealdade nas relações de consumo. O Direito de Arrependimento no setor aéreo é especialmente relevante, considerando as particularidades desse mercado e a necessidade de proporcionar aos passageiros a possibilidade de cancelar suas viagens, se assim desejarem.

Portanto, é essencial que os consumidores conheçam seus direitos e exerçam essa prerrogativa sempre que necessário, reforçando a importância da educação e conscientização sobre os direitos do consumidor. Além disso, é fundamental que as empresas se adequem a essas normas e promovam um atendimento transparente e respeitoso, colaborando para uma relação de consumo mais equilibrada e justa.

## **BIBLIOGRAFIA**

Benjamin, A. H. de V.; MARQUES, C. L. & BESSA, L. R. 2013. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Brasil, 2016. Agência Nacional de Aviação Civil. Resolução nº 400. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. Disponível em: . Última alteração em 2017c. Acesso em: 15 set. 2022.

Brasil, 2016. Agência Nacional de Aviação Civil. Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 dez. 2016. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2016/resolucao-no-400-de-13-de-dezembro-de-2016>. Acesso em: 25 de julho de 2023.

Brasil. 1990. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 25 de julho de 2023.

Brasil. 2016. Resolução ANAC n. 400/2016. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm). Acesso em: 03 de abril de 2023.

Brasil. Código de defesa do consumidor. Lei n. 8.078 de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 de março de 2019. BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406 de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 26 de março de 2023.

Brasil. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 24 de março de 2023.

Diniz, M. H. 2017. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. 31. ed. São Paulo: Saraiva.

Ferreira, L. A. M. 2019. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 120. 5. ed. São Paulo: Saraiva.

Gomes, R. Z. 2004. Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense.

Gonçalves, C. R. 2012. Direito Civil Brasileiro: Contatos e atos unilaterais. 10. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 3.

Marques, C. L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Melo, R. B. P. de. 2019. Direito do Consumidor: Teoria e Prática. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense.

Miragem, B. 2014. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Nunes, L. A. R. 2009. Curso de direito do consumidor (com exercícios). 4. ed. São Paulo: Saraiva.

Nunes, L. A. R. 2013. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 7. ed. São Paulo: Saraiva.

Paiva, C. 2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/34128/o-que-caracteriza-umarelacao-de-consumo>. Acesso em 25 abril de 2023.

Rizzatto Nunes, L. A. 2018. Curso de Direito do Consumidor. 8. ed. São Paulo: Saraiva.

Sundfeld, C. A. V. Fundamentos de Direito Público. 7. ed. São Paulo: Malheiros.

## O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A SUA EXCEPCIONALIDADE

**RENATA CORRÊA DA SILVA:**

Advogada (OAB/SP nº 309.249). Formada pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Pós-graduada em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade CERS.

**Resumo:** Em que pese a expressa previsão legal acerca da irrevogabilidade da adoção, o presente trabalho aborda os entendimentos recentes proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, nos quais se flexibilizou a regra em prol das especificidades do caso concreto. A avaliação destas hipóteses, perpassa pela análise do conceito contemporâneo de família e das previsões contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente sobre o instituto da adoção.

**Palavras-chave:** adoção – desistência – irrevogabilidade – exceção.

**keyword:** Despite the express legal provision regarding the irrevocability of adoption, this work addresses the recent understandings given by the Superior Court of Justice, in which the rule was made more flexible in favor of the specificities of the specific case. The evaluation of these hypotheses involves the analysis of the contemporary concept of family and the predictions contained in the Statute of Children and Adolescents regarding the institution of adoption.

**Keywords:** adoption – withdrawal – irrevocability – exception.

**Sumário:** Introdução; 1. Contexto histórico; 2. A concepção contemporânea da família. 3. Da adoção: 3.1. Conceito; 3.2. Efeitos. 4. Da irrevogabilidade da adoção. 5. Hipóteses em que o STJ admitiu a revogabilidade da adoção. 5.1. Adoção unilateral, no interesse do adotado. 5.2. Rescisão da sentença fundamentada em vício de consentimento do adotado. 5.3. Desistência de adoção, durante o estágio de convivência, por motivo de foro íntimo. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

### Introdução

O presente artigo visa analisar recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que adotaram a possibilidade de revogabilidade do instituto da adoção, indo de encontro à regra legal de irrevogabilidade.

## 1. Contexto histórico

Para compreender a interpretação realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, é relevante um breve apanhado do contexto histórico do instituto da adoção.

Inicialmente prevista pelo Código Civil de 1916<sup>394</sup> como faculdade aos adotantes que não tivessem filhos, o vínculo de parentesco era meramente civil e criado apenas entre o adotante e o adotado, mediante escritura pública. Intitulada de “adoção simples”, permitia a adoção de maiores ou menores de idade, assim como admitia a sua revogação:

Art. 373. O adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade.

Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção:

I - quando as duas partes convierem;

II - quando o adotado cometer ingratidão contra o adotante

A judicialização foi introduzida pela figura da “legitimação adotiva”, prevista na Lei n.º 4.655/1965<sup>395</sup>, na qual se dispôs sobre a sua irrevogabilidade e a cessação do vínculo de parentesco com a família natural. Ainda, ampliou o vínculo de parentesco, condicionou-o ao consentimento dos ascendentes.

Art. 7º A legitimação adotiva é irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos legítimos, aos quais estão equiparados os legitimados adotivos, com os mesmos direitos e deveres estabelecidos em lei.

(...)

---

394 Câmara dos Deputados, LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>

395 Câmara dos Deputados. Lei nº 4.655/1965. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4655-2-junho-1965-377680-publicacaooriginal-45829-pl.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20legitimidade%20adotiva.>



Art. 9º O legitimado adotivo tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção (Cód. Civ. § 2º do art. 1.605).

§ 1º O vínculo da adoção se estende à família dos legitimantes, **quando os seus ascendentes derem adesão ao ato que o consagrou.**

**§ 2º Com a adoção, cessam os direitos e obrigações oriundos da relação de parentesco do adotado com a família de origem. (grifo nosso)**

Posteriormente, foi substituída pelo Código de Menores (Lei n.º 6.697/1979396) que passou a prever a “adoção plena”, responsável por ampliar o parentesco à família dos adotantes, abrangendo o parentesco dos avós, de forma automática, independentemente de consentimento<sup>397</sup>.

**Art. 37. A adoção plena é irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos, as quais estão equiparados os adotados, com os mesmos direitos e deveres.**

Alterando profundamente a perspectiva da ação, a Constituição Federal de 1988, consagrou o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, prevendo no artigo 227, § 6º, da CR, iguais direitos e qualificações aos filhos, proibindo quaisquer designações discriminatórias.

Seguindo as lições de Maria Berenice Dias:

Inverteu-se o enfoque dado à infância e à adolescência, rompendo a ideologia do assistencialismo e da institucionalização, que privilegiava o interesse e a vontade dos adultos. A adoção significa muito mais a **busca de uma família para uma criança** do que a busca de uma criança para uma família.

---

396Câmara dos Deputados. Lei nº 6.697/1979. Código de Menores. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6697-10-outubro-1979-365840-publicacaooriginal-1-pl.html>

397DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14ª ed. rev. ampl. e atual – Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P. 331..

A adoção não é uma paternidade de segunda classe, mas se prefigura como a paternidade do futuro, enraizada no exercício da liberdade. A filiação não é um dado da natureza, mas uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem<sup>398</sup>.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em adequação à doutrina da proteção integral, passou a disciplinar a adoção em face das crianças e dos adolescentes (arts. 39 e seguintes, da Lei nº 8.069/1990), determinando o rompimento de todos os laços familiares anteriores.

Ademais, conforme previsão do art. 1.619 do Código Civil de 2002, a adoção de maiores de dezoito anos, assim como em relação aos incapazes, passou a depender de decisão judicial, aplicando-se, no que couber, as regras gerais do ECA.

Em controle de convencionalidade, destacam-se a Convenção de Haia (Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional), internalizada no ordenamento brasileiro por meio do Decreto n.º 3.087/1999, e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

## **2. A concepção contemporânea da família.**

A família deve ser compreendida como o espaço de realização da afetividade e da solidariedade.

A família antes vista como instituição, passou a ser compreendida, mormente em face do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da solidariedade, como decorrência da afetividade. O afeto ganhou lugar de relevo e passou a ser o núcleo fundante a reger as relações jurídicas no âmbito do Direito de Família.

A Constituição Federal de 1988 trouxe novos paradigmas, rompendo com o clássico conceito de família consagrada pelo casamento, admitindo outras modalidades de núcleos familiares (monoparental, informal e afetivo), de forma a assegurar as garantias de liberdade, pluralidade e fraternidade.

Entre as características não formais da família contemporânea, pode-se citar a afinidade e a afetividade, que aproximou os conceitos de socioafetividade (relações sociais baseadas no afeto) e eudemonismo (o conceito de busca pela felicidade).

---

<sup>398</sup> DIAS, Maria Berenice. Ob. Cit. P. 332.

O caráter eudemonista significa que a família é um meio ao desenvolvimento livre e feliz de seus membros. O conceito de família como fins estatais foi substituído para a realização de fins da pessoa humana. A família exista para a sua própria felicidade.

São oportunas as lições de Maria Berenice Dias sobre a família eudemonista:

**“A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. As relações afetivas são elementos constitutivos dos vínculos interpessoais. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira de as pessoas se converterem em seres socialmente úteis.**

**Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo surgiu um novo nome: família eudemonista, que busca a felicidade individual, por meio da emancipação de seus membros.**

**O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade.** A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento legal altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, **como se infere da primeira parte do § 8.º do art. 226 da CR: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram.**<sup>399</sup>

O princípio da solidariedade, por sua vez, com assento no art. 3º, I, da CR/88, estabelece que a dignidade de cada um apenas se realiza quando os deveres recíprocos de solidariedade são observados ou aplicados. No âmbito do Direito de Família, o princípio da solidariedade implica consideração e respeitos mútuos, não apenas para fins patrimoniais.

Partindo desta premissa, leciona Paulo Lôbo:

**A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de**

---

399 DIAS, Maria Berenice. Ob. Cit. p. 461).

**colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil.** O casamento, por exemplo, transformou-se de instituição autoritária e rígida em pacto solidário. **A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no ECA (art. 4º).**

Com fundamento explícito ou implícito no princípio da solidariedade, os tribunais brasileiros avançam no sentido de assegurar aos avós, aos tios, aos ex-companheiros homossexuais, aos padrastos e madrastas o direito de contato, ou de visita, ou de convivência com as crianças e adolescentes, uma vez que, no melhor interesse destas e da realização afetiva daqueles, os laços de parentesco ou os construídos na convivência familiar não devem ser rompidos ou dificultados.

**Desenvolve-se no âmbito do direito de família estudos relativos ao “cuidado como valor jurídico”, notadamente quanto à convivência intergeracional como transmissora de valores e cultura<sup>400</sup>.**

A solidariedade, portanto, pressupõe o respeito recíproco e os deveres de cooperação entre os seus membros, mas vai além, devendo ser observada também nas relações do grupo familiar com a comunidade (como o dever de defender o meio ambiente, inclusive para as futuras gerações, conforme art. 225 da CR/88).

### **3. Da adoção:**

#### **3.1 Conceito**

O instituto da adoção é a modalidade de filiação por excelência que, sustentada pela relação afetiva, cria relações de paternidade e/ou maternidade entre pessoas distintas da figura de pai ou mãe biológicos do adotado.

---

400 LÔBO, Paulo. Princípio da Solidariedade Familiar. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf#:~:text=A%20solidariedade%20do%20n%C3%BAcleo%20familiar,uma%20palavra%2C%20de%20solidariedade%20civil>.

Segundo Orlando Gomes:

Adoção é o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural da procriação, o vínculo da filiação. Trata-se da ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau na linha reta<sup>401</sup>.

Maria Berenice Dias, conceitua como "*modalidade de filiação construída no amor, na feliz expressão de Luiz Edson Fachin, gerando vínculo de parentesco por opção.*" A autora reforça:

**A adoção consagra a paternidade socioafetiva, baseando-se não em fator biológico, mas em fator sociológico. A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado. É nesse sentido que o instituto da ação se apropria da palavra afeto.**

**É no amor paterno-filial entre pessoas mais velhas e mais novas, que imita a vida, que a adoção se baseia. São filhos que resultam de uma opção, e não do acaso, que são adotivos.**

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias esclarece:

Contemporaneamente, a adoção está assentada na ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo.

Trata-se de mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, através do critério socioafetivo, fundamentado no afeto, na ética e na dignidade das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário<sup>402</sup>.

---

401 GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001, p. 369.

402 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Manual de Direito Civil - Volume Único / Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosenvald*. - 7. ed. rev, ampl. e atual. - São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 1337.

A adoção, segundo regulamenta o nosso ordenamento jurídico, trata-se de um ato jurídico em sentido estrito, dependente de uma decisão judicial constitutiva, por meio da qual se cria um vínculo jurídico irrevogável entre adotante e adotado, com efeitos semelhantes aos decorrentes de uma filiação biológica.

Com a Carta Política de 1988 e a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção passou a ter o objetivo precípua de oferecer um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento da criança e do adolescente que, por algum motivo, ficaram privados da sua família biológica.

Trata-se de mecanismo de determinação de uma relação jurídica-filiatória, através do critério socioafetivo, fundamentado no afeto, na ética e na dignidade das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário.

Em síntese, as características da adoção podem ser assim resumidas em: a) ato personalíssimo; b) excepcional; c) irrevogável; d) incaducável; e) plena; f) constituída por sentença judicial.

Fato é que, independentemente da definição que lhe é conferida, o instituto da adoção contemporâneo tem por escopo atender às reais necessidades do adotando, dando-lhe uma família, onde ele se sinta acolhido, protegido e amado<sup>403</sup>.

A orientação dos princípios norteadores da adoção após a Constituição de 1988, com ênfase ao princípio do melhor interesse do menor, demonstra que em termos de função social o encargo do instituto tem por primazia proporcionar uma vida digna ao menor.

### **3.2 Efeitos**

A adoção ocorre exclusivamente na via judicial, por intermédio do trânsito em julgado de uma sentença constitutiva julgada procedente. A partir deste momento, é que o novo vínculo familiar entre adotante e adotado é considerado válido pela sociedade, produzindo, por consequência, seus efeitos.

Cria-se, por uma ficção jurídica, uma nova relação de paternidade e filiação, ficando o adotado vinculado ao adotante definitivamente, sendo desconsideradas as informações obsoletas contidas no registro civil anterior.

---

403 GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues, *Adoção: doutrina e prática*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 26.

Nestes termos, dispõe o artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§ 3º A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência.

§ 4º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

§ 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.

§ 6º Caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

§ 7º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

§ 8º O processo relativo à adoção assim como outros a ele relacionados serão mantidos em arquivo, admitindo-se seu armazenamento em microfilme ou por outros meios, garantida a sua conservação para consulta a qualquer tempo

§ 9º Terão prioridade de tramitação os processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica.

§ 10. O prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

Deste modo, partindo da esfera teórica para o campo prático, a doutrina elucida, dentre várias causas da consumação do vínculo adotivo, alguns efeitos marcantes após a efetivação do instituto, dividindo-os em efeitos pessoais e patrimoniais. Trataremos de algumas das principais decorrências do instituto após a sua efetivação.

Registre-se que todos os efeitos jurídicos da sentença de adoção, existenciais ou patrimoniais, iniciam-se com o seu trânsito em julgado, com exceção da hipótese de adoção póstuma, quando ocorre a morte do adotante durante o procedimento.

Quanto aos efeitos pessoais, prolatada a sentença pelo magistrado com o deferimento do pedido do autor da ação, ocorre, por imediato, a ruptura dos vínculos jurídicos entre o adotado e a sua família original.

A adoção, portanto, implica na completa extinção da relação familiar mantida pelo adotando com o seu núcleo anterior, com exceção dos impedimentos matrimoniais.

Outra decorrência da adoção, é a constituição do poder familiar por parte dos pais adotivos, consubstanciando-se em encargo dos pais de exercerem a paternidade responsável, dirigindo-lhes a criação e a educação, tendo-os em sua companhia e guarda, além dos deveres enumerados no art. 1634 do Código Civil.

A doutrinadora Maria Helena Diniz, ao comentar o atual Código Civil, realça a importância e a necessidade da existência desse poder familiar, *in verbis*:

Esse poder conferido simultânea e igualmente a ambos os genitores, e, excepcionalmente, a um deles, na falta do outro (CC, art. 1.690, 1ª parte), exercido no proveito, interesse e proteção dos filhos menores, advém de uma necessidade natural, uma vez que todo ser humano, durante sua infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens<sup>404</sup>.

Ao inserir em uma nova família, o adotado passa a constituir, além de um novo vínculo, com subordinação do poder familiar dos adotantes, impedimentos que lhe são impostos da mesma maneira como se filho de sangue fosse.

Assim, o código civil estabeleceu que a adoção atribui a condição de filho e adotado, com os mesmo direitos e deveres, salvo os impedimentos matrimoniais. Logo, conserva o

---

404 DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro, V.5: direito de família*. 18.ed.. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 448



adotado uma dupla ordem de impedimentos matrimoniais relacionados à sua família funcional e de origem.<sup>405</sup>

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

[...]

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

[...]

V - o adotado com o filho do adotante;

Atribuindo ao adotado a condição de filho, também é uma consequência pessoal e lógica que este adquira o nome de família dos adotantes, assim como de seus ascendentes, como uma garantia de obtenção da plena desvinculação do vínculo deste com a sua família anterior.

Desse modo, explica Arthur Marques da Silva Filhos:

**A assunção do nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes (art. 47, §1º, ECA), permitindo-se, ainda, a modificação do prenome (art. 47, §5º, ECA), é um dos efeitos típicos da sentença constitutiva da adoção.** Guarda plena compatibilidade na linha de consideração de que a adoção tem por finalidade estabelecer uma relação de filiação, no intuito de proteger integralmente o adotado, rompendo-se os vínculos de parentesco com a família anterior, o que conflitaria com o princípio *adoptio imitatur*. Por outras palavras, a conservação do nome não se coaduna com a desvinculação total do adotado da sua família anterior<sup>406</sup>.

---

405 SILVA FILHO, Artur Marques da. Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. *Op. Cit.*, p. 198.

406 SILVA FILHO, Artur Marques. *Op. Cit.*, p. 191.

Com relação aos efeitos patrimoniais, de caráter material, pode-se listar duas espécies, quais sejam, o direito a alimentos e o direito à sucessão.

Eunice Ferreira Rodrigues Granato esclarece que, por alimentos, não se deve entender apenas a comida, fato que é costumeiramente confundido por quem tem o dever de arcar com este ônus, mas tudo aquilo que é indispensável ao sustento, como a instrução e a educação, citando assim, a lição de Yussef Said Cahali<sup>407</sup>:

O ser humano, por natureza, é carente desde a sua concepção; como tal, segue o seu fadário até o momento que lhe foi reservado como derradeiro; nessa dilação temporal – maios ou menos prolongada – a sua dependência dos alimentos é uma constante, posta como condição de vida. Daí a expressividade da palavra “alimentos” no seu significado vulgar, ou, no dizer de Pontes de Miranda, “o que serva à subsistência animal”. Em linguagem técnica, bastaria acrescentar a esse conceito a ideia de obrigação que é imposta a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem deles necessite. Adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, a palavra “alimentos” vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer os reclamos da vida, são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção<sup>408</sup>.

Assim, o direito alimentício do adotado tem por respaldo não somente a necessidade dos bens materiais, mas também o afeto, elementar da relação entre adotante e adotado, sendo resultado da influência do princípio constitucional da igualdade entre as filiações (art.227, §6º, CF) e da obrigação constitucional de que “*os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores*” (art.229, CF)<sup>409</sup>.

Art. 227, § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

---

407 GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Op. Cit. p. 93-94.

408 CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1993, p. 177.

409 SILVA FILHO, Artur Marques. *Op. Cit.*, p. 205.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Ainda, como efeito patrimonial, tem-se o direito à sucessão hereditária do adotante e demais parentes sucessíveis, na qualidade de herdeiro legítimo necessário, nos moldes do artigo 1.845 do Código Civil.

Conforme prevê a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>410</sup>:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

**§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.**

Importante registrar que na hipótese da adoção unilateral, prevista no § 1º do art. 41 do ECA, que pode ocorrer quando um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, permanecem os vínculos de filiação entre adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e seus parentes. Nesta situação, o adotado será chamado à vocação hereditária de ambas as partes, quando um ou outro falecerem. É o caso, por exemplo, de uma mulher que teve seu filho, sendo mãe solteira e posteriormente se casa ou vive concubinato com um homem, que resolve adotar essa criança. O adotado mantém os vínculos de filiação com a sua mãe biológica e o parentesco com a família de sua genitora; ao mesmo tempo está vinculado ao adotante e seus parentes, pela adoção<sup>411</sup>.

#### **4. Da irrevogabilidade da adoção.**

---

410 GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Op. Cit. p. 91.

411 GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Op. Cit. p. 92.

O parágrafo 1º do artigo 39 do ECA dispõe que *“a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa”*.

E o parágrafo 3º do artigo 39 do ECA, por sua vez, estabelece que *“em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando”*.

Conforme Luciano Alves Rossato: *“não se admite a ‘devolução’ de crianças e adolescentes adotados. Uma vez firmado o vínculo de filiação só pode haver a extinção via procedimento judicial específico, da mesma forma que ocorreria com os pais biológicos”*<sup>412</sup>. Ou seja, via ação de destituição de poder familiar.

Rossato traz dois exemplos envolvendo a “devolução”, esclarecendo que, com fulcro no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a desistência dos adotantes tem acarretado no dever de indenizar por danos morais e materiais, na forma de alimentos

Infelizmente já se teve notícia do julgamento de casos envolvendo a “devolução” de crianças e adolescentes adotados. Na Apelação Cível 1.0702.09.568648-2, julgada em 10.11.2011, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais afirmou, com fulcro no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que os pais que “desistem” da adoção tem o dever de indenizar por dano moral e também por dano material, na forma de alimentos. Em 2014, nos autos da Apelação 0006658-72.2010.8.26.0266, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenou pais adotivos que desistiram de criar os filhos ao pagamento de indenização por danos morais, mas não reconheceu a obrigação de pagar alimentos sob o argumento de que a destituição do poder familiar decorrente da devolução do infante teria feito cessar o dever de sustento<sup>413</sup>.

Nesse aspecto, de acordo com o princípio da proteção integral delineado no art. 100, parágrafo único, II, do ECA: *“a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares”*. E, por sua vez, o princípio do superior interesse (art. 100, parágrafo único, IV) preceitua que *“a intervenção deve atender prioritariamente aos*

---

412 ROSSATO, Luciano Alves. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo / Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépre, Rogério Sanches Cunha. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.Ob. cit. p. 161

413 ROSSATO, Luciano Alves. Ob. cit. p. 161

*interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”.*

Dessa forma, em que pese a irrevogabilidade e a irretratabilidade da adoção, a complexidade das relações jurídicas tem proporcionado decisões que relativizam a regra e, assim, em casos pontuais, tem-se admitido o cancelamento da adoção e o restabelecimento do poder familiar com a intenção de resguardar interesses existenciais e a dignidade do adotado.

Nesse sentido, em situações excepcionais, recorrem-se ao uso da teoria da derrotabilidade das normas, permanecendo-se a vigência da regra, entretanto, à luz das especificidades do caso concreto, afasta-se, episódica e casuisticamente, a regra geral. Conforme esclarece a doutrina:

**Cuida-se, a mais não poder, de uso da teoria da derrotabilidade das normas-regras (também chamada de defeseability), superando-se, episódica e casuisticamente, a regra geral do sistema (que continuará sendo - e não poderia ser diferente - a irrevogabilidade e irretratabilidade da adoção).** Apenas excepcionou-se a regra em um caso justificável (um caso extremado ou extreme case), no qual o respeito aos princípios fundamentais do ordenamento, em especial à dignidade humana, impunha um afastamento da regra ao caso concreto<sup>414</sup>.

## **5. Hipóteses em que o STJ admitiu a revogabilidade da adoção.**

Embora irrevogável, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem admitido a revogação da adoção em algumas situações especiais, entre as quais o presente artigo selecionou três decisões e passará a analisá-las a seguir.

A interpretação da vedação legal contida no artigo 39, § 3º, do ECA, não deve se ater apenas a sua literalidade, exigindo-se uma interpretação sistemática e teleológica da norma.

Com isso, o enfoque é comprovar que a regra da irrevogabilidade não tem caráter absoluto, mas poderá ensejar na responsabilização civil dos adotantes.

---

414 FARIAS, Cristiano Chaves de. Ob. Cit. p. 1345.

## 5.1 Adoção unilateral, no interesse do adotado.

A Terceira Turma do STJ afastou a perpetuidade do vínculo adotivo, em um caso envolvendo a adoção unilateral (adoção por cônjuge).

A adoção unilateral foge à regra da habilitação obrigatória e encontra-se prevista no art. 50, § 13º, do ECA. Esse tipo de adoção, também chamada de “adoção semiplena”, ocorre quando um dos ascendentes biológicos faleceu, foi destituído do poder familiar ou é desconhecido.

Geralmente postulada pelo padrasto ou madrasta, a adoção unilateral rompe o vínculo de filiação com um dos pais, para que seja criado um vínculo novo com o pai adotivo.

No caso em tela, a adoção unilateral foi feita após o óbito do pai biológico, quando a parte contava com 14 anos. Posteriormente, embora tenha consentido expressamente com a adoção, aos 31 anos, ajuizou ação pleiteando a sua revogação, sob alegação de que, após um ano da adoção, retornou à cidade de origem de seu pai biológico, já falecido, passando a conviver com sua avó e com o meio social do genitor, circunstâncias que fulminaram o vínculo afetivo com o adotante<sup>415</sup>.

Nesse contexto, concluiu a Terceira Turma do STJ pela preservação dos laços criados, ponderando pelo peso principiológico do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tornando por cancelar a adoção unilateral anteriormente estabelecida.

Nesse diapasão, segue a ementa da decisão:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO UNILATERAL. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A adoção unilateral, ou adoção por cônjuge, é espécie do gênero adoção, **que se distingue das demais, principalmente pela ausência de ruptura total entre o adotado e os pais biológicos, porquanto um deles permanece exercendo o Poder Familiar sobre o menor, que será, após a adoção, compartilhado com o cônjuge adotante.**

---

415 Informações extraídas do site do STJ. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201200079032&dt\\_publicacao=01/08/2017](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200079032&dt_publicacao=01/08/2017) Acesso em 13/11/2023.

**2. Nesse tipo de adoção, que ocorre quando um dos ascendentes biológicos faleceu, foi destituído do Poder Familiar, ou é desconhecido, não há consulta ao grupo familiar estendido do ascendente ausente,** cabendo tão-só ao cônjuge supérstite decidir sobre a conveniência, ou não, da adoção do filho pelo seu novo cônjuge/companheiro.

3. Embora não se olvide haver inúmeras adoções dessa natureza positivas, mormente quando há ascendente - usualmente o pai - desconhecidos, a adoção unilateral feita após o óbito de ascendente, com o conseqüente rompimento formal entre o adotado e parte de seu ramo biológico, por vezes, impõe demasiado sacrifício ao adotado.

**4. Diante desse cenário, e sabendo-se que a norma que proíbe a revogação da adoção é, indisfarçavelmente, de proteção ao menor adotado, não pode esse comando legal ser usado em descompasso com seus fins teleológicos, devendo se ponderar sobre o acerto de sua utilização, quando reconhecidamente prejudique o adotado.** 5. Na hipótese sob exame, a desvinculação legal entre o adotado e o ramo familiar de seu pai biológico, não teve o condão de romper os laços familiares preexistentes, colocando o adotado em um limbo familiar, no qual convivia intimamente com os parentes de seu pai biológico, mas estava atado, legalmente, ao núcleo familiar de seu pai adotivo.

6. Nessas circunstâncias, e em outras correlatas, deve preponderar o melhor interesse da criança e do adolescente, que tem o peso principiológico necessário para impedir a aplicação de regramento claramente desfavorável ao adotado - in casu, a vedação da revogação da adoção - cancelando-se, assim, a adoção unilateral anteriormente estabelecida.

7. Recurso provido para para, desde já permitir ao recorrente o restabelecimento do seu vínculo paterno-biológico, cancelando-se, para todos os efeitos legais, o deferimento do pedido de adoção feito em relação ao recorrente. (REsp 1545959/SC, Rel. Ministro RICARDO

VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 01/08/2017) [g.n.]

## 5.2 Rescisão da sentença fundamentada em vício de consentimento do adotado.

Instado a se manifestar sobre a irrevogabilidade da adoção em nome do melhor interesse de adolescente, o STJ, por meio da 3ª Turma, decidiu-se pela possibilidade de rescindir a sentença de adoção, determinando-se a retificação do registro civil do jovem adotado, em um caso concreto em que o próprio adotado se arrependeu do processo e fugiu do convívio com a nova família.<sup>416</sup>

No caso, a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, reforçou que a interpretação do parágrafo 1º do artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) conduz à conclusão de que a irrevogabilidade da adoção não é regra absoluta, podendo ser afastada sempre que se verificar que a manutenção da medida não apresenta reais vantagens para o adotado e não satisfaz os princípios da proteção integral e do melhor interesse.

Não se pode perder de vista que a norma do § 1º do art. 39 do ECA possui nítida finalidade protetiva, o seu escopo é de resguardar os direitos fundamentais dos adotandos.

Embora tenha havido o consentimento do adolescente, durante o procedimento judicial de adoção, posteriormente ele se demonstrou falso, razão pela qual amolda-se ao consectário do art. 966, VI, do Código de Processo Civil, que admite a rescisão da sentença quando ela se basear em prova cuja falsidade seja demonstrada na própria rescisória.

A Ministra aduziu que "*Não se trata de vedada alegação de fato novo, mas sim de prova pericial nova que se refere à existência ou inexistência de ato jurídico anterior à sentença, qual seja, o consentimento do adolescente*". Logo, com fulcro no art. 966, VI, do Código de Processo Civil, concluiu pela rescisão da sentença. Veja que o consentimento do adolescente apenas se mostrou viciado em momento posterior.

O falso nesse caso está consubstanciado no conteúdo do consentimento manifestamente divorciado da realidade.

---

416 Terceira Turma admite rescisão de adoção após prova de que o adolescente adotado não a desejava. Notícias. Data 07/06/2021 07:30. Extraída do site do STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/07062021-Terceira-Turma-admite-rescisao-de-adocao-apos-prova-de-que-o-adolescente-adotado-nao-a-desejava-.aspx#:~:text=Para%20a%20Terceira%20Turma%20do,desejava%20verdadeiramente%20participar%20do%20procedimento. Acesso em 13/11/2023.>



Por fim, no sentido de que nem sempre as presunções estabelecidas pelo legislador suportam o crivo da realidade, declarou a relatora:

"a manutenção dos laços de filiação com os recorrentes representaria, para o adotado, verdadeiro obstáculo ao pleno desenvolvimento de sua personalidade" – especialmente porque poderia prejudicar o aprofundamento das relações estabelecidas com a nova família na qual foi inserido –, "representando interpretação do parágrafo 1º do artigo 39 do ECA descolada de sua finalidade protetiva".

Para melhor compreensão, segue a ementa do relevante julgado:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. INFÂNCIA E JUVENTUDE. OMISSÃO AUSÊNCIA. IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TEOLÓGICA. FINALIDADE PROTETIVA. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SENTENÇA CONCESSIVA DA ADOÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. POSSIBILIDADE. PROVA NOVA. CARACTERIZAÇÃO. PROVA FALSA. CARACTERIZAÇÃO.

1- Ação ajuizada em 27/11/2014. Recurso especial interposto em 13/5/2020 e concluso ao gabinete em 20/10/2020.

2- O propósito recursal consiste em definir: a) se houve omissão da Corte de origem ao apreciar a tese relativa à caracterização de falsidade ideológica, notadamente a própria declaração do adotado no sentido de que não desejava a adoção; e b) se é possível, ante a regra da irrevogabilidade da adoção, a rescisão de sentença concessiva dessa espécie de colocação em família substitua ao fundamento de que o adotado, à época da adoção, não a desejava verdadeiramente e de que, após atingir a maioridade, manifestou-se pela procedência do pedido.

3- No que diz respeito à apontada omissão, verifica-se que os recorrentes não indicam quais os dispositivos legais teriam sido violados pelo acórdão hostilizado, tornando patente a falta de fundamentação do apelo especial, circunstância que atrai a incidência, por analogia, do Enunciado de Súmula nº 284 do Supremo

Tribunal Federal. Ademais, não houve negativa de prestação jurisdicional, porquanto a Corte de origem analisou a questão deduzida pelos recorrentes.

**4- A interpretação sistemática e teleológica do disposto no § 1º do art. 39 do ECA conduz à conclusão de que a irrevogabilidade da adoção não é regra absoluta, podendo ser afastada sempre que, no caso concreto, verificar-se que a manutenção da medida não apresenta reais vantagens para o adotado, tampouco é apta a satisfazer os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.**

**5- A sentença concessiva de adoção, ainda quando proferida em procedimento de jurisdição voluntária, pode ser encoberta pelo manto protetor da coisa julgada material e, como consectário lógico, figurar como objeto de ação rescisória.** Precedentes.

**6- Está caracterizada a “prova nova” apta justificar a sentença concessiva de adoção, porquanto se extrai do Relatório Psicológico que não houve, de fato, consentimento do adotando com relação à adoção, conforme exige o § 2º do art. 45 do ECA. Não se trata de vedada alegação de fato novo, mas sim de prova pericial nova que se refere à existência ou inexistência de ato jurídico anterior à sentença, qual seja, o consentimento do adolescente.**

**7- Subsume-se a hipótese ao previsto no inciso VI do art. 966 do CPC, porquanto admitiu o magistrado singular, ao deferir a adoção, que houve o consentimento do adotando, conforme exigido pelo § 2º do art. 45 do ECA, o que, posteriormente, revelou-se falso.**

**8- Passando ao largo de qualquer objetivo de estimular a revogabilidade das adoções, situações como a vivenciada pelos adotantes e pelo adotado demonstram que nem sempre as presunções estabelecidas dogmaticamente, suportam o crivo da realidade, razão pela qual, em caráter excepcional, é dado ao julgador demover entraves legais à plena aplicação do direito e à tutela da dignidade da pessoa humana.**

9- **A hipótese dos autos representa situação sui generis na qual inexistente qualquer utilidade prática ou reais vantagens ao adotado na manutenção da adoção, medida que sequer atende ao seu melhor interesse. Ao revés, a manutenção dos laços de filiação com os recorrentes representaria, para o adotado, verdadeiro obstáculo ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, notadamente porque impediria o evoluir e o aprofundamento das relações estabelecidas com os atuais guardiões, representando interpretação do § 1º do art. 39 do ECA descolada de sua finalidade protetiva.**

10- **Levando-se em consideração (a) os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, (b) a inexistência de contestação ao pleito dos adotantes e (c) que a regra da irrevogabilidade da adoção não possui caráter absoluto, mas sim protetivo, devem, excepcionalmente, ser julgados procedentes os pedidos formulados na presente ação rescisória com a consequente rescisão da sentença concessiva da adoção e retificação do registro civil do adotado.**

11- Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. RECURSO ESPECIAL Nº 1.892.782 – PR. STJ. 3ª TURMA. RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI – J. 06/04/2021. DJe: 15/04/2021

### **5.3 Desistência de adoção, durante o estágio de convivência, por motivo de foro íntimo.**

Por fim, destaca-se uma recente decisão proferida pela 4ª Turma do STJ, oportunidade em que a Turma afastou a responsabilidade civil por danos morais e materiais, em um caso de desistência de adoção, durante estágio de convivência, por motivo de foro íntimo.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO DE CRIANÇA NA FASE DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. GENITORA BIOLÓGICA QUE CONTESTOU A ADOÇÃO E INSISTIU NO DIREITO DE VISITAÇÃO DO MENOR. DOENÇA NEUROLÓGICA CONSTATADA NA CRIANÇA. PAIS ADOTIVOS LAVRADORES SEM CONDIÇÕES FINANCEIRAS. DESISTÊNCIA JUSTIFICADA. ABUSO DE DIREITO NÃO CONFIGURADO.

**1. A desistência da adoção durante o estágio de convivência não configura ato ilícito, não impondo o Estatuto da Criança e do Adolescente nenhuma sanção aos pretendentes habilitados em virtude disso.**

**2. Embora o fato de a criança ter recebido diagnóstico de doença grave e incurável possa ter contribuído para a desistência da adoção, haja vista que os candidatos a pais eram pessoas extremamente simples e sem condições financeiras, o fato de a genitora biológica ter contestado o processo de adoção e ter requerido, sucessivamente, que a criança lhe fosse devolvida ou que lhe fosse deferido o direito de visitação, não pode ser desprezado nesse processo decisório.**

**3. A desistência da adoção nesse contexto está devidamente justificada, não havendo que se falar, em situações assim, em abuso de direito, especialmente, quando, durante todo o estágio de convivência, a criança foi bem tratada, não havendo nada que desabone a conduta daqueles que se candidataram no processo.**

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(RECURSO ESPECIAL Nº 1.842.749 – MG. STJ. QUARTA TURMA. RELATORA MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI. J. 24/11/2023. DJe: 03/11/2023)

A ação de indenização foi ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais, com fundamento em suposta desistência imotivada de adoção durante o estágio de convivência, após significativo lapso temporal, por motivo de doença constatada na criança, em afronto aos arts. 1º, 15, 33, § 3º, 35, 46, 47 e 199-A do ECA, além dos arts. 186, 187 e 927, do Código Civil.

A Turma concluiu que não houve ato ilícito nem abuso de direito, pontuou-se que o convívio teve início três dias após o nascimento da criança e, três meses após, constataram a gravidade da doença, sem cura, decorrente de má formação do seu sistema nervoso central. Decorridos três anos da guarda inicial, postularam a desistência por motivo de foro íntimo.

Importante pontuar, como constou na fundamentação do acórdão, que a redação atual do artigo 46 do ECA passou a prever o prazo máximo de 90 (noventa) dias para o

estágio de convivência, mas à época dos fatos, tal prazo era fixado a critério da autoridade judiciária. À época não havia sanção por desistência no curso do processo.

Não obstante a doença acometida e os poucos recursos dos adotantes (lavradores), a mãe biológica da criança demonstrou o interesse em tê-la de volta.

## **Conclusão**

Por meio da abordagem do contexto histórico do instituto da adoção, identificou-se que referido instituto ganhou nova leitura com a consagração do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, conforme art. 227, § 6º, da CR/88.

A família contemporânea deve ser compreendida pelo viés da afinidade e afetividade, que aproximou os conceitos de socioafetividade (relações sociais baseadas no afeto) e de eudemonismo (o conceito de busca pela felicidade).

A proteção jurídica da família ganhou novos contornos, enfatizando o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade e com lastro no dever constitucional de solidariedade, calcado no afeto.

Embora haja a previsão normativa peremptória de que a adoção é irrevogável e irretratável, o Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, reforça que o escopo da previsão contida no art. 39, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é a proteção dos interesses do menor adotado.

Com isso, o STJ admitiu a revogabilidade da adoção, desfazendo a adoção unilateral, privilegiando, no caso concreto, o interesse do adotado que, após um ano da conclusão do processo de adoção, retomou os laços afetivos com a família de seu pai biológico falecido e, concomitantemente, perdeu o vínculo afetivo com o padrasto.

No mesmo contexto, o STJ concluiu ser possível a rescisão da sentença fundamentada em vício de consentimento do adotado, uma vez que, no caso concreto, restou evidenciado que o consentimento dado pelo adotado foi falso, não era a sua real intenção ser adotado pelo casal de adotantes, garantindo-se, assim, a primazia do interesse do adotando.

Por fim, o STJ entendeu pela possibilidade de desistência de adoção, durante estágio de convivência lastreada em motivo de foro íntimo, não havendo que se falar na responsabilidade civil por danos materiais e morais do casal de adotantes. O caso trouxe a

existência de uma doença neurológica, mas a Corte entendeu que havia outros elementos que, aliados à existência da doença, justificaram a recusa.

Dessa forma, conquanto o ordenamento jurídico brasileiro consagre a irrevogabilidade e a irretroatividade da adoção, o seu afastamento, conforme o Superior Tribunal de Justiça, é fruto de uma interpretação sistemática e teleológica, excepcionalmente realizada em casos específicos, notadamente quando em foco o melhor interesse do adotando.

### Referências bibliográficas

BRASIL, **Lei nº 8.069/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)

Câmara dos Deputados, **Lei nº 3.071/1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>

Câmara dos Deputados. **Lei nº 4.655/1965.** <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4655-2-junho-1965-377680-publicacaooriginal-45829-pl.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20legitimidade%20adotiva.>

Câmara dos Deputados. **Lei nº 6.697/1979. Código de Menores.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6697-10-outubro-1979-365840-publicacaooriginal-1-pl.html>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 14ª ed. rev. ampl. e atual – Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P. 331.

CAHALI, Yusef Said. **Dos Alimentos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1993.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Manual de Direito Civil - Volume Único** / Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosendal. - 7. ed. rev. ampl. e atual. - São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues, **Adoção: doutrina e prática.** Curitiba: Juruá, 2009.

LÔBO, Paulo. **Princípio da Solidariedade Familiar.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf#:~:text=A%20solidariedade%20do%20n%C3%BAcleo%20familiar,uma%20palavra%2C%20de%20solidariedade%20civil.>

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo /** Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépure, Rogério Sanches Cunha. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

## O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA

**STEBBIN ATHAIDES ROBERTO DA SILVA:**

Pós-Graduado em Execução Penal e Tribunal do Júri, Pós-Graduado em Lei Geral de Proteção de Dados, Pós-Graduado em Direito Administrativo, Pós-Graduado em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil e Pós-Graduado em Direito Penal. Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco.

**RESUMO:** Este trabalho sobre a assistência jurídica gratuita no tocante ao serviço fornecido pela Defensoria Pública tem a finalidade de analisar o direito material firmado na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, a evolução de sua previsão dentro dos textos legais e a atribuição da função de resguardar a garantia desse acesso e efetivá-lo à instituição da Defensoria Pública, discorrendo sobre como a evolução socioeconômica e cultural do Brasil culminou à existência de um direito tão fundamental que, apesar de constar no Texto Magno, encontra diversas barreiras que impossibilitam sua plenitude na prática. Para isso, foram utilizados o método hipotético dedutivo, bem como pesquisa qualitativa e embasado em revisão bibliográfica e documental, tendo como marco teórico o direito à Justiça e à cidadania. Quanto aos resultados de pesquisa, certificou-se que a instituição da Defensoria Pública é essencial para o pleno exercício da cidadania brasileira, sobretudo por possibilitar aos necessitados a defesa efetiva de seus direitos, ainda que os incentivos sejam escassos e o próprio ambiente jurídico eivado de defeitos de diversas naturezas. Concluiu-se, por fim, que há a necessidade de uma investigação mais profunda acerca dos mecanismos de efetivação do acesso à Justiça para a compreensão da sua essencialidade para o povo brasileiro.

**Palavras-chave:** 1 Justiça; 2 Acessibilidade; 3 Defensoria Pública; 4 Assistência jurídica gratuita.

**ABSTRACT:** This work on free legal assistance in relation to the service provided by the Public Defender's Office has the purpose of analyzing the material law established in the Constitution of the Brazilian Federative Republic of 1988, the evolution of its provision within the legal texts and the attribution of the function of safeguarding the guaranteeing this access and making it effective at the institution of the Public Defender's Office, discussing how the socioeconomic and cultural evolution of Brazil has culminated in the



existence of such a fundamental right that, despite appearing in the Great Text, encounters several barriers that make it impossible to achieve in practice. For this, the hypothetical deductive method was used, as well as qualitative research based on bibliographic and documentary review, using the right to justice and citizenship as a theoretical framework. Regarding the research results, it was certified that the institution of the Public Defender's Office is essential for the full exercise of Brazilian citizenship, above all because it enables those in need to effectively defend their rights, even though incentives are scarce and the legal environment itself is riddled with defects of various natures. Finally, it was concluded that there is a need for deeper investigation into the mechanisms for implementing access to Justice in order to understand its essentiality for the Brazilian people.

**Keywords:** 1 Justice; 2 Accessibility; 3 Public Defender's Office; 4 Free legal assistance.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Acesso à justiça como direito material. 1.1 Os mecanismos de acessibilidade ao direito material. 1.2 A Defensoria Pública como órgão responsável ao acesso à justiça. 2 O papel da Defensoria Pública no âmbito da justiça multiportas. 3 *Global Access To Justice Project*. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O acesso à Justiça, contemporaneamente, é tido como direito fundamental intrínseco à cidadania, propondo uma tarefa de integração democrática e igualitária. Trata-se, nestes moldes, de uma garantia ao acesso formal do direito subjetivo que, pela sua própria natureza, se fundamenta em conceito amplo e vago.

Por se tratar de direito material e fundamental, encartado na Lei Máxima da República Federativa do Brasil, a criação e o investimento em políticas públicas voltadas à materialização do direito de acesso à Justiça são essenciais para o exercício pleno da cidadania, do Poder Judiciário e da própria sociedade democrática em que se assenta.

Nesse íterim, o presente trabalho se propõe a analisar o alcance da materialidade da garantia constitucionalmente do acesso à Justiça e, nessa direção, a função da instituição da Defensoria Pública como medida a amplificar o referido acesso, posto que o socorro ao Poder Judiciário é justamente o caminho que visa analisar, reparar ou desfazer a violação de um direito e da necessidade de se possibilitar e viabilizar o alcance do remédio jurídico quando da ocorrência do desrespeito do direito material. Propõe-se,

ainda, uma abordagem da atuação extrajudicial da Defensoria Pública no contexto do modelo de justiça multiportas.

Desse modo, para o estudo do tema, será utilizado o método de procedimento hipotético-dedutivo, pelo qual será analisada a situação-problema da vulnerabilidade do sistema jurídico em limitar-se à utopia de igualdade entre partes antagônicas dentro dos méritos judiciais e como o desdobramento do próprio acesso de reivindicação do direito, que será norteado e avaliado pelo direito à justiça e à cidadania, bem como compreender o papel atribuído à Defensoria Pública para a execução e efetividade de obtenção de uma solução justa das disputas judiciais, a fim de a decisão legal ser definida independentemente de condições socioeconômica, raça, sexo, classe social ou gênero, objetivando se encontrar uma possível solução e explicar as causas e efeitos na problemática levantada.

O primeiro item tem a proposta de analisar o acesso à Justiça como direito material, os obstáculos que sua efetividade enfrenta ao longo da jornada jurídica e as perspectivas de aprimoramento desse acesso em busca de uma sociedade mais justa e inclusiva. Como subitens, tem-se por propósito a análise dos mecanismos de acessibilidade ao direito material e, também, da instituição da Defensoria Pública na vertente de ser a expressão de política pública do acesso ao Poder Judiciário.

No segundo item deste trabalho, faz-se a análise do papel da Defensoria Pública no âmbito da justiça multiportas, enquanto instituição resolutiva dos litígios que afligem o público assistido fora das estruturas da jurisdição estatal.

Por último, o terceiro e final tópico busca analisar um projeto complementar às Ondas Renovatórias do Projeto Florença, intitulado *Global Access To Justice Project*, sendo um ensaio sobre o direito de acesso à justiça na atualidade nos mais diversos ordenamentos jurídicos globais.

Como hipótese inicial será adotada a premissa da positivação do direito em comento nos textos legais e vigentes da República do Brasil como princípio dessa garantia ampla, com análise do alcance da amplitude da prescrição legal e quais as atitudes tomadas pelos órgãos e poderes competentes a fim de mensurar a intenção de emancipar a cidadania, no que tange ao Poder de Justiça, aos cidadãos pertencentes ao Estado brasileiro.

## **1 ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO MATERIAL**

Quando do seu surgimento como direito individual e específico, o acesso à justiça nos séculos XVIII e XIX limitava-se justamente à filosofia individualista de propor ou contestar uma ação, na medida que sua essência se fundava na teoria dos “direitos naturais”, de modo que a intervenção estatal, nesse sentido, visava apenas ao impedimento de sua violação, com uma conduta passiva em relação ao efetivo conhecimento e perseguição da manutenção dos direitos individuais na prática (CAPPELLETTI, 2002).

Como já é possível deduzir da visão individualista, não havia uma preocupação do alcance desse direito por toda a população de uma sociedade; ao contrário, para recorrer-se do Poder Judiciário era necessário arcar com todos os seus custos, não sendo sequer notado como um problema a diferença por vezes inerente entre os litigantes em acessar recursos jurídicos na defesa de seus interesses.

Logo, é perceptível que um dos primeiros desafios na jornada de acesso à Justiça é a disparidade econômica. A representação judicial de qualidade está não apenas ligada ao conhecimento da noção do direito próprio, mas também de ter acesso às ferramentas que possibilitam sua defesa quando há uma violação ou contradição de aplicabilidade de uma norma.

Por óbvio, com a ampla divulgação da noção de direitos humanos, o mundo moderno se viu enfrentado pela necessidade de preocupar-se com o acesso à justiça para os setores menos abastados da sociedade, perspectiva esta que tem a intenção de garantir aos litigantes miseráveis, ignorantes, de baixa renda ou baixo conhecimento de obterem assistência judiciária com a mesma qualidade que receberiam acaso tivessem condições de contratar advogados particulares a fim de apoiar os interesses difusos desses indivíduos (QUEIROZ, 2020).

É essencial ter a percepção de que países como o Brasil, mesmo que intencionalmente preocupados com a amplitude de suas garantias, possuem uma formação cidadã deficitária que, na raiz da situação, é incapaz de solucionar o problema que não tem a causa surgida da paridade ou disparidade dos métodos jurídicos aplicáveis ao caso concreto, mas é marcado por profundas desigualdades socioeconômicas que infiltram a tentativa de solução proposta.

Nesse diapasão, o exímio professor Mauro Cappelletti é didático ao lecionar:

O estudo [jurídico] era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro cível. Sua preocupação era frequentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar as normas de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas. As reformas eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população. (CAPPELLETTI, 2002; p. 12)

É, justamente, a compreensão difusa do conceito de direitos humanos e sua garantia proclamada que deu sentido aos direitos e deveres sociais dos governos, governantes, comunidades, indivíduos, órgãos e associações. Foi, a partir do momento em que a negligência e inatividade estatal teve seus piores acontecimentos nas mãos de lideranças autoritárias que a atuação positiva do Estado mostrou-se necessária a plenamente garantir e assegurar os direitos prescritos em textos legiferantes. Entendeu-se, portanto, que o sentido da efetivação de garantias de diversas naturezas perde sua lógica quando se denota a ausência de mecanismos capazes de permitir sua reinvidicação e defesa.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1934, inovando no ordenamento jurídico-constitucional, previu expressamente o direito de acesso à Justiça aos necessitados por meio de órgãos especiais que deveriam ser criados para esse fim. No plano infraconstitucional, notabilizou-se a adoção de um modelo *judicare* com a edição da Lei n. 1.060/50, isto é, com a remuneração pelo Estado de Advogados particulares que exerciam a prestação de serviço de assistência judiciária. É, no entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988 que, após muitas discussões no âmbito da assembleia constituinte, efetiva-se o modelo público de assistência jurídica, "*in verbis*":

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Concebe-se, pelos dispositivos retrotranscritos, que o ordenamento jurídico pátrio, além de franquear o livre acesso ao Poder Judiciário diante de uma hipótese de lesão ou ameaça a direito, buscou democratizar o acesso ao incumbir o Estado do descer de prestar a assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovadamente não ostentarem recursos suficientes ao custeio dessa atividade, acometendo à Defensoria Pública, enquanto instituição autônoma, permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, essa hercúlia missão. Reveste-se, assim, de inegável caráter material o direito de acesso à Justiça.

### **1.1 Os mecanismos de acessibilidade ao direito material**

Após a longa trajetória de se perceber, dentro do âmbito social, a necessidade de reconhecimento do acesso livre e integral à Justiça como pertencente a todo e qualquer indivíduo que integre a comunidade, o enfoque ao seu acesso é o passo pelo qual os direitos se executarão, de modo que a discussão teórica de regras processualistas não podem se realizar mediante análises neutras, isto é, fechadas para contextos diversos e com um nicho demasiadamente específico, posto que o exercício dessa técnica traz um modelo utópico de igualdade que se torna inaplicável à realidade, notadamente diante da notável desigualdade social que assola a população brasileira.

É fundamental que haja, em razão desta peculiaridade, o reconhecimento de que as técnicas judiciais servem aos propósitos das questões sociais, havendo de se perceber que até o modo como se regulamenta as regras processuais direciona a execução do processo, mas também de como ele será perseguido por seus titulares.

Nessa direção, há também que se valorizar as técnicas anteriores ao ajuizamento de um conflito de interesses, ou seja, a promoção da educação jurídica desde suas fases iniciais numa educação continuada é valiosa estratégia nesse propósito, abrangendo, inclusive, atuação para busca da solução consensual do litígio por meio de técnicas autocompositivas e heterocompositivas alheias à jurisdição estatal. Isso significa dizer que uma sociedade informada de seus direitos e, ainda, de como acessá-los corretamente e satisfatoriamente faz surgir uma sociedade mais capacitada para exigir da justiça a demanda que lhe antagoniza ou prejudica, contribuindo à construção de uma cultura que valoriza o acesso à Justiça como um direito alienável.

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI, 2002; p. 13)

Ainda nesta lógica, Cappelletti brilhantemente argumenta, conforme já mencionado em tópico retro, que existe um obstáculo em relação ao reconhecimento da existência de um direito juridicamente exigível e que, em razão do crescimento disfuncional da sociedade em termos socioeconomicamente desiguais, a maioria dos indivíduos comuns não podem e não conseguem superar barreiras que se prontificam diante do acesso pleno à Justiça.

Surpreendentemente, não é apenas aos miseráveis que tais barreiras se apresentam, mas ao cidadão consumidor bem-informado também falta o conhecimento jurídico básico para compreender, contestar e até mesmo realizar objeções dos pactos que realiza e de condutas que cometem.

Quesitos pertinentes à burocracia e formalidade dos procedimentos judiciais, além de seus ambientes intimidadores, regras ocultas e figuras intimidadoras como de juízes e advogados fazem com que o litigante se sinta um estrangeiro, alguém que não possui a capacitação necessária para estar presente em um ambiente como aquele, ainda que seja titular do direito e todo o aparato jurídico tenha se movimentado e, inclusive, existido, com o propósito de esclarecer e decidir sobre interesses conflitantes.

A junção desses fatores prejudiciais que se estendem na evolução sócio-histórica do Estado brasileiro são cristalinos para atestar que, apesar da formalização e positivação dos termos que permitem a qualquer indivíduo acessar o Poder Judiciário na busca de seus

direitos, a prática desigual de funcionamento da sociedade fez surgir, há muito, a consideração pela necessidade de promoção da assistência judiciária de forma gratuita. Como dito, a Constituição da República já previa a importância de se criar um órgão específico com a função de prestar assistência judiciária à população (BRASIL, 1934).

Seguindo a perspectiva histórica, a Carta Magna de 1967 pouco discorreu sobre a assistência judiciária em sua modalidade gratuita, deixando a regulamentação nas mãos do legislador ordinário e, finalmente, na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, finalizou-se a redação mais democrática já registrada na história do país, proposital e intencionalmente voltada à emancipação cidadã dos brasileiros no que se refere à democratização do acesso à Justiça.

Enquanto nas primeiras Constituições os principais objetivos eram a limitação do poder dos monarcas, a afirmação do império da Lei e a proteção das liberdades individuais, as mais recentes guiam-se por valores democráticos, enfatizando os direitos sociais. A meta não é apenas limitar o poder absoluto e assegurar direitos, mas ser um instrumento para a realização da justiça social e para a promoção de direitos, incorporando valores da igualdade social, econômica e cultural. (SADEK, 2004, p. 79)

Desta forma, assentado o entendimento no sentido de que a previsão do direito à assistência jurídica integral e gratuita na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional é primordial e, superado tal passo, surgiu a necessidade de se delegar a determinada instituição estatal a obrigação de gestar a questão e efetivamente fornecer o serviço público que, por sua natureza, é gravado pela marca da gratuidade, sem que isso lhe retire a qualidade do serviço ofertado.

## **1.2 A Defensoria Pública como órgão responsável ao acesso à justiça**

Uma vez superada a questão de próprio reconhecimento do direito de acesso à Justiça, surgiu-se por consequência a necessidade de delegação das atividades pertinentes e decorrentes desse direito a um órgão que tenha especificamente a função de gerir a assistência jurídica com o incentivo e financiamento estatal.

QUEIROZ, 2020, é objetiva ao analisar a evolução do raciocínio de qual órgão se responsabilizaria pelo fornecimento em questão. A discussão obtida da Assembleia

Nacional Constituinte de 1987-1988 foi incumbida de decidir pela política vigente. Inicialmente, conforme descreve a autora, a situação de assistência gratuita foi outorgada às Procuradorias dos Estados, mas as contestações em relação ao órgão assumir tal compromisso referia-se à sua responsabilidade primordial, qual seja, a responsabilidade de representação e consultoria jurídica do Estado, de modo que a cumulação dessa função com a prestação de assistência jurídica gratuita poderia tornar-se incompatível, vez que não é raro a população carente ajuizar demandas pleiteando direitos justamente contra o Estado.

A discussão seguiu para, finalmente, determinar a função às Promotorias até a completa instalação das Defensorias Públicas, ocasião em que a responsabilidade seria integralmente transferida ao segundo órgão.

Assim, diante da iminente demanda, observadas as circunstâncias socioeconômicas do Brasil, o vácuo a ser preenchido pela prestação dessa assistência aos necessitados, a capacidade estatal em fornecer tal serviço, o consenso obtido foi de nacionalmente reconhecer à instituição da Defensoria Pública como “responsável pela assistência jurídica aos vulneráveis em âmbito nacional pela Constituição Cidadã. Esta instituição existe em âmbito federal e estadual.” (QUEIROZ, 2020; p. 68).

Após diversas análises e divergências acerca da funcionalidade, alcance, investimento e autonomia da instituição, o mandamento constitucional que ordenou sua criação restou assim editado:

Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos vulneráveis. (BRASIL, 1988)

Ainda, cabe mencionar que foi apenas e justamente pelo advento da Carta Magna de 1988 que houve também uma melhor conceituação e segregação do termo *assistência jurídica*, posto que antes da referida promulgação, o termo significava o serviço, o benefício processual e o órgão que o efetivava e, só após a Constituição Federal de 1988 foi possível distinguir o serviço (assistência jurídica) do órgão responsável pelo seu fornecimento (Defensoria Pública) (QUEIROZ, 2020; p. 74).



Segundo dados compilados no sítio “Pesquisa Nacional Defensoria”<sup>417</sup>, a instituição da Defensoria Pública possui, atualmente, 7.200 (sete mil e duzentos) Defensores Públicos em todo país, encontrando-se instalada em todos os Estados-membros da federação, no Distrito Federal e, ainda, perante a União.

Especificamente no Estado do Mato Grosso do Sul, em novembro de 2023, a instituição da Defensoria Pública conta com 205 (duzentos e cinco) membros, o que representa 2,86% do quantitativo total de Defensores Públicos do país.

## **2 DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MULTIPORTAS**

Em superação ao dogma de que acesso à ordem jurídica justa é acesso ao Poder Judiciário, compreende-se, atualmente, o sistema de justiça como sendo um sistema multiportas, isto é, no qual o Poder Judiciário não é o único meio possível para a solução de controvérsias, sobretudo com o advento do Código de Processo Civil editado em 2015.

A origem da expressão “Justiça Multiportas” remonta aos trabalhos do professor Frank Sander<sup>418</sup>, da universidade de Harvard, que introduziu no universo jurídico a nomenclatura “centro abrangente de justiça”, que adiante cunhou como sendo o “Tribunal Multiportas”. A ideia exsurge no contexto de que para cada tipo de litígio há o direcionamento para um método adequado de resolução, que não necessariamente integra as estruturas da jurisdição estatal.

A esse respeito, Leonardo Carneiro da Cunha<sup>419</sup> leciona:

Costumam-se chamar de ‘meios alternativos de resolução de conflitos’ a mediação, a conciliação e a arbitragem (Alternative Dispute Resolution – ADR). Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam ‘alternativos’: mas sim integrados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há

---

<sup>417</sup> <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/pesquisa-nacional-2020/analise-nacional/>.

<sup>418</sup> SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. Federal Rufes Decisions, n. 70, 1976 apud ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017. (Coleção grandes temas do novo CPC, v. 9).

<sup>419</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 20<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 637.

casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal. Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal

Cumprir dizer que esse sistema multiportas traz diversas possibilidades de resolução do conflito, podendo inclusive ser criado um mecanismo específico para cada caso concreto. No entanto, as formas de solução adequada de conflitos mais utilizadas são a jurisdição (estatal e não estatal, nessa última hipótese a arbitragem), a negociação, a conciliação e a mediação.

Trata-se a justiça multiportas de fenômeno relacionado a falha ou deficiência na atuação estatal da missão consistente no monopólio de julgar, em razão de o Estado ter assumido abundantes atribuições, sem conseguir exercer com eficiência muitas delas<sup>420</sup>.

Diante de um contexto de uma enormidade de demandas, leciona Luiz Fux *et al.*<sup>421</sup>:

[...] ao mesmo tempo em que se lutou muito para que houvesse o acesso à justiça, sua facilitação erodiu a eficiência e a celeridade com que se deveriam resolver os conflitos aplicando-se a máxima "*better the roads, more the traffic*", a Justiça ficou muito abarrotada de processos, ações e recursos.

O cenário instalado, de manifesta impossibilidade de o Poder Judiciário se desvencilhar com eficiência de sua missão de julgar os processos e promover a pacificação social, decorrente de uma cultura litigante e historicamente alinhada à rivalidade,

---

<sup>420</sup> ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 27. (Coleção grandes temas do novo CPC, v. 9).

<sup>421</sup> FUX, Luiz et al. Tecnologia e justiça multiportas. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 4.

potencializou o implemento de institutos a fim de promover a adequada solução dos conflitos fora das estruturas da jurisdição estatal.

Calha consignar que o sistema multiportas de solução de conflitos se instala para tentar satisfazer, de maneira otimizada, a solução das demandas, atentando-se para a alternativa mais adequada para se resolver o conflito em mãos. Para tanto, as partes podem optar por resolverem a demanda pela via da autocomposição ou pela heterocomposição, franqueando-se, a todo momento, a utilização da tutela jurisdicional.

No âmbito da justiça multiportas, destaca-se que a Defensoria Pública tem, por imperativo constitucional, o dever institucional de promover a solução extrajudicial do litígio, vez que a Constituição Federal incumbe à instituição, em seu art. 134, *caput*, o dever de promover a orientação jurídica, em todos os graus, inclusive extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Nessa linha, a Lei Complementar n. 80/94, com redação dada pela Lei Complementar n. 132/09, dispõe, em seu art. 4º, II, como função institucional da Defensoria Pública “promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos”.

A par da previsão legal supracitada, mostra-se viável a criação de núcleos específicos no âmbito da Defensoria Pública para solução adequada de conflitos, valendo citar, a título ilustrativo, a criação de Câmara de Conciliação de Conflitos de Família pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, criada pela Resolução DPGE n. 134, de 31 de maio de 2017<sup>422</sup>.

Para potencializar as técnicas compositivas de conflitos por membros da Defensoria Pública, a Lei Complementar Federal n. 80/94 estabelece, em seu art. 4º, §4º, que o “instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público”, previsão esta que encontra consonância com as disposições do Código de Processo Civil, cujo dispositivo segue abaixo transcrito:

---

422 [https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO9421\\_01\\_06\\_2017](https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO9421_01_06_2017).

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

Portanto, compreende-se que a instituição da Defensoria Pública, enquanto essencial à atividade jurisdicional do Estado, exerce papel de relevo no âmbito da denominada Justiça Multiportas, de modo que a ampliação da atuação extrajudicial, com a aplicação de métodos adequados para a solução do conflito, mostra-se imperiosa para o atual quadro que se encontra o sistema de justiça distributiva, especialmente quanto ao seu mister de promover a pacificação social.

### **3 “GLOBAL ACESS TO JUSTICE PROJECT”**

Fruto da reunião de diversos especialistas em nível mundial em tema do direito do acesso à Justiça, o *Global Access To Justice Project*<sup>423</sup> propõe a elaboração de relatórios globais temáticos, analisando as novas e emergentes tendências de acesso à justiça. A análise pelos colaboradores do projeto envolve a verificação de barreiras econômicas, sociais, culturais e psicológicas que impedem ou inibem muitos, e não apenas pobres, de acessarem e fazerem uso do sistema de justiça. E devido a sua abordagem epistemológica multidimensional única e ao amplo alcance geográfico, o projeto possui a ambição de se tornar a pesquisa nacional mais abrangente já realizada sobre o acesso à justiça.

Trata-se, em verdade, de uma proposta complementar aos trabalhos e pesquisa realizada pelos Professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em seu intitulado Projeto Florença, que reuniu, na década de 1970, mediante remessa de relatórios por diversos países, informações sobre o direito ao acesso à justiça em diversos países.

Na metodologia empregada pelo Projeto, desenvolve-se uma lógica de que, atualmente, existem 11 (onze) ondas de acesso à Justiça<sup>424</sup>. A referência à palavra “onda”

---

423 <https://globalaccesstojustice.com/global-access-to-justice/?lang=pt-br>.

424 <https://globalaccesstojustice.com/thematic-overview/?lang=pt-br>.

é uma metáfora empregada pelo Projeto Florença quanto à necessidade de superação de barreiras para concretização do direito de acesso à Justiça.

A primeira onda renovatória diz respeito aos custos para a resolução de litígios no âmbito do sistema judiciário formal e serviços jurídicos assistenciais para os mais pobres e vulneráveis. No âmbito doméstica, a superação a essa barreira pode ser exemplificada por institutos tais como o da gratuidade de justiça, regulamentado no art. 98 e seguintes do Código de Processo Civil, que estabelecem a possibilidade de se demandar e ser demandado, independentemente da antecipação de pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, em favor daqueles que não ostentarem condição para suportar o pagamento da respectiva retribuição, bem como na criação dos Juizados Especiais, que dispensam, em primeiro grau de jurisdição, o pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, independentemente da condição econômico-financeira das partes.

A segunda onda renovatória diz respeito às iniciativas contemporâneas para se garantir representação dos direitos difusos e coletivos. Em tema de direitos transindividuais, há uma dificuldade de representação da coletividade ou grupo que teve o direito violado. De igual forma, há situações em que a lesão individualmente considerada por ser tão inexpressiva que sequer compense ingressar no Poder Judiciário para reclamar a recomposição do dano experimentado; que, numa perspectiva coletiva, pode sim ter uma extensão considerável. Justamente nesse contexto que se mostra viável a coletivização do litígio, através de técnicas e institutos adequados para a solução dessa forma especial de litígio, tal como ocorre, por exemplo, em ações civis públicas ajuizadas sob o rito da Lei n. 7.347/85.

A terceira onda renovatória guarda relação com as iniciativas para aprimoramento do procedimento e as instituições que compõe o sistema de processamento de litígios, no âmbito do processo civil, no âmbito do processo penal, quanto ao emprego de métodos alternativos/adequados de resolução de conflitos e, por fim, quanto à simplificação legal e atalhos no processo jurídico. Nessa onda ressoa a voz dos defensores do sistema de justiça multiportas e daqueles que defendem a possibilidade de flexibilização procedimental de acordo com as características do direito material que estiver sendo objeto de discussão no processo.

A quarta onda renovatória, desenvolvida pelo Professor Kim Economides, preconiza uma análise sobre a dimensão ética e política do direito, fundada na ideia de que o acesso à justiça exige que o Direito seja exercido por todos os seus atores com base na ética e probidade. A preocupação reside, então, quanto aos aspectos da formação dos atores que atuam no sistema de justiça.

A quinta onda renovatória aborda o contemporâneo processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos. Numa perspectiva de constitucionalismo supranacional, entrelaçamento de diversas ordens jurídicas, e na busca de uma mínima proteção universal/regional a direitos humanos, houve uma expressiva modificação do conceito de cidadania, agora fulcrado também em instrumentos internacionais que gozam de caráter normativo e de sistemas que possibilitam a apuração e sanção por violação de seus preceitos.

A sexta onda renovatória tem por objeto iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à Justiça, cuja discussão no Brasil reflete desde a realização de audiências de custódia por videoconferência, até a aplicação de inteligência artificial no processo de criação da decisão judicial.

A sétima onda renovatória aplica-se na discussão sobre a desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça. Revolvem-se, então, temas atinentes a cotas raciais e de gênero no serviço público de justiça e, também, a adoção de protocolos de julgamento sob a perspectiva de gênero, inclusive como medida incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça.

A oitava onda renovatória faz uma abordagem sociológica sobre necessidades jurídicas (não atendidas) e a sociologia da (in)justiça, situações que, basicamente, afligem o processo de construção da decisão judicial e aplicação do pragmatismo e do consequencialismo.

A nona onda renovatória trabalha com abordagens antropológica e pós-colonial, especificamente no que se refere às dimensões culturais do problema de acesso e o aprendizado dos povos das “primeiras nações”. Trabalha-se, pois, que barreiras identificadas em civilizações e tribos pré-colombianas para acesso à justiça e os fatores sociais que potencializam a exclusão do sistema de justiça.

A décima onda renovatória preconiza a educação jurídica como fonte necessária à superação da barreira que impede o acesso à justiça. Engloba a atuação das mais variadas

entidades e instituições vocacionais a promover a denominada “educação em direitos”, a fim de que a população tenha consciência de seus direitos e interesses, bem como da forma adequada de pleiteá-los.

Por fim, a décima primeira onda renovatória revela esforços globais na promoção do acesso à justiça. Trata-se de uma aplicação fluida de que os Estados soberanos, por suas instituições, devem envidar esforços para assegurar o direito de acesso à ordem jurídica justa.

## **CONCLUSÃO**

Ao longo deste estudo, fez-se abordagem do acesso à justiça enquanto direito material, segundo o tratamento conferido no texto constitucional e, também, na legislação infraconstitucional.

A análise detalhada revelou desafios práticos para concretização do direito de acesso à ordem jurídica justa, especialmente a criação de uma instituição, integrante das estruturas do Estado, incumbida, dentre outras atribuições, da missão de ofertar aos hipossuficientes economicamente o serviço de assistência jurídica, como expressão do regime democrático: a Defensoria Pública.

Estabeleceu-se o regime jurídico da Defensoria Pública no desenvolvimento e amplificação do direito de acesso à Justiça, segundo delineado no texto constitucional, enquanto instituição vocacionada ao atendimento em prol de grupos vulnerabilizados.

Destacou-se que a atuação defensorial transcende o sistema de justiça decorrente da atuação do Poder Judiciário em processos judiciais, vez que os membros da Defensoria Pública têm, por missão institucional, promover a solução extrajudicial dos litígios, o que revela a conexão com o sistema de Justiça Multiportas.

Por fim, destacou-se o avanço dos estudos envolvendo o direito de acesso à Justiça, em complemento ao conhecido Projeto Florença, pelo *Global Access To Justice Project* que, igualmente, sistematizou, metaforicamente, onze ondas renovatórias para tutela adequada do direito ao acesso à ordem jurídica justa.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). Anais. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, Subsecretaria de Anais, 1994a. v.1 a 25. Disponível em: < <https://atlas.fgv.br/verbete/5742>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1934. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1967. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 12 nov 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 nov. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense.

DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. 01 de junho de 2017. Disponível em: <[https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO9421\\_01\\_06\\_2017](https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO9421_01_06_2017)>. Acesso em: 14 nov. 2023.

FUX, Luiz et al. **Tecnologia e justiça multiportas**. Indaiatuba: Foco, 2021.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. Acesso à Justiça, uma nova pesquisa global. Disponível em: < <https://globalaccesstojustice.com/global-access-to-justice/?lang=pt-br>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. Perspectiva temática. Disponível em: < <https://globalaccesstojustice.com/thematic-overview/?lang=pt-br>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

SADEK, Maria T. A. **Judiciário: mudanças e reformas**. Estud. av. 2004, vol.18, n. 51, pp.79-101.



PESQUISA NACIONAL DEFENSORIA. Disponível em:

<<https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/pesquisa-nacional-2020/analise-nacional/>>.

Acesso em: 15 nov. 2023.

QUEIROZ, Laryssa Saraiva. **Defensoria Pública: análise institucional da execução da política pública de assistência jurídica gratuita** / Laryssa Saraiva Queiroz. Teresina: EDUFPI, 2020. 171 p.

SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. Federal Rufes Decisions, n. 70, 1976 apud ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017.

## AS AÇÕES ELEITORAIS BRASILEIRAS E SUAS NUANCES

**GABRIEL CARDOSO LOPES:**

Pós-graduação lato sensu em Direitos Difusos e Coletivos e Assessor Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia<sup>425</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo principal realizar uma análise das diversas ações eleitorais existentes no ordenamento jurídico pátrio, bem como as suas hipóteses de cabimento e requisitos legais. Apresenta como problema que tais instrumentos estão previstos em diversos diplomas, o que muitas vezes dificulta a atuação dos operadores do direito. Constata-se que, em linhas gerais, a Ação de Impugnação do Registro de Candidatura (AIRC) está para o Recurso Contra a Expedição de Diploma (RCED), assim como a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) – e as Representações Eleitorais – está para a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME). Aquelas, tem como objetivo analisar a capacidade eleitoral passiva do candidato ou eleito, e essas têm por escopo assegurar a lisura do processo eleitoral, punindo abusos. É concluído, então, que as ações eleitorais são instrumentos complementares, que podem ser utilizados pelos legitimados de modo concomitante, desde que observadas as finalidades e, por derradeiro, a adequação de cada ação eleitoral. O método de abordagem deste artigo baseia-se em pesquisa bibliográfica e utiliza o método dedutivo.

**Palavras-chave:** Ações Eleitorais. Ação de Impugnação do Registro de Candidatura (AIRC). Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE). Representações Eleitorais. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME). Recurso Contra a Expedição de Diploma (RCED).

### INTRODUÇÃO

O presente estudo realiza uma abordagem das diversas ações eleitorais existentes no ordenamento jurídico pátrio, bem como as suas hipóteses de cabimento e requisitos legais.

Nesta senda, nota-se que tais instrumentos estão previstos em diversos diplomas, o que muitas vezes dificulta a atuação dos operadores do direito. Existem ações eleitorais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB); no Código Eleitoral; na

---

425 E-mail: [cardosolopes.gabriel@gmail.com](mailto:cardosolopes.gabriel@gmail.com)

Lei de Inelegibilidade (Lei Complementar n.º 64/1990); e na Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/1997).

O presente artigo busca demonstrar as semelhanças e diferenças entre as ações eleitorais, bem como os posicionamentos prevalentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente no que diz respeito ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e ao Supremo Tribunal Federal (STF).

A metodologia utilizada no trabalho baseia-se em pesquisa bibliográfica, tendo em vista que se utiliza da legislação brasileira, de artigos de recursos informativos, dissertações, revistas, utilizando o método dedutivo.

### **1.AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DO REGISTRO DE CANDIDATURA (AIRC).**

A primeira ação eleitoral é denominada Ação de Impugnação do Registro de Candidatura (AIRC) e, como se pode intuir, pode ser ajuizada quando da publicação do pedido de registro do candidato.

Sua previsão legal encontra-se no art. 3º da Lei Complementar n.º 64/1990, conhecida como Lei da Inelegibilidade:

Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

§ 1º A impugnação, por parte do candidato, partido político ou coligação, não impede a ação do Ministério Público no mesmo sentido.

§ 2º Não poderá impugnar o registro de candidato o representante do Ministério Público que, nos 4 (quatro) anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado diretório de partido ou exercido atividade político-partidária.

§ 3º O impugnante especificará, desde logo, os meios de prova com que pretende demonstrar a veracidade do alegado, arrolando testemunhas, se for o caso, no máximo de 6 (seis).

Conforme se extrai do referido dispositivo, a AIRC pode ser ajuizada por candidato, por partido político, coligação partidária – e, atualmente, federação partidária –, ou pelo Ministério Público.

O prazo de ajuizamento da AIRC é de 5 (cinco) dias da publicação do registro de candidatura, não se contabilizando o termo inicial, mas incluído o termo final. Conforme ensina GOMES (2018):

Desde o encerramento do registro até a proclamação dos eleitos, os prazos processuais são contínuos e peremptórios, correm em cartório ou secretaria, não se suspendendo aos sábados, domingos e feriados (LC nº 64/90, art. 16). Dada a especial finalidade dessa regra, não incide o disposto no artigo 219 do CPC, segundo o qual: “Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.” Em igual sentido é o disposto no artigo 7º, caput, da Res. TSE nº 23.478/2016, segundo o qual: “O disposto no art. 219 do Novo Código de Processo Civil não se aplica aos feitos eleitorais”.

No cômputo dos prazos, incide o disposto no caput do artigo 224 do CPC, segundo o qual “os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento”. Todavia, por força do aludido artigo 16 da LC nº 64/90 – no período eleitoral –, os parágrafos desse dispositivo não têm aplicação. Isso porque eles determinam que o começo ou o vencimento do prazo sejam protraídos para o primeiro dia útil seguinte se coincidirem com dia em que não houver expediente forense ou este “for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver indisponibilidade da comunicação eletrônica” (§ 1º), bem como que a contagem do prazo somente “terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação” (§ 3º). A propósito, o artigo 7º, § 2º, da Res. TSE nº 23.478/2016 esclarece que somente “fora do período definido no calendário eleitoral” serão os prazos processuais computados na forma do artigo 224 do CPC, devendo-se, aqui, compreender que somente os parágrafos desse dispositivo são inaplicáveis.

Podem fundamentar o ajuizamento da AIRC a inexistência de algum requisito de elegibilidade, a presença de causa de inelegibilidade – constitucional ou infraconstitucional – ou a inobservância de formalidades legais. Tanto é assim, que, conforme ensina CASTRO (2018), “as matérias objeto da AIRC são de ordem pública, dizem respeito à legitimidade

do processo eleitoral e, por isso, devem ser conhecidas até mesmo de ofício pelo Juiz Eleitoral”.

Nota-se, portanto, que o objeto da AIRC não é decretar a inelegibilidade do candidato, mas apenas observar se esse preenche todos os requisitos positivos e negativos necessários para participar do pleito eleitoral.

De acordo com GOMES (2018):

“Diferentemente do processo de registro de candidatura – RCAND, em que não há conflito a ser solvido, a AIRC apresenta natureza contenciosa. Sua finalidade é impedir que determinado registro seja deferido quer em razão da ausência de condição de elegibilidade, quer em virtude da incidência de uma ou mais causas de inelegibilidade, quer, finalmente, em consequência de não se ter cumprido formalidade legal. Assim, necessariamente, há de ser observado o *due process of law*, oportunizando-se ao impugnado contraditório e ampla defesa, de sorte que possa discutir amplamente a imputação que lhe foi feita.

No que concerne à sua natureza, a AIRC constitui um incidente no processo de registro de candidato, que é principal em relação a ela. Daí ambas as relações se desenvolverem nos mesmos autos. Nada impede, porém, que, por razões de ordem prática, os autos da AIRC sejam apensados aos do RCAND; o que não pode ocorrer é ser instaurado processo autônomo em relação a ela face à sua irrecusável natureza incidental, acessória”.

No que diz respeito ao Ministério Público, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido que o *Parquet* pode recorrer na AIRC ainda que não tenha ele próprio impugnado a candidatura, pois atua como fiscal da ordem jurídica.

De acordo com CAVALCANTE: “O Plenário do STF reconheceu que o Ministério Público Eleitoral possui legitimidade para recorrer de decisão que deferiu registro de candidatura, mesmo que não tenha apresentado impugnação ao pedido inicial desse registro. O STF, com essa decisão, modifica a posição até então dominante no TSE. Vale ressaltar, no entanto, que esse novo entendimento manifestado pelo STF foi modulado e só valerá a partir das eleições de 2014. Assim, nos recursos que tratam sobre o tema, referentes ao pleito de 2012, deverá continuar sendo aplicado o entendimento do TSE que estendia ao MP a regra da Súmula 11-TSE”.

Considerando que o deferimento indevido de registro de candidatura pode acarretar enormes prejuízos, a AIRC possui prioridade de tramitação sobre quaisquer outras ações eleitorais.

Outra particularidade da AIRC é que, nas eleições majoritárias, não existe litisconsórcio passivo necessário entre o titular e o seu vice ou suplente, pois ainda é possível modificar a chapa. Dito de outro modo, caso algum dos postulantes não tenha o registro de candidatura deferido, pode ser substituído, afinal, trata-se de etapa prévia ao período eleitoral.

Quanto ao seu procedimento, assim resume GOMES (2018):

“O procedimento da AIRC é traçado nos artigos 2º a 16 da Lei de Inelegibilidades, reputado ordinário na seara eleitoral por ser o mais dilatado. O Código de Processo Civil é sempre aplicável supletiva e subsidiariamente, ainda porque o artigo 15 do CPC assim o determina. Grosso modo, o rito da AIRC pode ser resumido da seguinte forma: pedido de registro de candidatura (15 de agosto, até 19 h) → publicação do edital → impugnação (cinco dias após a publicação do edital) → contestação (sete dias da citação) → julgamento antecipado do mérito; extinção do processo sem julgamento do mérito → fase probatória (quatro dias após a defesa) → diligências (cinco dias após a audiência probatória) → alegações finais e manifestação do Ministério Público (cinco dias depois das diligências) → decisão (três dias depois das diligências) → recurso ao TRE (três dias) → recurso ao TSE (três dias) → recurso STF (três dias)”.

## **2. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE) E REPRESENTAÇÕES ELEITORAIS**

A Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), por sua vez, pode ser ajuizada a qualquer tempo entre o registro de candidatura e a diplomação dos eleitos, ou seja, por ocasião do período eleitoral.

A doutrina subdivide a AIJE em genérica e específicas, também chamadas de Representações Eleitorais. Esclarece GOMES (2018):

As ações eleitorais objeto do presente Capítulo têm em comum o fato de observarem o rito traçado no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90. Tal rito foi concebido para a denominada Ação de Investigação Judicial Eleitoral – AIJE por abuso de poder, mas,

posteriormente, outras ações passaram a adotá-lo. [...] Por certo, a identidade de rito – ou o uso literal da terminologia legal – tem ensejado certa confusão linguística na identificação dessas ações. Alguns empregam a expressão Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) somente para a demanda que tenha por objeto abuso de poder previsto na Lei de Inelegibilidades, reservando o termo representação para as demais ações previstas na Lei nº 9.504/97. Outros usam aquela expressão indiferentemente para todas essas ações, com ela identificado o tipo de procedimento a ser observado e sua localização no sistema jurídico-eleitoral.

A AIJE genérica, cujo regramento alcança as Representações Eleitorais, como visto, está prevista no art. 22 da Lei Complementar n.º 64/1990:

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

I - o Corregedor, que terá as mesmas atribuições do Relator em processos judiciais, ao despachar a inicial, adotará as seguintes providências:

a) ordenará que se notifique o representado do conteúdo da petição, entregando-se-lhe a segunda via apresentada pelo representante com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 5 (cinco) dias, ofereça ampla defesa, juntada de documentos e rol de testemunhas, se cabível;

b) determinará que se suspenda o ato que deu motivo à representação, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficiência da medida, caso seja julgada procedente;

c) indeferirá desde logo a inicial, quando não for caso de representação ou lhe faltar algum requisito desta lei complementar;

II - no caso do Corregedor indeferir a reclamação ou representação, ou retardar-lhe a solução, poderá o interessado renová-la perante o Tribunal, que resolverá dentro de 24 (vinte e quatro) horas;

III - o interessado, quando for atendido ou ocorrer demora, poderá levar o fato ao conhecimento do Tribunal Superior Eleitoral, a fim de que sejam tomadas as providências necessárias;

IV - feita a notificação, a Secretaria do Tribunal juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao representado, bem como a prova da entrega ou da sua recusa em aceitá-la ou dar recibo;

V - findo o prazo da notificação, com ou sem defesa, abrir-se-á prazo de 5 (cinco) dias para inquirição, em uma só assentada, de testemunhas arroladas pelo representante e pelo representado, até o máximo de 6 (seis) para cada um, as quais comparecerão independentemente de intimação;

VI - nos 3 (três) dias subseqüentes, o Corregedor procederá a todas as diligências que determinar, ex officio ou a requerimento das partes;

VII - no prazo da alínea anterior, o Corregedor poderá ouvir terceiros, referidos pelas partes, ou testemunhas, como conhecedores dos fatos e circunstâncias que possam influir na decisão do feito;

VIII - quando qualquer documento necessário à formação da prova se achar em poder de terceiro, inclusive estabelecimento de crédito, oficial ou privado, o Corregedor poderá, ainda, no mesmo prazo, ordenar o respectivo depósito ou requisitar cópias;

IX - se o terceiro, sem justa causa, não exhibir o documento, ou não comparecer a juízo, o Juiz poderá expedir contra ele mandado de prisão e instaurar processo s por crime de desobediência;

X - encerrado o prazo da dilação probatória, as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 2 (dois) dias;

XI - terminado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Corregedor, no dia imediato, para apresentação de relatório conclusivo sobre o que houver sido apurado;



XII - o relatório do Corregedor, que será assentado em 3 (três) dias, e os autos da representação serão encaminhados ao Tribunal competente, no dia imediato, com pedido de inclusão incontinenti do feito em pauta, para julgamento na primeira sessão subsequente;

XIII - no Tribunal, o Procurador-Geral ou Regional Eleitoral terá vista dos autos por 48 (quarenta e oito) horas, para se pronunciar sobre as imputações e conclusões do Relatório;

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

Parágrafo único. O recurso contra a diplomação, interposto pelo representante, não impede a atuação do Ministério Público no mesmo sentido.

A lei dispõe que a AIJE pode ser ajuizada por candidato, por partido político, coligação partidária – e, também, federação partidária –, ou pelo Ministério Público.

Diferentemente das demais ações eleitorais, não existe prazo específico para o ajuizamento da AIJE, que pode ocorrer a qualquer tempo entre o registro de candidatura e a diplomação dos eleitos.

São motivos idôneos para basear o ajuizamento da AIJE genérica o abuso do poder econômico, o abuso do poder político ou a utilização indevida de veículo ou meio de comunicação social.

A AJE deve ser dirigida ao Juiz Eleitoral, no caso de eleições municipais; ao Corregedor Regional, se eleições estaduais; e ao Corregedor-Geral, quando das eleições nacionais.

A AJE pode implicar em duas sanções: cassação do registro de candidatura, caso o candidato tenha se beneficiado, e a inelegibilidade, caso comprovada a sua responsabilidade subjetiva.

Nessa linha intelectual, no julgamento do RO-El n.º 11.550, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) entendeu pela inexistência de litisconsórcio passivo necessário entre o candidato beneficiado e o agente público responsável pelo abuso do poder político.

Por outro lado, as Representações Eleitorais (AJEs específicas) estão previstas na Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/1997) e versam especificamente acerca da captação ilícita de sufrágio; captação ilícita de recursos; condutas vedadas aos agentes públicos durante a campanha eleitoral; propagandas eleitorais; e doações realizadas acima dos limites legais. Vejamos os seus respectivos artigos:

### **Captação Ilícita de Sufrágio**

Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990.

§ 1º Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir.

§ 2º As sanções previstas no caput aplicam-se contra quem praticar atos de violência ou grave ameaça a pessoa, com o fim de obter-lhe o voto.

§ 3º A representação contra as condutas vedadas no caput poderá ser ajuizada até a data da diplomação.

§ 4º O prazo de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial.

### **Captação Ilícita de Recursos**

Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos.

§ 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, no que couber.

§ 2º Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado.

§ 3º O prazo de recurso contra decisões proferidas em representações propostas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial.

### **Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Campanhas Eleitorais**

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

II - usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram;

III - ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado;

IV - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público;

V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:

a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;

b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;

c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;

d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;

e) a transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de agentes penitenciários;

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo;

VII - empenhar, no primeiro semestre do ano de eleição, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a 6 (seis) vezes a média mensal dos valores empenhados e não cancelados nos 3 (três) últimos anos que antecedem o pleito;

VIII - fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos.

§ 1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional.

§ 2º A vedação do inciso I do caput não se aplica ao uso, em campanha, de transporte oficial pelo Presidente da República, obedecido o disposto no art. 76, nem ao uso, em campanha, pelos candidatos a reeleição de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Prefeito e Vice-Prefeito, de suas residências oficiais para realização de contatos, encontros e reuniões pertinentes à própria campanha, desde que não tenham caráter de ato público.

§ 3º As vedações do inciso VI do caput, alíneas b e c, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição.

§ 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR.

§ 5º Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos do caput e no § 10, sem prejuízo do disposto no § 4º, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma.

§ 6º As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência.

§ 7º As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

§ 8º Aplicam-se as sanções do § 4º aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem.

§ 9º Na distribuição dos recursos do Fundo Partidário (Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995) oriundos da aplicação do disposto no § 4º, deverão ser excluídos os partidos beneficiados pelos atos que originaram as multas.

§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

§ 11. Nos anos eleitorais, os programas sociais de que trata o § 10 não poderão ser executados por entidade nominalmente vinculada a candidato ou por esse mantida.

§ 12. A representação contra a não observância do disposto neste artigo observará o rito do art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, e poderá ser ajuizada até a data da diplomação.

§ 13. O prazo de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial.

§ 14. Para efeito de cálculo da média prevista no inciso VII do caput deste artigo, os gastos serão reajustados pelo IPCA, aferido pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro índice que venha a substituí-lo, a partir da data em que foram empenhados.

Art. 74. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma.

Art. 75. Nos três meses que antecederem as eleições, na realização de inaugurações é vedada a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento do disposto neste artigo, sem prejuízo da suspensão imediata da conduta, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma.

Art. 76. O ressarcimento das despesas com o uso de transporte oficial pelo Presidente da República e sua comitiva em campanha eleitoral será de responsabilidade do partido político ou coligação a que esteja vinculado.

§ 1º O ressarcimento de que trata este artigo terá por base o tipo de transporte usado e a respectiva tarifa de mercado cobrada no trecho correspondente, ressalvado o uso do avião presidencial, cujo ressarcimento corresponderá ao aluguel de uma aeronave de propulsão a jato do tipo táxi aéreo.

§ 2º No prazo de dez dias úteis da realização do pleito, em primeiro turno, ou segundo, se houver, o órgão competente de controle interno procederá ex officio à cobrança dos valores devidos nos termos dos parágrafos anteriores.

§ 3º A falta do ressarcimento, no prazo estipulado, implicará a comunicação do fato ao Ministério Público Eleitoral, pelo órgão de controle interno.

§ 4º Recebida a denúncia do Ministério Público, a Justiça Eleitoral apreciará o feito no prazo de trinta dias, aplicando aos infratores pena de multa correspondente ao dobro das despesas, duplicada a cada reiteração de conduta.

Art. 77. É proibido a qualquer candidato comparecer, nos 3 (três) meses que precedem o pleito, a inaugurações de obras públicas.

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo sujeita o infrator à cassação do registro ou do diploma.

Art. 78. A aplicação das sanções cominadas no art. 73, §§ 4º e 5º, dar-se-á sem prejuízo de outras de caráter constitucional, administrativo ou disciplinar fixadas pelas demais leis vigentes.

### **Vedações nas Propagandas Eleitorais**

Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário:

I - transmitir, ainda que sob a forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral em que seja possível identificar o entrevistado ou em que haja manipulação de dados;

II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;



III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;

IV - dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação;

V - veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos;

VI - divulgar nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada. Sendo o nome do programa o mesmo que o do candidato, fica proibida a sua divulgação, sob pena de cancelamento do respectivo registro.

§ 1º A partir de 30 de junho do ano da eleição, é vedado, ainda, às emissoras transmitir programa apresentado ou comentado por pré-candidato, sob pena, no caso de sua escolha na convenção partidária, de imposição da multa prevista no § 2º e de cancelamento do registro da candidatura do beneficiário.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo único do art. 55, a inobservância do disposto neste artigo sujeita a emissora ao pagamento de multa no valor de vinte mil a cem mil UFIR, duplicada em caso de reincidência.

§ 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação.

§ 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação.

§ 6º É permitido ao partido político utilizar na propaganda eleitoral de seus candidatos em âmbito regional, inclusive no horário eleitoral gratuito, a imagem e a voz de candidato ou militante de partido político que integre a sua coligação em âmbito nacional.

### **Doações realizadas acima dos limites legais**

Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei.

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição.

§ 2º As doações estimáveis em dinheiro a candidato específico, comitê ou partido deverão ser feitas mediante recibo, assinado pelo doador, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 28.

§ 2º-A. O candidato poderá usar recursos próprios em sua campanha até o total de 10% (dez por cento) dos limites previstos para gastos de campanha no cargo em que concorrer.

§ 3º A doação de quantia acima dos limites fixados neste artigo sujeita o infrator ao pagamento de multa no valor de até 100% (cem por cento) da quantia em excesso.

§ 4º As doações de recursos financeiros somente poderão ser efetuadas na conta mencionada no art. 22 desta Lei por meio de:

I - cheques cruzados e nominais ou transferência eletrônica de depósitos;

II - depósitos em espécie devidamente identificados até o limite fixado no inciso I do § 1º deste artigo.

III - mecanismo disponível em sítio do candidato, partido ou coligação na internet, permitindo inclusive o uso de cartão de crédito, e que deverá atender aos seguintes requisitos:

a) identificação do doador;

b) emissão obrigatória de recibo eleitoral para cada doação realizada.

IV - instituições que promovam técnicas e serviços de financiamento coletivo por meio de sítios na internet, aplicativos eletrônicos e outros recursos similares, que deverão atender aos seguintes requisitos:

a) cadastro prévio na Justiça Eleitoral, que estabelecerá regulamentação para prestação de contas, fiscalização instantânea das doações, contas intermediárias, se houver, e repasses aos candidatos;

b) identificação obrigatória, com o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) de cada um dos doadores e das quantias doadas;

c) disponibilização em sítio eletrônico de lista com identificação dos doadores e das respectivas quantias doadas, a ser atualizada instantaneamente a cada nova doação;

d) emissão obrigatória de recibo para o doador, relativo a cada doação realizada, sob a responsabilidade da entidade arrecadadora, com envio imediato para a Justiça Eleitoral e para o candidato de todas as informações relativas à doação;

e) ampla ciência a candidatos e eleitores acerca das taxas administrativas a serem cobradas pela realização do serviço;

f) não incidência em quaisquer das hipóteses listadas no art. 24 desta Lei;

g) observância do calendário eleitoral, especialmente no que diz respeito ao início do período de arrecadação financeira, nos termos dispostos no § 2º do art. 22-A desta Lei;

h) observância dos dispositivos desta Lei relacionados à propaganda na internet;

V - comercialização de bens e/ou serviços, ou promoção de eventos de arrecadação realizados diretamente pelo candidato ou pelo partido político.

§ 4º-A Na prestação de contas das doações mencionadas no § 4º deste artigo, é dispensada a apresentação de recibo eleitoral, e sua comprovação deverá ser realizada por meio de documento bancário que identifique o CPF dos doadores.

§ 4º-B As doações realizadas por meio das modalidades previstas nos incisos III e IV do § 4º deste artigo devem ser informadas à Justiça Eleitoral pelos candidatos e partidos no prazo previsto no inciso I do § 4º do art. 28 desta Lei, contado a partir do momento em que os recursos arrecadados forem depositados nas contas bancárias dos candidatos, partidos ou coligações.

§ 5º Ficam vedadas quaisquer doações em dinheiro, bem como de troféus, prêmios, ajudas de qualquer espécie feitas por candidato, entre o registro e a eleição, a pessoas físicas ou jurídicas.

§ 6º Na hipótese de doações realizadas por meio das modalidades previstas nos incisos III e IV do § 4º deste artigo, fraudes ou erros cometidos pelo doador sem conhecimento dos candidatos, partidos ou coligações não ensejarão a responsabilidade destes nem a rejeição de suas contas eleitorais.

§ 7º O limite previsto no § 1º deste artigo não se aplica a doações estimáveis em dinheiro relativas à utilização de bens móveis ou imóveis de propriedade do doador ou à prestação de serviços próprios, desde que o valor estimado não ultrapasse R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) por doador.

§ 8º Ficam autorizadas a participar das transações relativas às modalidades de doações previstas nos incisos III e IV do § 4º deste artigo todas as instituições que atendam, nos termos da lei e da regulamentação expedida pelo Banco Central, aos critérios para operar arranjos de pagamento.

§ 9º As instituições financeiras e de pagamento não poderão recusar a utilização de cartões de débito e de crédito como meio de doações eleitorais de pessoas físicas.

§ 10. O pagamento efetuado por pessoas físicas, candidatos ou partidos em decorrência de honorários de serviços advocatícios e de contabilidade, relacionados à prestação de serviços em campanhas

eleitorais e em favor destas, bem como em processo judicial decorrente de defesa de interesses de candidato ou partido político, não será considerado para a aferição do limite previsto no § 1º deste artigo e não constitui doação de bens e serviços estimáveis em dinheiro.

Como regra geral, aplica-se às Representações Eleitorais o regramento da AIE, ressalvadas ao menos duas situações: 1) a representação eleitoral por captação ilícita de sufrágio deve ser ajuizada entre o registro de candidatura e o dia da eleição (e não a diplomação); e 2) a representação eleitoral por captação ilícita de recursos é a única em que o candidato não é legitimado ativo e que possui prazo determinado – 15 (quinze) dias a contar da diplomação. Note-se que tal característica foi validada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4532/DF, *in verbis*.

Ação direta de inconstitucionalidade. Direito eleitoral. Representação por arrecadação e gastos ilícitos de campanha. Artigo 30-A da Lei nº 9.504/97. Redação dada pela Lei nº 12.034/09. Prazo de 15 dias após a diplomação. Exiguidade. Hipossuficiência do tradicional sistema de controle contábil das contas eleitorais na proteção da legitimidade democrática. Não ocorrência. Improcedência.

1. A fixação do prazo de 15 dias para o ajuizamento da representação prevista no art. 30-A da Lei nº 9.504/97, com a redação dada pela Lei nº 12.034/09, além de estar em harmonia com os princípios da celeridade, da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF e art. 97-A da Lei das Eleições) e da segurança jurídica, os quais informam o exercício da jurisdição eleitoral, não compromete os valores da isonomia entre os candidatos, da lisura e da legitimidade das eleições (art. 14, § 9º, da CF), bens jurídicos tutelados pela mencionada representação.

2. No campo processual, a minirreforma instituída pela Lei nº 11.300/06 incluiu o 30-A ao texto da Lei nº 9.504/97, prevendo mecanismo para apuração de irregularidades na arrecadação e nos gastos de campanha, com a consequência de negativa ou cassação do diploma, caso já outorgado, o que representou expressivo avanço na proteção da lisura do processo eleitoral. A norma veio a suprir importante lacuna procedimental decorrente da ausência de sanção imediata no âmbito das prestações de contas, cuja desaprovação

jamais repercutiu diretamente nos diplomas ou mandatos dos candidatos eleitos.

3. Em sua redação original, o art. 30-A instituiu a representação sem prazo determinado para seu ajuizamento, o que daria, em tese, maior efetividade aos princípios da moralidade e da legitimidade das eleições. Todavia, em sua nova configuração, trazida pela Lei nº 12.034/09, foi estabelecido prazo decadencial compatível com outros pilares que regem a jurisdição eleitoral, notadamente a segurança jurídica, a celeridade, a duração razoável do processo e a estabilização do resultado das urnas, as quais refletem a vontade soberana do eleitor e impedem que os mandatos fiquem submetidos, indefinidamente, a condição resolutiva.

4. A consequência prevista no § 2º do art. 30-A da Lei nº 9.504/97 cinge-se à negativa do diploma ou à sua cassação, caso já expedido, o que não caracteriza sanção de natureza pessoal, porquanto o bem jurídico protegido pela norma abrange princípios da lisura do processo eleitoral e da isonomia entre os candidatos.

5. Diversa é a situação dos candidatos não eleitos, os quais são igualmente obrigados a prestar contas, sob pena de terem restringidos seus direitos políticos por meio da privação da certidão de quitação eleitoral (Lei nº 9.504-87, art. 11, § 7º) sofrendo, portanto, efeitos distintos daqueles previstos para os candidatos eleitos. Consoante a orientação da Súmula nº 42/TSE, "a decisão que julga não prestadas as contas de campanha impede o candidato de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu, persistindo esses efeitos, após esse período, até a efetiva apresentação das contas".

6. Na hipótese de desaprovação das contas de campanha, incide o disposto no art. 25 da Lei das Eleições, direcionado a candidatos e partidos nos seguintes termos: "o partido que descumprir as normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos fixadas nesta Lei perderá o direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte, sem prejuízo de responderem os candidatos beneficiados por abuso do poder econômico", bem como, por exemplo, as sanções previstas no art. 18-B e no § 4º do art. 24 do mencionado diploma legal, razão pela qual não procede a alegação de que a exiguidade do prazo ora impugnado, por si só, deixaria a

descoberto o sistema de proteção à lisura e à legitimidade das eleições, o qual abrange tanto candidatos eleitos quanto não eleitos.

7. Ação direta julgada improcedente.

(STF. Plenário. ADI 4532/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 25/11/2022)

Quanto às consequências da AIJE genérica e das Representações Eleitorais, todas podem ensejar a condenação ao pagamento de multa e à cassação do registro de candidatura ou do diploma. Todavia, no que se refere à eventual inelegibilidade, essa é automática na AIJE genérica, mas não o é nas Representações Eleitorais. Essa é uma das razões que fundamentam a sua diferenciação nominal, conforme ensina MACHADO (2018):

Há, inclusive, quem denomine todas as ações antes referidas como ação de investigação judicial eleitoral, o que entendemos, porém, não ser adequado diante de peculiaridades na causa de pedir e no pedido, a diferenciarem uma da outra. Especificamente quanto à AIJE, requer-se, como se afirmou, a gravidade da conduta. Além disso, em relação às outras ações a inelegibilidade é efeito reflexo, já na AIJE em sentido estrito a inelegibilidade é objeto da ação.

Se o caso fático se enquadrar como possível causa de pedir da AIJE e de outra específica, o “legitimado ativo deve propor duas ações”, ou formular na AIJE o pedido que lhe é próprio, e ainda o que poderia ser formulado na ação mais específica.

### **3. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DO MANDATO ELETIVO (AIME) E O RECURSO CONTRA A EXPEDIÇÃO DO DIPLOMA (RCED)**

Com a diplomação dos eleitos, é possível adotar duas vias distintas, ainda que cumulativamente: a Ação de Impugnação do Mandato Eletivo (AIME) e o Recurso Contra a Expedição do Diploma (RCED).

A Ação de Impugnação do Mandato Eletivo (AIME) tem assento constitucional, estando disciplinada no art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB):

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...]

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

No campo doutrinário, entende-se que, tal qual ocorre com as demais ações eleitorais, a AIME pode ser ajuizada por candidato, por partido político, coligação partidária – e, ainda, federação partidária –, ou pelo Ministério Público.

O prazo de ajuizamento da AIME é de 15 (quinze) dias a contar da diplomação dos eleitos.

Podem fundamentar o ajuizamento da AIME a prática de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. Para GOMES (2018):

Trata-se, pois, de ação de índole constitucional-eleitoral, com potencialidade desconstitutiva do mandato. Por óbvio, não apresenta caráter criminal. Seu objetivo é tutelar a cidadania, a lisura e o equilíbrio do pleito, a legitimidade da representação política, enfim, o direito difuso de que os mandatos eletivos apenas sejam exercidos por quem os tenha alcançado de forma lícita, sem o emprego de práticas tão censuráveis quanto nocivas como são o abuso de poder, a corrupção e a fraude.

A AIME pode resultar em duas sanções: a cassação do registro de candidatura ou do diploma e a inelegibilidade.

Por outro lado, o Recurso Contra a Expedição do Diploma (RCED) está regulamentado no art. 262 do Código Eleitoral:

Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade.



Apesar da nomenclatura “recurso”, em verdade, o RCED é uma ação autônoma de impugnação. De acordo com BARRETTO (2012):

“A primeira questão que se impõe envolvendo o RCED é definir se é realmente um recurso ou se é uma verdadeira ação.

Tecnicamente o RCED não é um recurso, eis que recurso pressupõe a existência de uma decisão judicial, proferida em uma ação que tramita perante um órgão jurisdicional, e não é isso que ocorre no caso do RCED.

O RCED se insurge contra o ato da diplomação que, tecnicamente, é um ato de natureza administrativa; não existe nenhuma ação judicial em curso, que viabilize uma decisão a ser impugnada mediante RCED; e, no caso de cargos municipais, o órgão que diploma, a junta eleitoral, sequer é órgão jurisdicional.

O RCED se afigura como uma autêntica ação judicial, que visa a desconstituir o ato da diplomação e, bem por isso, é comum se falarem Ação Contra a Expedição do Diploma, ao invés de Recurso Contra a Expedição do Diploma”.

São hipóteses que viabilizam o ajuizamento do RCED a inexistência de requisito de elegibilidade, a presença de causa de inelegibilidade constitucional ou a presença de causa de inelegibilidade infraconstitucional, desde que superveniente.

Tradicionalmente a causa de inelegibilidade infraconstitucional superveniente é entendida como aquela surgida após o registro de candidatura e até a data da eleição.

Se anterior, deveria ter sido ajuizada a competente Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) dentro do prazo quinquenal. É isso, aliás, que preceitua o Enunciado n.º 47 da Súmula do Tribunal Superior Eleitoral: *“A inelegibilidade superveniente que autoriza a interposição de recurso contra expedição de diploma, fundado no art. 262 do Código Eleitoral, é aquela de índole constitucional ou, se infraconstitucional, superveniente ao registro de candidatura, e que surge até a data do pleito”*.

A doutrina sempre foi uníssona quanto à temática. Por todos, GOMES (2018):

E quanto à inelegibilidade superveniente? É cediço que o processo de registro constitui o lugar próprio para se aferir a aptidão de

candidato ao pleito. Mas a inelegibilidade que aí se pode arguir é somente a existente antes do momento em que o registro de candidatura é pedido. Se ela surgir depois desse momento, considera-se superveniente e, portanto, não poderia ser deduzida em AIRC. Assim, eleito candidato que, antes do dia do pleito, se tornou inelegível (ainda que tenha sido registrado), outra solução não há senão diplomá-lo. No entanto, porque a inelegibilidade é superveniente, independentemente de ser constitucional ou infraconstitucional, poderá o candidato ter sua diplomação contestada via RCED, consoante autorizado pelo artigo 262 do Código Eleitoral.

Ocorre que, numa tentativa de limitar a atuação de instituições como o Ministério Público Eleitoral, foi editada a Lei n.º 13.877/2019, que incluiu os §§ 1º a 3º do art. 262 do Código Eleitoral:

§ 1º A inelegibilidade superveniente que atrai restrição à candidatura, se formulada no âmbito do processo de registro, não poderá ser deduzida no recurso contra expedição de diploma.

§ 2º A inelegibilidade superveniente apta a viabilizar o recurso contra a expedição de diploma, decorrente de alterações fáticas ou jurídicas, deverá ocorrer até a data fixada para que os partidos políticos e as coligações apresentem os seus requerimentos de registros de candidatos.

§ 3º O recurso de que trata este artigo deverá ser interposto no prazo de 3 (três) dias após o último dia limite fixado para a diplomação e será suspenso no período compreendido entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro, a partir do qual retomará seu cômputo.

Partindo-se de uma interpretação literal da lei, a causa de inelegibilidade infraconstitucional superveniente seria, na realidade, anterior ao registro de candidatura, o que, evidentemente, não faz sentido, pois, para tais situações, já existe a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC).

Tanto é assim que, segundo a doutrina, se a causa de inelegibilidade infraconstitucional é anterior ao registro de candidatura e foi objeto de AIRC, é vedado o ajuizamento de RCED.

Segundo GOMES (2018):

“Não sendo a inelegibilidade pronunciada de ofício nem arguida via AIRC, haverá preclusão temporal. Esta só não atinge matéria de ordem constitucional, a qual pode ser levantada em outra oportunidade, nomeadamente via recurso contra expedição de diploma (RCED)

Daí a necessidade de se devotar máxima cautela nos processos de registro, sobretudo ao se analisar a documentação que instrui o pedido. Grande seria o constrangimento, para a Justiça Eleitoral, se fosse deferido registro de candidato inelegível, sobretudo porque, uma vez transitada em julgado, essa decisão não pode ser revista de ofício. Maior ainda seria o embaraço se esse candidato lograsse vitória na corrida eleitoral, porque, nesse caso, teria direito subjetivo à diplomação”.

O prazo para ajuizamento do RCED é de 3 (três) dias após o último dia para diplomação, havendo sua suspensão no período compreendido entre vinte de dezembro e vinte de janeiro.

Nas eleições municipais, o RCED é interposto perante o juiz eleitoral, mas julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral, ao passo em que, nas eleições gerais, é interposto no Tribunal Regional Eleitoral e julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

## **CONCLUSÃO**

O presente artigo teve como principal finalidade analisar semelhanças e diferenças entre as ações eleitorais, bem como os posicionamentos prevalentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente no que diz respeito ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Constata-se que, em linhas gerais, a Ação de Impugnação do Registro de Candidatura (AIRC) está para o Recurso Contra a Expedição de Diploma (RCED), assim como a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) – e as Representações Eleitorais – está para a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME).

Aquelas, tem como objetivo analisar a capacidade eleitoral passiva do candidato ou eleito, é dizer, o preenchimento de todos os requisitos de elegibilidade, a ausência de qualquer causa de inelegibilidade – constitucional ou infraconstitucional – e a observância das formalidades legais inertes ao procedimento eleitoral.

Essas, por sua vez, têm por escopo assegurar a lisura do processo eleitoral, punindo atos que importem em abuso de poder econômico, abuso de poder político, utilização indevida de veículo ou meio de comunicação social, corrupção e fraude.

Por fim, conclui-se que as ações eleitorais são instrumentos complementares, que podem ser utilizados pelos legitimados de modo concomitante, desde que observadas as finalidades e, por derradeiro, a adequação, de cada ação eleitoral. Assim arremata BARRETTO: "Não existe litispendência entre as ações eleitorais, ainda quando fundadas na mesma situação de fato, e isso porque se trata de ações autônomas, com ritos próprios e consequências por vezes distintas, conforme decidiu o TSE (AgR-AI 2.349-21)".

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARRETTO, Rafael. Direito eleitoral. São Paulo: Saraiva, 2012

CASTRO, Edson de Resende. Curso de Direito Eleitoral. 9. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2018

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Recurso do MP contra sentença que defere registro de candidaturaa. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0d0fd7c6e093f7b804fa0150b875b868>>. Acesso em: 15/11/2023

GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 14. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Direito eleitoral. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018

MELO, Henrique. Direito eleitoral para concursos. 2.a ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010

STF. Plenário. ADI 4532/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 25/11/2022

## **A REITERAÇÃO DAS JORNADAS EXAUSTIVAS DE TRABALHO E O CONSEQUENTE RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO ANÁLOGA À ESCRAVIDÃO**

**MARIANA LETÍCIA PEREIRA BARBOSA:**  
Graduação em Direito pelo Centro Universitário  
UNA

**RESUMO:** No Brasil, a realidade do trabalho doméstico análogo à escravidão tem sido justificada, nos últimos anos, como consequência da pobreza e da educação deficitária oferecida às pessoas que se submetem a este tipo de exploração, sobretudo às mulheres. No presente momento, à luz do debate sobre direitos humanos e em meio às profundas transformações nas relações de trabalho, condena-se o trabalho forçado à erradicação. Não obstante, a mencionada atitude se contrapõe à lógica existente na atualidade, que preconiza a ideia de que a educação é fator subsidiário ao trabalho, uma vez que, diante da brutal realidade de pobreza e desigualdade presente na sociedade, muitas famílias passam a depender do trabalho doméstico para a subsistência. A exploração dos trabalhadores domésticos é uma prática disseminada e culturalmente presente na sociedade brasileira, muitas vezes confundida como um ato de ajuda às famílias carentes. Desta forma, a presente pesquisa visa elucidar, a partir de estudos doutrinários, a conceituação de trabalho doméstico e de trabalho escravo e/ou forçado, bem como suas causas e consequências, a fim de contribuir para a sua erradicação. Será evidenciado também qual é o papel do Brasil e das organizações que se prestam a proteger os direitos fundamentais destes trabalhadores, no combate à escravidão. Finalmente, explorar-se-á a receptividade das Convenções 29 e 189 da OIT na carta magna brasileira, como ferramenta eficaz na erradicação do trabalho doméstico análogo à escravidão.

**Palavras-chave:** Trabalho doméstico análogo à escravidão. Pobreza e Aceitação Social. Convenções 29 e 189 da OIT. Erradicação.

**ABSTRACT:** In Brazil, the reality of domestic work analogous to slavery has been justified, in recent years, because of poverty and poor education offered to people who submit to this type of exploitation, especially women. Now, in the light of the debate on human rights and in the midst of profound changes in labor relations, forced labor is condemned to its eradication. However, the aforementioned attitude is opposed to the current logic, which advocates the idea that education is a subsidiary factor to work, since, in the face of the brutal reality of poverty and inequality present in society, many families come to depend on the domestic work for subsistence. The exploitation of domestic workers is a widespread and culturally present practice in Brazilian society, often mistaken as an act of helping needy families. Therefore, this research aims to elucidate, based on doctrinal studies, the

concept of domestic work and slave and/or forced labor, as well as its causes and consequences, in order to contribute to its eradication. It will also be evidenced what is the role of Brazil and the organizations that are willing to protect the fundamental rights of these workers, in the fight against slavery. Finally, the receptivity of Conventions 29 and 189 of the ILO in the Brazilian Magna Carta will be explored, as an effective tool in the eradication of domestic work analogous to slavery.

**Keywords:** Domestic work analogous to slavery. Poverty and Social Acceptance. ILO Conventions 29 and 189. Eradication.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL. 2.1 A previsão do Direito do Trabalho na Constituição da República de 1988. 3 O PAPEL DA OIT NA PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS DO TRABALHADOR. 3.1 A Convenção 189 da OIT. 4 O TRABALHO DOMÉSTICO. 4.1 O Trabalho doméstico análogo à escravidão. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Em todo o mundo, existem empregados que realizam tarefas domésticas na casa de terceiros, como forma de garantir a própria subsistência e a de sua família. Quando tais tarefas são realizadas em condições razoáveis de segurança dignidade, esse trabalho corrobora o desenvolvimento humano e familiar desses indivíduos. O imbróglio surge na medida em que esses trabalhadores passam a trabalhar na residência de terceiros, percebendo salários ínfimos e submetendo-se à situação de abandono e exploração.

O trabalho doméstico é um dos que mais ocorrem casos de trabalho escravo. Isso se deve pelos resquícios da escravidão no Brasil, mormente porque a maioria desses trabalhadores domésticos é formada por mulheres negras, de baixa escolaridade e oriundas de famílias de baixa renda, o que reforça a ideia de um racismo estrutural.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) vai de encontro ao labor forçado ou degradante, haja vista que tal situação os direitos humanos fundamentais de todo cidadão.

As convenções da Organização Internacional do Trabalho, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico. O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e ratificadores de grande parte das orientações formuladas pela convenção, baseando-se na promoção da dignidade dos trabalhadores e da justiça social.

A Convenção nº 189 da OIT, que dispõe sobre o trabalho decente para os trabalhadores e as trabalhadoras domésticas, determina que os países devem adotar medidas para assegurar a promoção e a proteção dos direitos humanos de trabalhadoras domésticas, bem como garantir a eliminação da discriminação relativa ao emprego e ocupação. O Brasil ratificou a Convenção em 2018.

Destarte, o esforço para erradicar o trabalho doméstico análogo à escravidão justifica-se pela convenção supramencionada.

Mesmo com grandes avanços legais, o serviço doméstico ainda é visto como um trabalho inferior e resguardado a pessoas em situação vulnerável, como imigrantes e pessoas sem acesso à educação básica.

Assim, a presente pesquisa possui grande relevância no cenário jurídico frente a perversa realidade dos trabalhadores domésticos submetidos à condições subumanas, ainda que “amparados” por diversos dispositivos legais nacionais e internacionais à luz dos direitos humanos.

## **2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL**

No conceito de VÓLIA BOMFIM CASSAR (2009), Direito do Trabalho é um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana.

O atraso do Brasil em relação aos direitos sociais faz-se evidente ao se analisar o processo de evolução do próprio direito trabalhista nacional. Sendo um país de formação colonial, cuja economia era essencialmente agrícola e construída em torno da relação escravista de trabalho, a ideia de que o trabalho dignificava o homem não se aplicava naquela época.

Maurício Godinho Delgado defende que a subordinação nas relações de emprego deriva de uma sociedade livre, no qual o trabalhador pode escolher onde laborar. Se o indivíduo é tratado como “*res*”, inexistindo manifestação de vontade sua acerca de onde e como trabalhar, a subordinação abre espaço para a escravidão. O brilhante autor salienta:

[...] Se a existência do trabalho livre (juridicamente livre) é pressuposto histórico-material para o surgimento do trabalho subordinado (e, conseqüentemente da relação empregatícia), não há que se fala em ramo jurídico normatizador da relação de emprego sem que o próprio pressuposto dessa relação seja estruturalmente permitido na sociedade enfocada. (DELGADO, 2014, P.106)

O sistema jurídico brasileiro tradicional sempre teve o condão de elidir ou delimitar, substantivamente o espaço aberto à construção jurídica própria pelos grupos sociais. Nesse ponto, o Direito do Trabalho, no Brasil, não respondeu, positiva e satisfatoriamente (em contraponto às matrizes democráticas dos países centrais), ao problema teórico da equação diferenciação/conflito. Muito menos abriu espaço à ação jurígena (criadora do direito) autônoma dos grupos sociais e à autoadministração dos conflitos intrassocietários (COSTA, 2010)

Em contrapartida, ainda que a Lei Áurea não tenha qualquer caráter trabalhista, ela pode ser tomada como o marco inicial de referência do Direito do Trabalho Brasileiro. Ao eliminar do ordenamento jurídico uma relação social incompatível como os ideais dos direitos trabalhistas, tal seja, a escravidão, a mencionada lei estimulou a incorporação da força de trabalho livre, instituindo a relação de emprego.

Finalmente, não havia, à época, espaço sensível para o trabalho livre, como fórmula de contraprestação de labor de alguma importância social; para a industrialização, como processo diversificado, com tendência à concentração e centralização, inerentes ao capitalismo; para a formação de grupos proletários, cidades de ação e organização coletivas, aptas a produzirem regras jurídicas; não havia espaço, em consequência, para a própria sensibilidade do Estado de absorver clamores vindos do plano térreo da sociedade, gerando regras regulatórias do trabalho humano (DELGADO, 2014).

## **2.1 A previsão do Direito do Trabalho na Constituição da República de 1988**

Um dos mais relevantes impulsos trazidos pela promulgação da Carta Magna brasileira foi a instauração de um modelo democrático de administração dos conflitos sociais do país, sobretudo no tocante à maneira como a própria sociedade lidava com os direitos trabalhistas.

Promover os direitos trabalhistas passou a ser prioridade do Estado brasileiro na medida em que a própria Constituição da República salvaguardava os direitos humanos e fundamentais de todo o cidadão. Manter-se um sistema laboral que não propiciava condições adequadas para os trabalhadores feria justamente o Estado Democrático de Direito recentemente promulgado no Brasil.



A prioridade dada pelos constituintes aos direitos dos brasileiros pode ser observada não apenas nas questões referentes às relações de trabalho. A própria inserção dos direitos sociais como segundo título da Constituição já revela a intenção dos parlamentares que elaboraram a Carta (DELGADO, 2014).

A Carta Constitucional de 1988 trouxe, nesse quadro, o mais relevante impulso já experimentado na evolução jurídica brasileira, a um eventual modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais no país, o que parecem indicar em sentido inverso à autonormatização social e à própria democratização do Direito do Trabalho (GARCIA, 2007; COSTA, 2010).

O artigo 7º da Constituição da República representa uma grande evolução ao ordenamento trabalhista brasileiro frente à omissão das cartas magnas anteriores no que se refere aos direitos do trabalhador. Com efeito, sob a égide da criação de condições mais benevolentes a esta classe hipossuficiente, a Constituição democratizou o sistema de gestão trabalhista, corroborando com os Princípios Fundamentais da Dignidade Humana tão importante nos dias atuais. Para Maurício Godinho Delgado:

[...] a Constituição da República criou as condições culturais, jurídicas e institucionais necessárias para superar antigo e renitente nóculo do sistema trabalhista do Brasil: a falta de efetividade de seu Direito Individual do Trabalho. Ao reforçar, substancialmente, a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, a par de garantir o manejo amplo de ações coletivas pelos sindicatos, o Texto Máximo de 1988 acentuou a relevância da política pública de contínua inserção econômica e social dos indivíduos, por meio do Direito do Trabalho, no contexto da democratização da sociedade civil. (DELGADO, 2014, p.124).

Ademais de resguardar a condição humana do próprio obreiro, o mencionado dispositivo legal confere validade constitucional aos direitos trabalhistas, reforçando a importância das prerrogativas trabalhistas em viabilizar a inclusão do ser humano na sociedade, com o conseqüente desenvolvimento de uma sociedade brasileira mais democrática.

ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK (2006, p. 752) abordam esta noção de hipossuficiência ao afirmarem que:

(...) subordinado como se encontra ao empregador, não está, o mais das vezes, em condições de manifestar livremente a sua vontade.

Conseqüentemente, concordará muitas vezes com a alteração que interessa à outra parte, pelo justo temor do desemprego.

Irrefutável é a proteção conferida pela Constituição da República de 1988 aos direitos trabalhistas, mas cumpre explicar como a legislação brasileira abordou a peculiar situação dos empregados domésticos, cujo tratamento será estudado no capítulo seguinte.

### **3 O PAPEL DA OIT NA PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS DO TRABALHADOR**

A OIT, Organização Internacional do Trabalho, com sede em Genebra, na Suíça, é uma das agências especializadas da ONU – Organização das Nações Unidas. Foi criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, sob o fundamento de que a paz universal é diretamente interligada com a justiça social.

A criação da OIT foi justificada por inúmeros argumentos, mormente os humanitários, políticos e econômicos. Tem-se como fundamento inicial o relacionado à natureza humanitária. As condições a que se submetiam os trabalhadores, cada vez mais numerosos e explorados sem qualquer consideração pela sua saúde, pela sua vida familiar ou pelo seu desenvolvimento, eram cada vez mais intoleráveis.

Do ponto de vista político, Azevedo Neto (2015) lembra que a Declaração da OIT (1998) foi instrumento de consenso, servindo de inspiração para implementar o trabalho decente no mundo e que sua concretização podia ser alcançada na medida em que seus fundamentos passassem a ser respeitados. Para a OIT interessa que o conceito de trabalho decente alcance todos os trabalhadores, inclusive os que estão à margem do mercado de trabalho estruturado.

Atualmente, ela desempenha um papel essencial na definição das legislações trabalhistas e na elaboração de políticas econômicas, sociais e laborais. Corroborado a isso, segundo dispõe o site oficial do referido organismo internacional, a OIT regulamentou a Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, definidos como o respeito à liberdade sindical e de associação e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, **a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório**, a efetiva abolição do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

A OIT empreende para a consecução de uma agenda universal e por isso concentra suas estratégias para o desenvolvimento de trabalho digno e vida digna. Nesse contexto, sua atenção volta-se, também, às questões relacionadas às pessoas com deficiência, pois entre elas as taxas de pobreza, desemprego e subemprego tendem a ser excessivas. Empreendem-se, também, esforços voltados para a juventude:

A juventude é o agente de mudança para um mundo melhor: exige mais equidade dentro das nações e também entre elas. Um jovem produtivo e motivado ajuda a aumentar a prosperidade econômica: sua criatividade e sua capacidade de inovação podem gerar fontes sustentáveis de crescimento e emprego, especialmente emprego “Verde” que contribui para o meio ambiente ser sustentável (SOMAVÍA, 2014, p. 101).

Como visto, faz-se imprescindível medidas voltadas a grupos vulneráveis com vistas a sua proteção e inserção no trabalho, sendo a proteção social e o emprego componentes essenciais na agenda para o benefício do povo.

### **3.1 A Convenção 189 da OIT**

Consoante entendimento da OIT, grande parte da exploração doméstica tem origem na pobreza, e sua erradicação, portanto, está vinculada ao processo de crescimento econômico e seus reflexos na estrutura educacional das nações.

Explique-se que a OIT é uma organização internacional permanente, com mandato constitucional, possuindo personalidade jurídica de Direito Público Internacional e competência para elaborar normas internacionais do trabalho. Tais normativas gozam de reconhecimento universal, vez que valorizam o trabalho e perquirem a dignidade do trabalhador, questões estas diretamente ligadas aos direitos humanos. Assim, objetiva promover meios para se alcançar a justiça social e o trabalho digno. O Brasil integra essa organização na qualidade de Estado- membro. (GAMBA, 2012)

Em setembro de 2013, o Brasil ratificou a Convenção 189 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o trabalho doméstico. Tal convenção visa melhorar as condições de vida e de trabalho dos milhões de trabalhadoras e trabalhadores domésticos no mundo, assegurando-lhes um emprego decente que lhes ofereça proteções equivalentes às dos outros trabalhadores.

A Convenção 189 surgiu da necessidade de se proteger os direitos dos trabalhadores domésticos, tendo em vista que o trabalho doméstico continua sendo subvalorizado e invisível e é executado principalmente por mulheres e meninas, muitas das quais são migrantes ou membros de comunidades desfavorecidas e, portanto, particularmente vulneráveis à discriminação em relação às condições de emprego e trabalho, bem como outros abusos de direitos humanos.

Nesse sentido, o artigo 1º da convenção 189 da OIT estabelece:

### Artigo 1º

Para o propósito desta Convenção:

**(a) o termo "trabalho doméstico" designa o trabalho executado em ou para um domicílio ou domicílios;**

(b) o termo "trabalhadores domésticos" designa toda pessoa, do sexo feminino ou masculino, que realiza um trabalho doméstico no marco de uma relação de trabalho;

(c) uma pessoa que executa o trabalho doméstico apenas ocasionalmente ou esporadicamente, sem que este trabalho seja uma ocupação profissional, não é considerada trabalhador doméstico.

(...)

### Artigo 3º

1. Todo Membro deverá adotar medidas para assegurar a promoção e a proteção efetivas dos direitos humanos de todos trabalhadores domésticos, em conformidade com as disposições da presente Convenção.

2. Todo Membro deverá, no que diz respeito aos trabalhadores domésticos, adotar medidas previstas na presente Convenção para respeitar, promover e tornar realidade os princípios e direitos fundamentais no trabalho, a saber:

(a) a liberdade de associação e a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva;

**(b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;**

(c) a erradicação efetiva do trabalho infantil; e

(d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

A partir da leitura do artigo acima, infere-se que a eliminação efetiva de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório deve levar em consideração as condições dignas

de vida que respeitem a privacidade dos trabalhadores, bem como seus direitos fundamentais básicos.

Em suma, a Convenção nº 189 da OIT foi aprovada no sentido de promover a igualdade de tratamento dos trabalhadores domésticos com relação aos direitos já garantidos aos demais trabalhadores, faltando a ratificação do Brasil nesse desiderato. Contudo, registre-se uma notícia animadora, motivo de regozijo, vazada no Jornal da Câmara no dia 04.12.2012: foi aprovada, em segundo turno, pelo plenário da Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 478/2010, cujo teor refere-se à revogação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal a fim de estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os empregados domésticos (trabalhadores domésticos com carteira assinada) e os demais trabalhadores urbanos e rurais (BEZERRA, 2010) (JORNAL DA CÂMARA, 2012).

Nesse sentido, é necessário conceituar o que é trabalho doméstico e, principalmente, qual é o posicionamento da legislação brasileira sobre a exploração camuflada de “emprego”.

#### **4 O TRABALHO DOMÉSTICO**

O trabalho doméstico tem sua gênese no período do regime escravocrata, onde vigorava um vínculo de exploração da mão-de-obra escrava, com resquícios de extrema violência. O trabalho era exercido majoritariamente por mulheres.

A expressão trabalho doméstico abarca uma ampla diversidade de tarefas e serviços que variam de um país para o outro, distinguindo-se em função da idade dos empregados, do gênero e do contexto cultural e econômico em que trabalham.

Segundo Goés (2007), vale a interpretação no sentido de que o legislador teria compreendido que aquele não seria o momento oportuno para estender à categoria dos empregados domésticos os mesmos direitos trabalhistas previstos na Consolidação aos demais empregados urbanos e rurais, partindo do pressuposto de que a evolução do direito deve ser gradual e consistente, no intuito de não causar traumatismos sociais, em especial no caso em apreço, quando o trabalho é prestado em condições especiais, explicita-se, no seio da família

A Organização Internacional do Trabalho – OIT usa a definição de trabalho forçado, e o considera como “o trabalho realizado involuntariamente e sob a ameaça de qualquer penalidade.” Também é definido pela organização que qualquer situação em que um indivíduo se encontre coagido a trabalhar por meio de violência ou intimidação, ou por

meios de dívida manipulada, retenção de documentos de identidade ou ameaças de denúncia às autoridades de imigração, é considerado trabalho forçado.

Via de regra, o trabalho doméstico é pouco valorizado. Recentemente, com a promulgação da Lei Complementar nº 150/2015, conhecida como a PEC das domésticas, a situação dos trabalhadores domésticos transformou a forma como essas relações laborais eram reguladas. O conceito de trabalho doméstico pode ser pela transcrição do artigo da referida lei:

### DO CONTRATO DE TRABALHO DOMÉSTICO

Art. 1º- Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei.

Como visto, enquadra-se como empregado doméstico a pessoa física que presta serviço em âmbito residencial, sem finalidade lucrativa, de forma onerosa e subordinada.

A continuidade acima evidenciada enseja uma conotação de convivência entre empregado, empregador e demais membros da família deste. Tal convívio dá-se durante a ininterrupta execução dos trabalhos tipicamente domésticos. Desse trato cotidiano extrai-se uma série de efeitos, na maioria das vezes, nefastos, bem lembrados por Barzotto (2011), a saber:

Deste modo, paradoxalmente, quem trabalha na família é, e não é, de certo modo, parte dela. Admitindo-se uma estilização imperfeita, ou melhor, analogia forçada. Se o trabalhador doméstico é tido como

membro da família, autoriza-se, ainda que de forma não consciente, a tratá-lo ora como filho, ao qual se dá mesada inconstante, ora como mãe, que faz tudo por amor e gratuidade, ora como pai, aquele que provê e se sacrifica por todos. Nessa economia doméstica simbólica, o espaço do trabalhador da esfera privada é pouco compreendido e ele nem sempre é visto como um profissional inserido em um mercado de trabalho. (BARZOTTO, 2011)

Todavia, em que pese a melhoria nas condições laborais dos domésticos brasileiros trazida com a Lei Complementar nº 150/2015, ainda existem muitos casos de trabalho

análogo ao escravo nas residências dos empregadores, os quais vem sendo frequentemente divulgados na mídia.

Isso porque, mesmo com os evidentes avanços legislativos e por consequência lógica os avanços em termos de remuneração, ainda se verifica que, mesmo após o final do período da escravidão, permanece estilhaços de casos de trabalho forçado ou em condições análogas ao escravo em âmbito doméstico e familiar.

Certo é que qualquer situação que submete o indivíduo a condições degradantes, a jornada exaustiva, a servidão por dívida, a trabalhos forçados ou restrição de liberdade/locomoção, é considerado trabalho em condição análoga à de escravo.

#### **4.1 O trabalho doméstico análogo à escravidão**

No presente momento, à luz do debate sobre direitos humanos e em meio às profundas transformações nas relações de trabalho, condena-se o trabalho doméstico análogo ao escravo à erradicação.

A maior parte do trabalho doméstico é exercida por mulheres, por uma distribuição sociocultural e econômica das funções. Fatores como gênero e raça são determinantes para que algumas situações acabem passando despercebidas, notadamente porque as mulheres resgatadas do trabalho análogo à escravidão em sua maioria são negras, e oriundas de famílias pobres que não tinham condições de se manter de forma digna.

Segundo MASSON, na hipótese de se "sujeitar alguém a condições degradantes de trabalho", um bom parâmetro para identificar se as condições de trabalho são degradantes ou não são as disposições trabalhistas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro (MASSON, 2012, p. 240).

A título de exemplificação, o Tribunal Superior do Trabalho julgou recentemente um Recurso de Revista interposto pelo Ministério Público do Trabalho da 6ª Região, onde o cerne da discussão relaciona-se a situação qual o trabalhador é mantido em situação de dependência e exploração, e, não raro, ludibriado pela justificativa falaciosa do empregador de que o indivíduo explorado seria "como se fosse da família, contrariando o disposto no art. 5º da Constituição da República de 1988, que prevê a proteção dos direitos humanos fundamentais.

Além disso, a Ministra Relatora desse processo, Exma. Liana Chaib, utilizou-se da Convenção 189 da OIT para julgar procedente o recurso, determinando o pagamento de

indenização por danos morais coletivos à vítima de trabalho análogo à escravidão, conforme se verifica da ementa extraída do acórdão:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - **TRABALHO DOMÉSTICO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À ESCRAVIDÃO - DESMISTIFICAÇÃO DO ARGUMENTO "COMO SE FOSSE DA FAMÍLIA" - GRAVE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS - RECONHECIMENTO DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO ABSOLUTO A NÃO ESCRAVIZAÇÃO** - ART. 896, §1º-A, I, DA CLT. Do exame das razões recursais, observa-se que o recorrente transcreveu corretamente o trecho do acórdão regional em que analisada tese relativa à imprescritibilidade da pretensão envolvendo o labor em condições análogas à escravidão. Assim, preenchido o requisito do art. 896, §1º-A, I, da CLT há que se prosseguir no exame da questão de fundo. **Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MPT, juntamente com a DPU, para tutelar direitos individuais de trabalhadora doméstica reduzida, por mais de 20 anos - de 1998 a 2020 -, à condição análoga à de escravo, além de tutelar o direito coletivo da sociedade. Ao analisar o caso, o TRT rejeitou o argumento do Órgão Ministerial segundo o qual é imprescritível a pretensão deduzida em ação trabalhista envolvendo a prática da submissão de trabalhadora doméstica à condição análoga à escravidão.** (...) Acrescente-se que o Estado Brasileiro, signatário da Convenção nº 29 da OIT, que versa sobre o trabalho forçado ou obrigatório, e da Convenção nº 105 da OIT, que trata da abolição do trabalho forçado e proíbe o uso de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório, comprometeu-se a combater e reprimir, sem qualquer restrição, as práticas de escravidão moderna. (...) Quanto à caracterização do trabalho em condição análoga à de escravidão, vale pontuar, de início, que a própria legislação cuida de tipificar tal ilícito. Deveras, o crime de " Redução à condição análoga à de escravo " está previsto no caput do art. 149 do Código Penal, tendo sido ali estabelecido que incorrerá na prática de tal delito aquele que: "r eduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador



**ou preposto "**. Dito isso, cabe averiguar se, no caso concreto, a trabalhadora resgatada estava reduzida à condição análoga à de escravo. **Na hipótese, o TRT, após exaustiva apreciação das provas, delimitou o seguinte quadro fático, cujo reexame mostra-se inviável nesta instância extraordinária: a partir " dos elementos de prova existentes nos autos, resta patente que a obreira, empregada doméstica residente em imóveis da entidade familiar estava reduzida à condição análoga à de escrava, eis que, sujeita a condições degradantes de trabalho, percebendo salários em muito inferiores ao mínimo, quando os recebia, com limitações e impedimento de uso ao banheiro, recebendo comida e medicamentos de vizinhos, arcando com despesas dos empregadores, referentes à água e à luz e sofrendo descontos salariais para pagamento de rações de animais pertencentes aos empregadores, sofrendo, ainda, restrições à liberdade, à locomoção e acesso à sua pessoa, além de desamparo dos empregadores em momento de acidente " e que " Percebe-se que, a obreira, pessoa humilde, pelo que se infere dos autos, inclusive gravação acostada pelos réus, tinha medo dos empregadores mesmos e, além disso, tinha receio de não receber o que de direito ". Assim, não há dúvida de que a trabalhadora prestou serviço em condição análoga à de escravo, com restrição da liberdade e em situação degradante e aviltante à dignidade humana, privada de salários e das mínimas condições de higiene, saúde e alimentação. Nesta relação, o indivíduo figura como agregado a quem, no início da relação de submissão, é oferecida a ilusão de alcançar melhoria na condição de vida por estar inserido naquele ambiente familiar. Não obstante, na verdade, referidos trabalhadores são submetidos à realidade para a qual foram arregimentados: trabalhar ininterruptas horas, sem direito a salários, descanso remunerado, férias, etc., recebendo, quase sempre, pequenos agrados ou pequenas quantias em dinheiro, apenas para sobrevivência, sofrendo restrição alimentar e todo tipo de humilhação e de violência moral e física. Ressalte-se que esse tipo de exploração criminosa é demasiadamente mais difícil de ser constatada por ocorrer no íntimo de uma residência familiar, longe dos olhos da sociedade e dos órgãos de fiscalização do trabalho, favorecendo a continuidade delitiva por longos anos,**

atribuindo à pessoa o vergonhoso status de patrimônio familiar, chegando, comumente, a ser transmitido pelas gerações de parentes da família empregadora. **O reconhecimento da prescrição no caso dos autos projeta uma anuência a essa violação ao direito fundamental a não ser escravizado - que encontra seu análogo na proibição ao tratamento desumano ou degradante inscrito no artigo 5º, inciso III, da Constituição da República.** Além disso, a liberdade do indivíduo é direito fundamental que só pode sofrer restrição por parte do Estado através de um devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF). **Não há autorização constitucional para restrição de liberdade em uma relação privada, o que inclui um vínculo de emprego.** (...) (RRAg-1000612-76.2020.5.02.0053, 2ª Turma, Relatora Ministra Liana Chaib, DEJT 27/10/2023). (grifo meu)

A situação acima descrita reflete a realidade de muitas empregadas domésticas no Brasil: quando a trabalhadora é considerada “da família” e não recebe salário, quando ela não tem liberdade para sair de casa, quando está sujeita condições degradantes que ferem seus direitos fundamentais – como receber acomodação sem condições de higiene e conforto – ou quando é submetida, por exemplo, a jornadas de trabalho exaustivas, precisando estar disponível para empregadores ou empregadoras a qualquer hora e sem poder dizer “não”.

Infelizmente, em que pese à adoção de medidas satisfatórias no intuito de erradicar o trabalho análogo à escravidão, principalmente ao ratificar a Convenção 189 da Organização Internacional do Trabalho, o Brasil não obteve êxito em acabar com a exploração dos serviços domésticos em lares de terceiros.

Em recente campanha para combate ao trabalho doméstico análogo à escravidão, o Ministério Público do Trabalho pautou-se na Convenção 189 da OIT para esclarecer que muitas trabalhadoras ainda estão vivendo em cárcere privados e trabalho análogo à escravidão, além da violência física.

Observe trecho retirado do sítio eletrônico oficial do MPT:

O ato de privar as trabalhadoras domésticas de suas próprias vidas é condenado pelo Ministério Público do Trabalho (MPT). Há ainda normas internacionais de proteção à trabalhadora doméstica, como Convenção 189 da OIT – um acordo do qual o Brasil é signatário (desde 2018) e cuja implementação precisa ser reforçada.

“A legislação é clara. A OIT é clara. **A Convenção 189 nos garante trabalho digno e decente, com remuneração adequada e tratamento humanitário. Essa luta, infelizmente, em pleno século XXI, ainda está longe de acabar. Muitas trabalhadoras ainda estão vivendo em cárcere privados e trabalho análogo à escravidão, além da violência física.** Os empregadores confiam na impunidade e no isolamento que a trabalhadora doméstica vive no local de trabalho.

Em suma, o trabalho doméstico análogo à escravidão é ainda uma realidade no país e acontece em diferentes regiões, envolvendo empregadores e empregadoras de diferentes classes sociais, haja vista que, embora as denúncias sejam relevantes para que o MPT consiga realizar operações de resgate, há muitos casos invisibilizados pelo fato de as pessoas não saberem identificar esse tipo de situação.

Por esse motivo, os programas adotados para combater a exploração dos trabalhadores domésticos se baseiam, essencialmente, no fomento da educação, uma vez que somente o estudo pode propiciar um futuro melhor a estas famílias.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com efeito, o serviço doméstico é um dos mais recorrentes quando se trata de condições degradantes de trabalho, haja vista os resquícios da escravidão no Brasil, mormente porque a maioria desses trabalhadores domésticos é formada por mulheres negras, de baixa escolaridade e oriundas de famílias de baixa renda, o que reforça a ideia de um racismo estrutural.

Ressalte-se que esse tipo de exploração criminosa é muito mais difícil de ser constatada por ocorrer no íntimo de uma residência familiar, longe dos olhos da sociedade e dos órgãos de fiscalização do trabalho, favorecendo a continuidade delitiva por longos anos, atribuindo à pessoa o vergonhoso status de patrimônio familiar, chegando, comumente, a ser transmitido pelas gerações de parentes da família empregadora.

Assim, considerando que o trabalho doméstico é uma das atividades para as quais o conceito de trabalho decente deve ter especial importância, atrelado às discriminações cruzadas de gênero e raça, atentar-se para a realidade de escravidão geralmente camuflada é atentar-se também para uma questão mais ampla de igualdade de oportunidades e tratamento no mundo do trabalho doméstico, especialmente para as mulheres.

## **REFERÊNCIAS**

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

**BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de Maio de 1943.** Consolidação das Leis do Trabalho. **Disponibilizado em** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. **Acesso em 05 nov. 2023.**

**BRASIL, 2015. Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015.**

Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm)>. Acesso em 05 nov. 2023

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. – 13ª ed. – São Paulo: LTr, 2014.

**DELGADO, Gabriela Neves.** Direito Fundamental ao Trabalho Digno. **São Paulo, LTr, 2006.**

COSTA, Helcio Mendes da. Evolução Histórica do Direito do Trabalho, geral e no Brasil. (2010). Disponível em: site <http://www.jurisway.org.br/>. Acesso em 07 nov. 2023

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Método, 2007.

NOTAS OIT, N. 8. Passos para a Ratificação da Convenção n. 189 sobre as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos, 2011. Disponível em:

[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/notas\\_oit\\_%208\\_797.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/notas_oit_%208_797.pdf). Acesso em 07 nov. 2023

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção e Recomendação sobre Trabalho Decente às Trabalhadoras e Trabalhadores Domésticos. 100ª Conferência Internacional do Trabalho (CIT). 2011. Disponível em: [http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/housework/doc/trabalho\\_domestico\\_nota\\_5\\_565.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/housework/doc/trabalho_domestico_nota_5_565.pdf). Acesso em 07 nov. 2023

RELATÓRIO DA OIT. Não ao Trabalho Forçado: Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT relativa a Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Disponível em:

[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/nao\\_trabalho\\_forca\\_do\\_311.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/nao_trabalho_forca_do_311.pdf). Acesso em 07 nov. 2023

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado. 4. ed. São Paulo: Método, 2012, v.2.

DECRETO LEGISLATIVO Nº 172, DE 2017. Aprova os textos da Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (nº 189) e da Recomendação sobre o Trabalho Doméstico Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (nº 201), da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2017/decretolegislativo-172-4-dezembro-2017-785852-convencao-154384-pl.html>. Acesso em 07 nov. 2023

TRABALHO DECENTE: CONSOLIDAÇÃO HISTÓRICA POR INTERMÉDIO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/158388/12.trabalho\\_decente\\_consolidacao\\_silva.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/158388/12.trabalho_decente_consolidacao_silva.pdf). Acesso em 07 nov. 2023

OIT. Brasil ratifica Convenção 189 da OIT sobre trabalho doméstico. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_616754/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_616754/lang--pt/index.htm). Acesso em 05 nov. 2023

Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista RRAg-1000612-76.2020.5.02.0053. Rel. Relatora Ministra Liana Chaib. 2ª Turma. Julgado em 15/03/2017. Disponível em < <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=521163&anoInt=2022> Acesso em: 05 nov. 2023.

## DO FENÔMENO DO "SIMULTANEUS PROCESSUS"

**DIOGO BARROS TORRES DE OLIVEIRA:**

Pós-Graduação em Direito. CESMAC -  
Centro de Estudos Superiores de Maceió426.

**RESUMO:** *Por expressa autorização constitucional, extraída da interpretação conjunta do artigo 102, I, "a" com o artigo 125, § 2º, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), é plenamente possível que, quando determinado ato normativo estadual viole, ao mesmo tempo, a Constituição Federal e a Constituição Estadual, sejam simultaneamente ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), uma perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e outra perante o Tribunal de Justiça (TJ) local. Esse fenômeno é doutrinariamente conhecido como "simultaneus processus", e o alcance dos efeitos entre as decisões é fruto de discussão doutrinária e jurisprudencial.*

**Palavras-Chave:** "Simultaneus Processus". Coexistência de ADIs. Possibilidade. Vinculação e Efeitos.

**ABSTRACT:** By express constitutional authorization, extracted from the joint interpretation of article 102, I, "a" with article 125, § 2, both of the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB/1988), it is fully possible that, when a certain state normative act violates, at the same time, the Federal Constitution and the State Constitution, two Direct Unconstitutionality Actions (ADIs) are simultaneously filed, one before the Federal Supreme Court (STF) and the other before the local Court of Justice (TJ). This phenomenon is doctrinally known as "simultaneus processus", and the scope of the effects between decisions is the result of doctrinal and jurisprudential discussion.

**Keywords:** "Simultaneus Processus". Coexistence of ADIs. Possibility. Linking and Effects.

### 1.INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) estabelece, em seu artigo 102, I, "a" (redação dada pela EC nº 3/1993), que compete ao STF – na qualidade de "Guardião da Constituição -, processar e julgar, originariamente: "a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal,".

Da mesma forma, o texto constitucional, ao dispor acerca da organização da Justiça no âmbito estadual, disciplina em seu artigo 125, §2º que "Cabe aos Estados a

---

426 E-mail: [diogobarrosal@yahoo.com.br](mailto:diogobarrosal@yahoo.com.br)

*instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão."*

Assim, da interpretação sistemática de ambos os dispositivos, resta clara a exegese de que, se determinado ato normativo estadual violar, a um só tempo, os textos da Constituição Federal e da Constituição do Estado-Membro respectivo, será possível o ajuizamento simultâneo de duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma perante o STF, que terá como parâmetro a Constituição Federal, e a outra perante o Tribunal de Justiça Estadual, cujo parâmetro será a Constituição daquele Estado, ocasião em que ambas as Cortes terão competência para a análise da constitucionalidade da norma pelo controle concentrado.

## **2. "SIMULTANEUS PROCESSUS" E O ENTENDIMENTO DO STF**

Conforme já se pôde inferir do que dito acima, o fenômeno do "*Simultaneus Processus*" pode ser conceituado como a possibilidade de se admitir, no controle concentrado de constitucionalidade, o processamento simultâneo de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, uma no Supremo Tribunal Federal e outra no TJ estadual, ambas impugnando o mesmo dispositivo.

O STF não admite este fenômeno e entende que, neste caso, para evitar a existência de decisões contraditórias, o procedimento a ser adotado é a suspensão da ADI em âmbito estadual até o desfecho do caso no Supremo, já que a decisão deste influenciará na persistência ou não da ADI local.

Desta forma, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a ação direta no âmbito estadual ficará suspensa, aguardando o julgamento da ADI ajuizada perante a aquela Corte.

É isso que extrai do entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADPF nº 190, senão vejamos:

*(...) A ocorrência de coexistência de jurisdições constitucionais estadual e nacional configura a hipótese de suspensão prejudicial do processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Tribunal de Justiça local. (...)*

STF. Plenário. ADPF 190, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 29/09/2016.

Assim, se o STF, ao concluir o julgamento da ADI, entender que a norma estadual impugnada é inconstitucional por violar o texto da Constituição Federal, a representação de inconstitucionalidade estadual deverá ser extinta sem resolução do mérito, em razão da perda superveniente do interesse de agir - perda do objeto. Deveras, se o STF decide que a norma estadual viola a Constituição Federal, o efeito de tal decisão é a imediata expurgação (retirada) da norma do ordenamento jurídico, de forma que não mais se fará necessária qualquer manifestação do Tribunal de Justiça acerca da norma.

Todavia, se o STF entender que a norma estadual impugnada é constitucional - não viola a Constituição Federal -, o Tribunal de Justiça poderá prosseguir com o conhecimento e julgamento da ADI estadual e, inclusive, considerar a norma inconstitucional e retirar a norma do ordenamento. Note-se que, aqui, não há contradição entre as decisões do STF e do TJ local, tendo em vista que a análise da norma objeto se dará com fundamento em parâmetro diverso, qual seja a Constituição do Estado Membro.

### **03. COEXISTÊNCIA DE ADI NO TJ E ADI NO STF, COM INDEVIDO JULGAMENTO DA DAQUELA EM PRIMEIRO LUGAR**

Traçadas as premissas a serem seguidas quando da existência de ADI no STF e de representação de inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça, ambas tendo por objeto a mesma norma estadual, o estudo do "*simultaneus processus*" ganhou novos contornos em razão do que decidido pelo STF, em 2018, no julgamento da ADI 3659/AM.

No caso, o Estado do Amazonas promulgou a Lei Estadual nº 2.778/2002 que, ao criar o cargo de "administrador público" no âmbito daquela unidade federativa, estabeleceu, em seu artigo 3º, como requisito para provimento no cargo, que o interessado fosse graduado "*em Curso de Administração Pública mantida por Instituição Pública de Ensino Superior, credenciada no Estado do Amazonas*".

Pois bem, ao restringir o provimento dos cargos, de forma exclusiva, aos graduados em instituição pública credenciada pelo Estado do Amazonas, a legislação estadual, indubitavelmente, afrontou diversos preceitos constitucionais, notadamente, o Princípio da Igualdade, da Razoabilidade e da vedação ao tratamento distinto entre brasileiros.

Por tais razões, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Amazonas ajuizou representação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, alegando que a lei violaria a Constituição Estadual.



Da mesma forma, o Procurador-Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o STF, argumentando que a previsão ofenderia a Constituição Federal.

Ocorre que, ao invés de suspender a representação de inconstitucionalidade até o julgamento da ADI pelo STF, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, de forma contrária às balizas fixadas na ADPF nº 190, procedeu com o julgamento pela procedência dos pedidos daquela e declarou a inconstitucional o dispositivo da Lei Estadual, com fundamento na violação do princípio da igualdade, norma de reprodução obrigatória expressa tanto no art. 3º da Constituição do Estado do Amazonas como no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

Diante disto, o Supremo Tribunal Federal, em decisão paradigmática, decidiu que:

*Coexistindo duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma ajuizada perante o tribunal de justiça local e outra perante o STF, o julgamento da primeira – estadual – somente prejudica o da segunda – do STF – se preenchidas duas condições cumulativas:*

*1) se a decisão do Tribunal de Justiça for pela procedência da ação e*

*2) se a inconstitucionalidade for por incompatibilidade com preceito da Constituição do Estado sem correspondência na Constituição Federal. Caso o parâmetro do controle de constitucionalidade tenha correspondência na Constituição Federal, subsiste a jurisdição do STF para o controle abstrato de constitucionalidade.*

STF. Plenário. ADI 3659/AM, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 13/12/2018 (Info 927).

Em síntese, decidiu o Supremo Tribunal Federal que, mesmo diante do fato de já haver a norma sido expurgada do ordenamento pela decisão do TJAM, não seria admissível, *in casu*, a extinção da ADI – cujo fundamento era a violação à preceito da Constituição Federal – pela perda superveniente do objeto.

#### **4.CONCLUSÃO**

Por tudo o que exposto acima, conclui-se que, em coexistindo duas ações cujo objeto seja a declaração de inconstitucionalidade de norma estadual (*simultaneus*

*processus*), uma ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, cujo parâmetro será a Constituição da República Federativa do Brasil, e a outra perante o Tribunal de Justiça Estadual, com fundamento na violação de norma de reprodução obrigatória da Constituição Estadual, deverá a Corte Estadual suspender o andamento da representação de inconstitucionalidade de sua competência até o término do julgamento da ADI no Supremo.

Não obstante, caso o Tribunal Estadual não proceda com a devida suspensão, a competência do Supremo Tribunal Federal não será afetada em razão de eventual decisão pela procedência da representação estadual. Em outras palavras, não haverá prejudicialidade no conhecimento e julgamento da ADI pelo STF, mesmo porque não se poderia admitir que a Corte Estadual, com seu indevido proceder, detivesse a última palavra acerca da interpretação da Constituição Federal.

## 5.REFERÊNCIAS

GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª Edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/informativo/detalhes/f8c1f23d6a8d8d7904fc0ea8e066b3bb?numero=927&tribunal=1>

<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo927.htm#ADI%20e%20representa%C3%A7%C3%A3o%20de%20inconstitucionalidade>

## JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

**KAROLYNE COLINO SANTANA:**  
Bacharela em Direito. Assessora de Magistrado do Tribunal de Justiça de Pernambuco<sup>427</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo consiste em um estudo sobre a justiça penal consensual, tratando de forma especial sobre o acordo de não persecução penal. O objetivo deste estudo é expor as principais características do referido instituto, bem como ponderar sobre a presença marcante da justiça consensual no âmbito do direito penal e processual brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consenso. Direito penal e processual. Acordo.

**ABSTRACT:** This article consists of a study on negotiated criminal justice, dealing in particular with the non-criminal prosecution agreement. The objective of this study is to expose the main characteristics of the aforementioned institute, as well as consider the notable presence of consensual justice in the scope of Brazilian criminal and procedural law.

**KEYWORDS:** Consensus. Criminal and procedural law. Agreement.

### 1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro está cada vez mais adepto aos métodos de solução consensual dos conflitos e dessa vertente não poderia ter ficado excluído o direito processual penal. Como exemplo disso, podem ser destacados os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstos na Lei nº 9.099/1995.

Já no ano de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) por meio de uma Resolução própria do Órgão, criou o acordo de não persecução penal.

Posteriormente, em dezembro de 2019, com o advento da Lei nº 13.964/2019, mais comumente conhecida como Pacote Anticrime, o Acordo de Não Persecução Penal foi introduzido diretamente no Código de Processo Penal, em seu novo artigo 28-A.

Nesse sentido, o presente estudo tem por finalidade tratar sobre os rumos da justiça penal consensual no Brasil, bem como analisar as características deste novo

---

427 E-mail: [karolcolino@hotmail.com](mailto:karolcolino@hotmail.com)

instituto, que tem como uma das principais finalidades evitar a instauração de uma ação penal de iniciativa pública.

Nos termos da norma, a celebração do acordo ocorrerá entre o Ministério Público e o investigado pela prática de um delito, com a assistência de seu advogado. Por sua razão, o agente não será submetido ao curso de uma ação penal por meio da qual poderia lhe sobrevir uma sentença condenatória, entretanto, a ele é exigido o cumprimento de algumas medidas punitivas análogas às penas restritivas de direitos previstas no Código Penal.

O instrumento tem a finalidade de evitar uma pena privativa de liberdade, promover a reprovação e prevenção do crime, assim como viabilizar a reparação do dano gerado pela conduta delituosa.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1. JUSTIÇA CONSENSUAL**

A consensualidade, que antes só tinha aplicabilidade no campo dos conflitos civis, visto que tratam, em sua grande maioria, de direitos considerados disponíveis, já começou a ganhar espaço no sistema jurídico-penal brasileiro.

Aquela justiça penal clássica, pautada na imposição e no princípio da obrigatoriedade da ação começa a perder espaço para a denominada justiça consensual, cujo modelo é desenhado, primordialmente, pela concordância entre as partes com relação ao resultado do conflito. Através desta, é possível o estabelecimento de uma série de convencionalidades com vistas à garantia de uma maior satisfação dos envolvidos. Busca-se um desfecho cada vez mais reparador do que puramente punitivo.

Nesse enfoque, iniciando pelo plano internacional, vale destacar uma orientação sinalizada pela Organização das Nações Unidas no tocante às saídas alternativas ao processo penal tradicional. Trata-se das *“Regras Mínimas Padrão Das Nações Unidas Para A Elaboração De Medidas Não Privativas De Liberdade”*, mais comumente conhecidas por *“REGRAS DE TÓQUIO”*, aprovadas pela Assembleia Geral da ONU, em 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução nº 45/110.

O capítulo II do referido documento discorre acerca do “Estágio anterior ao julgamento”, o qual versa sobre a implementação de medidas a serem adotadas em momento anterior ao processo. Em seu item 5.1 é preceituado o seguinte:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça

criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado (REGRAS DE TÓQUIO REGRAS MÍNIMAS PADRÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ELABORAÇÃO DE MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE, 2016, p. 17).

Assim, observa-se que esse Tratado Internacional já faz referência à possibilidade, e até mesmo a necessidade, de serem estabelecidos critérios para uma melhor análise sobre a imprescindibilidade da instauração de um processo-crime.

Trazendo a ideia para o plano nacional, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro já começou a abrir as portas, ainda que de maneira tímida, a esse novo modelo de justiça. Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski:

A previsão de alternativas penais no ordenamento brasileiro ainda experimenta o dilema de sua aceitação pelos atores que intervêm no sistema de justiça criminal. E pior do que isso, de sua consideração como soluções válidas e eficazes para censurar aquele que não tem perfil para ser segregado do meio social. Tendo em conta a preocupação das Nações Unidas com a humanização da justiça criminal e o fortalecimento das ações capazes de garantir a proteção dos direitos humanos, as Regras de Tóquio, cuja proposta é consolidar uma série de princípios comprometidos com a promoção e estímulo à aplicação, sempre que possível, de medidas não privativas de liberdade, são o divisor de águas entre uma cultura exclusivamente punitivista e a construção de um modelo mais humanizado de distribuição da justiça, na medida em que propõem a valorização de formas e resultados menos danosos do que aqueles decorrentes da utilização da prisão (REGRAS DE TÓQUIO REGRAS MÍNIMAS PADRÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ELABORAÇÃO DE MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE, 2016, p. 12).

Evidenciando esse desvio dos métodos mais tradicionais ocorrido ao longo dos últimos anos, podemos mencionar a edição de alguns diplomas normativos, onde são previstas a celebração de acordos entre os envolvidos no conflito, com vistas a trazer benefícios àqueles dispostos a auxiliar o Estado-acusador.

Com efeito, a Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais, representa uma grande raiz dessa justiça consensual. Nela foram concebidos os importantes institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo e da composição civil de danos, que bem exemplificam esse modelo. Todos são aplicáveis aos casos de prática das denominadas infrações de menor potencial ofensivo, aquelas cuja lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com a multa (BRASIL, 2020).

O primeiro deles, a transação penal, com previsão no art. 76 da lei, trata-se de um instituto despenalizador pré-processual, que se presta a obstar o início de uma ação penal em virtude da celebração de um pacto entre o Ministério Público e o suposto autor do fato delituoso, no qual são estipuladas concessões recíprocas para dar fim ao conflito.

Pela leitura da norma, depreende-se que o investigado enquadrado nos requisitos estabelecidos, receberá uma proposta do órgão acusatório, consistente na aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, e em troca, ele não será submetido ao exaustivo curso de um processo penal que poderá resultar em sua condenação. Com a celebração, lhe é garantido a exclusão de efeitos civis da condenação, de reincidência e de qualquer antecedente criminal, exceto para fins de concessão de nova transação (BRASIL, 2020).

Ainda, o pacto deve ser submetido à apreciação jurisdicional, e por fim, após verificado o cumprimento das medidas impostas, é declarada a extinção da punibilidade (BRASIL, 2020).

Saliente-se que esta pena cumprida pelo investigado não ostenta aquele caráter punitivo intrínseco ao curso de um processo e a uma sentença penal condenatória. O instrumento aplicado é apenas uma medida penal aceita voluntariamente sem assunção de culpa.

A suspensão condicional do processo, também conhecida por *sursis processual*, por sua vez, também se apresenta como uma alternativa ao curso de um processo comum, sendo caracterizada como uma medida despenalizadora dada através de um acordo.

Previsto no art. 89, o instituto é aplicável não apenas às infrações de menor potencial ofensivo alcançadas pela Lei nº 9.099/95, mas a todos os crimes, cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a 01 (um) ano. Em casos tais, após o oferecimento

da denúncia, o *parquet* poderá propor ao denunciado, a suspensão condicional do processo, por 02 (dois) a 04 (quatro) anos, desde que preenchidos todos os critérios legais (BRASIL, 2020). A aceitação da proposta é voluntária, evidenciando uma característica do modelo de justiça consensual.

Ao final, desde que devidamente cumpridas as condições e expirado o prazo sem revogação, haverá a extinção da punibilidade.

Observe que no *sursis* processual, a lei busca que seja evitado o prosseguimento do feito, enquanto na transação penal evita a própria instauração.

Ainda, tem-se no art. 74 a composição civil de danos. Por meio dela, a vítima do delito e o seu suposto autor celebram um acordo através do qual este se obriga a reparar os danos causados pela prática do crime. Ao aceitar a proposta, nos casos da ação penal privada, a vítima renuncia o seu direito a queixa, e nos casos de ação penal pública condicionada, o seu direito a representação, acarretando, por consequência, a extinção da punibilidade (BRASIL, 2020).

Já nos casos de crimes cuja ação é pública incondicionada, ela se presta tão somente para antecipar o valor indenizatório pelo prejuízo, mas não proporciona a extinção da punibilidade.

Por fim, temos o acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP, com o advento do Pacote Anticrime.

## **2.2. CARACTERÍSTICAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Pode-se dizer que o Acordo de não Persecução Penal é uma espécie de negócio jurídico processual celebrado entre o Ministério Público e aquele sujeito investigado pela prática de um crime. Através desse instituto, o membro do *Parquet* deixa de denunciar o sujeito e, por consequência, obsta o início da ação penal.

Conforme será demonstrado adiante, o ANPP apresenta algumas características semelhantes à transação penal, no entanto, tais instrumentos não podem ser confundidos.

O art. 28-A do Código de Processo Penal dispõe o seguinte em seu *caput*:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4

(quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (BRASIL, 2019).

A norma apresenta uma redação clara ao descrever as hipóteses em que poderá ser celebrado o acordo. Inicialmente, o legislador deixa claro que o acordo apenas será celebrado quando não for o caso de arquivamento da investigação, vez que este é mais benéfico ao sujeito.

Podemos elencar cinco requisitos, que são cumulativos, para a celebração do acordo. O primeiro requisito é que a infração cometida pelo sujeito tenha pena mínima cominada inferior a 04 (quatro anos). Analisando esse requisito, tem-se que muitos crimes previstos no Código Penal estariam agraciados com a celebração.

Vale ressaltar ainda, que conforme preceitua o §1º do art. 28-A, nesse momento de análise do *quantum* de pena “serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto” (BRASIL, 2019).

O segundo requisito é que a infração não tenha sido cometida mediante violência ou grave ameaça. Presume-se que o legislador entendeu que tais crimes não podem ser beneficiados com esse benefício e merecem ser submetidos a um processo criminal para aferição da culpabilidade.

O terceiro requisito é a confissão, formal e circunstancial da prática da infração (BRASIL, 2019), que será feita pelo investigado diretamente ao membro do *Parquet*. Sobre essa exigência, impende destacar, nesse momento, que a confissão não poderá ser considerada um reconhecimento da culpa/dolo na prática do delito.

Nesse sentido, vale mencionar as palavras do Doutrinador Rogério Sanches Cunha sobre o tema:

[...] apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal (CUNHA, 2020, p. 129).

O quarto requisito é que o a celebração seja suficiente e necessária para a prevenção e reprovação da infração (BRASIL, 2019). O que se observa nessa última



exigência, é que haverá grande margem de subjetividade aos operadores do direito para analisar sobre a plausibilidade da pactuação.

Por fim, o último requisito é que o investigado se disponha a cumprir as condições cumulativa e alternativamente estipuladas, uma espécie de punição, que estão previstas entre os incisos do *caput* do artigo. Veja-se:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da Execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), à entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 2019).

Através de uma análise geral, observa-se que a maioria delas carregam consigo uma finalidade reparadora. Os incisos I e IV bem demonstram isso ao, respectivamente, exigir a reparação do dano causado ou restituição da coisa e destinar a prestação pecuniária às entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos lesados (BRASIL, 2020).

Contudo, poderão acontecer situações nas quais estejam preenchidas todas estas condições listadas acima, mas, ainda assim, o ANPP não poderá ser celebrado. Tais vedações estão previstas no art. 28-A, §2º e seus incisos abaixo relacionadas:

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV – nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (BRASIL, 2019).

A primeira vedação (inciso I) é que não seja celebrado o ANPP quando possível o oferecimento da proposta de transação penal. Partilhamos o entendimento de que a transação penal seria mais benéfica ao investigado pelo fato de não exigir dele a confissão formal do delito, tendo em vista, que em caso de eventual não cumprimento do ANPP, o Ministério Público poderá oferecer denúncia, subsidiada pela confissão do sujeito.

A segunda vedação (inciso II), incide para os sujeitos reincidentes ou se haver nos autos elementos que indiquem uma conduta recorrente (BRASIL, 2019). Ou seja, entende-se que condenações ou ações penais em curso, por exemplo, possam fundamentar a não celebração do acordo.

Já a vedação do inciso III, atua sobre o sujeito que já fora beneficiado com transação penal, ANPP, *sursis processual*, nos cinco anos anteriores ao crime (BRASIL, 2019).

A última, prevista no inciso IV, veda a celebração nos casos de crimes praticados no contexto de violência doméstica ou familiar, adequando-se aos entendimentos jurisprudenciais sedimentados, como por exemplo a súmula 536 do STJ, que veda a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo), nos casos em que incidir a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2020).

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No transcorrer do estudo foram analisados detalhadamente os principais aspectos sobre os instrumentos da justiça consensual, que vem ganhando grande espaço no âmbito do direito penal brasileiro.

No que diz respeito ao acordo de não persecução penal, constatou-se que é uma importante inovação legislativa, que busca solucionar casos de média gravidade.

A criação e implementação de instrumentos como este favorece o sistema de justiça brasileiro, proporcionando uma solução mais célere, beneficiando todos os membros da sociedade.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasil: Brasília: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, 2016. 24p. ISBN 978-85-5834-014-4.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora Juspodium, 2020.

## OS IMPACTOS DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO NO ACESSO À JUSTIÇA SOB O OLHAR DA VULNERABILIDADE DIGITAL

AMANDA CAROLINE SOARES<sup>428</sup>

**Resumo:** O presente trabalho trata do acesso à justiça, das ondas renovatórias deste acesso, de como o PJe impacta no acesso à justiça no âmbito cível das ações de família com foco na vulnerabilidade digital que é abordada na 6ª onda renovatória.

**Palavras-chave:** ondas renovatórias de acesso à justiça. Processo Judicial eletrônico. Vulnerabilidade digital.

### Introdução

O acesso à justiça é considerado pela doutrina um direito fundamental extraído do art. 5º da Magna Carta por meio do inciso XXXV o qual prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e ainda o inciso LXXIV o qual dispõe que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Da junção desses dois dispositivos denota-se que todas as pessoas podem se socorrer ao Poder Judiciário quando tiverem lesão ou ameaça a direito seu, bem como possuem o direito de obter assistência jurídica integral e gratuita quando não possuírem condições financeiras para custeá-la.

Dessa feita, o presente trabalho busca analisar e discorrer sobre como se dá o acesso à justiça com os avanços tecnológicos ocorridos nos últimos tempos, principalmente no pós-pandemia, no processo judicial eletrônico com enfoque na vulnerabilidade digital das partes nos processos cíveis de família de partes assistidas pela Defensoria Pública ou quando não constituem advogado.

### Das Ondas renovatórias do Acesso à Justiça

O direito fundamental do acesso à justiça é assegurado no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Defensoria Pública, instituição oficial responsável por concretizar a assistência jurídica integral e gratuita contando com capítulo próprio na Constituição Federal - art. 134 e 135. O Estado brasileiro adota o sistema do *salaried staff model* em que prevê uma instituição oficial com um quadro de servidores próprios remunerados para prestar essa

---

428 E-mail: amandasoares140390@gmail.com

assistência, ressaltando que a assistência jurídica é muito mais ampla que assistência judiciária, esta envolve apenas atos e custas judiciais disposta no art. 98 do CPC, a segunda engloba toda uma atuação extrajudicial pela instituição que envolve diversos institutos, mas é tema para outro trabalho.

A doutrina institucional elenca a Defensoria Pública como uma metagarantia, pois é por meio dela que será garantido o direito à assistência jurídica gratuita e integral.

É sabido que o acesso à justiça ou assistência jurídica ainda encontra muitos óbices de ser concretizado em sua plenitude por diversas razões. Mauro Cappelletti e Bryan Garth criadores do Projeto Florença escreveram a obra chamada "Acesso à Justiça", segundo o defensor público do Rio de Janeiro, Franklyn Roger e Diogo Esteves (2018, p. 47)429:

"o denominado "Projeto Florença de Acesso à Justiça" (Florence Access-to-justice Project) teve como objetivo principal a análise dos obstáculos jurídicos, econômicos, político-sociais, culturais e psicológicos, que tornavam difícil ou impossível, para muitos, o acesso e o uso do sistema jurídico; outrossim, tinha como propósito realizar o levantamento de informações e críticas sobre esforços empreendidos em vários países para superar e atenuar os referidos obstáculos. Em linhas gerais, a estrutura analítica da evolução do movimento mundial de acesso à justiça delineada pelo Projeto Florença foi desenvolvida em torno da metáfora de **três ondas**:

(i) a primeira referente à assistência jurídica;

(ii) a segunda traduzida pela tutela de interesses metaindividuais, com a articulação da representação de direitos coletivos mediante ações de classe e de interesse público;

(iii) e, por fim, a terceira onda abordando os procedimentos judiciais, seus custos e o tempo de duração.

Com o benefício da análise retrospectiva, podemos identificar ao longo do desenvolvimento dessas ondas renovatórias diversos movimentos (ou submovimentos) distintos, que conformam a clivagem de sub-ondas alternadas. Além disso, passados quase 40 anos desde o início do Projeto Florença, podemos detectar diversas

---

429 Esteves, Diogo Princípios Institucionais da Defensoria Pública I Diogo Esteves, Franklyn Roger Alves Silva. - 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

transformações no movimento mundial de acesso à justiça, que acabaram colmatando o surgimento de novas ondas renovatórias.”.

Sendo assim, a primeira onda renovatória está relacionada com a assistência jurídica aos hipossuficientes no sentido econômico, daqueles que não possuem condições financeiras de custear um advogado ou as elevadas custas de um processo judicial. Esta onda está intrinsecamente ligada à Defensoria Pública, uma vez que, como dito alhures, é a instituição oficial para prestar a assistência jurídica no Estado brasileiro.

A segunda onda se refere aos obstáculos organizacionais relativos à representação e defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo, principalmente no âmbito do consumidor e ambiental, tal defesa é de suma importância na sociedade moderna em que as grandes massas sofrem constantes violações em seus direitos, logo, com o processo coletivo é possível que um grupo de indivíduos, mesmo que indetermináveis, seja beneficiado por uma decisão judicial sem que tenha percorrido individualmente o caminho do judiciário.

Por conseguinte, a terceira onda, segundo Franlyn Roger e Diogo Esteves “expõe o problema dos procedimentos judiciais, seus custos e seu tempo de duração, sendo formuladas propostas alternativas, como a prevalência da oralidade e a concentração dos ritos processuais; a redução dos custos do processo, seja pela supressão das custas processuais e da taxa judiciária ou pela instituição de órgãos jurisdicionais autônomos que possam solucionar questões de pequenas causas de modo gratuito; a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos como a arbitragem, a conciliação e a mediação.”<sup>430</sup>.

Em 2019 Bryan Garth idealizou o **Global Access to Justice Project** ainda em desenvolvimento que trabalha mais quatro ondas renovatórias à luz dos paradigmas do novo século.

Assim, tem-se a Quarta Onda que trata da dimensão ética e política do direito, Kim Economides leciona que o acesso à justiça não é só da parte, mas também dos operadores do direito e que este acesso deve ser exercido por todos os atores com base na ética e probidade.

A Quinta Onda traz a internacionalização da proteção dos direitos humanos perante os órgãos e sistemas internacionais, cada vez mais os sistemas internacionais como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte IDH tem mostrado suas

---

<sup>430</sup> Esteves, Diogo Princípios Institucionais da Defensoria Pública I Diogo Esteves, Franklyn Roger Alves Silva. - 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 22

importâncias na efetivação dos direitos humanos perante o Sistema Interamericano, inclusive o Brasil já recebeu diversas condenações por parte da Corte.

A Sexta Onda é a que este trabalho pretende aprofundar, refere-se às novas tecnologias para aprimorar o acesso à Justiça. Com o avanço tecnológico, todas as instituições tiveram que se adaptar às mudanças e com a pandemia de COVID foram obrigadas a implementar tais adaptações de forma rápida para que nada “parasse”, logo, os atendimentos passaram a ser por meios digitais como whatsapp, e-mail, ou mesmo pelos sites, audiências por videoconferência, dentre outros.

Contudo, sabe-se que o Brasil é um país extremamente desigual, com muitas pessoas abaixo da linha da pobreza, muitos não possuem aparelho de telefone moderno, quiçá internet para acompanhar essas mudanças, logo, essas pessoas acabam se tornando excluídos da sociedade de alguma forma, é o que se chama de **vulnerabilidade digital** que será analisado no próximo tópico com seus impactos no Processo Judicial Eletrônico.

Por fim, tem-se a Sétima Onda correlacionando a desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça. Não causa espanto a ninguém que o Brasil é um país extremamente racista e machista e que muito ainda tem a fazer para implementar de fato uma igualdade como reconhecimento. Embora a Constituição Federal traga a igualdade formal e material, a igualdade como reconhecimento que visa analisar as diferenças de cada grupo, suas necessidades específicas a fim de se buscar uma igualdade de fato.

Portanto, apresentadas as ondas entraremos agora na análise de como o PJe, sistema oficial do CNJ, se apresenta como facilitador ou obstáculo a esse acesso à justiça tanto das partes como dos próprios advogados sob a perspectiva da Sexta Onda renovatória.

### **Os impactos do Processo Judicial Eletrônicos no acesso à justiça sob o olhar da vulnerabilidade digital**

De acordo com o site do CNJ 431: “O PJE é uma plataforma digital desenvolvida pelo CNJ em parceria com diversos Tribunais e conta com a participação consultiva do Conselho Nacional do Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, Advocacia Pública e Defensorias Públicas. Sob o aspecto de funcionalidades disponíveis, o PJe caracteriza-se pela proposição da prática de atos jurídicos e acompanhamento do trâmite processual de forma padronizada, mas considerando características inerentes a cada ramo da Justiça. Objetiva a conversão de esforços para a adoção de solução padronizada e gratuita aos Tribunais, atenta à racionalização aos ganhos de produtividade nas atividades

431 <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/processo-judicial-eletronico-pje/>. Acesso em 07/11/2023



do judiciário e também aos gastos com elaboração ou aquisição de softwares, permitindo o emprego de recursos financeiros e de pessoal em atividades dirigidas à finalidade do Judiciário.”

O projeto do PJe se iniciou no Conselho Nacional de Justiça em setembro de 2009, primeiro junto aos tribunais regionais federais e depois foi se expandido às justiças especiais e por fim aos tribunais estaduais. Atualmente o PJe se encontra em funcionamento em 13 (treze) Estados, além das justiças especiais e o plano do CNJ é que seja implantado em todos os tribunais do país a fim de se obter a tão sonhada unificação dos sistemas. Tal unificação certamente vai facilitar a vida dos operadores do direito, que quando atua em mais de um estado tem que se deparar com as particularidades de cada sistema.

As vantagens trazidas pelo sistema, nas palavras de Carlos Henrique Abrão (2015, p. 17) 432, são de “reduzir a necessidade de deslocamento, acompanhamento integral de todas as etapas da tramitação, eliminando as mazelas do processo papel e qualquer intercorrência”. Assim, visou-se a eliminação/redução do papel, reduzir os custos e tempo de deslocamentos com os atos virtuais, diminuir o tráfego nos fóruns/tribunais, maior celeridade nos protocolos de petições, nas remessas/conclusões, facilidade do acesso do processo em qualquer local e horário, bem como a transparência, dentre tantas outras vantagens.

Como pontos negativos encontra-se a (in)segurança do sistema no armazenamento cada vez mais de dados, a dificuldade dos operadores em se acostumar e manusear a ferramenta que nem sempre é auto intuitiva, a dificuldade de acesso pelas partes, principalmente o *jus postulandi* no juizado especial e aos atos virtuais como as audiências por videoconferência, mas o principal obstáculo hoje enfrentado por todos os usuários e servidores que tem o PJe como sistema oficial é a instabilidade do sistema.

Não são raras as vezes em que o Pje se encontra instável/em manutenção e mesmo já com mais de 10 (dez) anos de criação/implantação, tendo passado por diversas atualizações, obtidas claramente muitas melhorias, ainda não se obteve um sistema estável e que gere segurança para os trabalhos de todos que operam o sistema.

Essa instabilidade corriqueira é um obstáculo à celeridade do judiciário, pois em certos dias não se é possível trabalhar de forma alguma, e claro, isso afeta também os

---

432 ABRÃO, Carlos Henrique. Processo eletrônico, processo digital, de acordo com o novo CPC. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. Sao Paulo: Atlas, 2015.

advogados, defensores, promotores dentre todos operadores que também ficam obstados de realizar suas atividades em razão da indisponibilidade do sistema.

Outro ponto a se destacar é o impacto negativo que o PJe e os avanços tecnológicos causam no acesso à justiça quanto aos vulneráveis digitais no âmbito cível.

Vulnerabilidade remete à ideia de fragilidade e necessidade de proteção. *Vulnus* é ferida, *vulnerare* é ferir, daí que vulnerabilidade (*vulnerabilis*) “é a situação, a possibilidade, ou o status daquele que tem uma fraqueza, suscetibilidade e pode ser ferido; vulnerável é o mais fraco, o que perdeu ou nunca teve a possibilidade de se defender.” 433

Inicialmente, a vulnerabilidade do acesso à justiça se dava por razões econômicas, organizacionais ou procedimentais como mencionado no primeiro tópico na análise das ondas renovatórias do acesso à justiça. Porém, com o avanço da sociedade em si e com o advento de uma crise mundial pandêmica, restou evidenciada mais uma vulnerabilidade: a digital.

Isso se deu, pois, com a necessidade de isolamento social a fim de reduzir a disseminação do vírus, tornou-se necessário implementar atendimentos/resoluções de problemas on-lines. De acordo com Edilson Santana Filho essa vulnerabilidade digital se tornou evidente no Brasil quando “o governo federal, ao estabelecer benefício assistencial destinado às pessoas que tiveram sua renda comprometida no período e se enquadrem nos demais critérios econômicos estabelecidos, vinculou o recebimento à necessidade do beneficiário possuir aparelho celular e endereço de *e-mail*, baixar aplicativo do programa e receber mensagem via SMS (serviço de mensagens curtas) para acioná-lo, o que gerou graves empecilhos de acesso ao direito por parte de grupos vulneráveis e levou a Defensoria Pública a ajuizar Ação Civil Pública visando superar tais exigências.” 434.

Como analista judiciário no Tribunal de Justiça de Mato Grosso, observo essa vulnerabilidade principalmente quando a parte é representada pela Defensoria Pública ou quando não busca essa assistência jurídica para lhe respaldar, claramente pela falta de informações dos seus direitos, é muito comum as partes comparecerem ao fórum sem sequer saber da existência da Defensoria Pública para lhe assistir.

---

433 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 25

434 FILHO, Edilson Santana Gonçalves. Acesso à Justiça é impactado pela vulnerabilidade digital. CONJUR, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tribuna-defensoria-acesso-justica-impactado-vulnerabilidade-digital>. Acesso em: 07 de novembro de 2023.

Em uma busca das audiências realizadas na comarca em que trabalho (Araputanga-MT) - em que há Defensoria instalada, porém com defensor em cumulação com outra comarca - nos meses de agosto, setembro e outubro pude constatar o seguinte:

- 1- Foram apuradas 32 (trinta e duas) audiências de conciliação de família em que a parte autora ou requerida era assistida pela Defensoria ou que a parte requerida não constituiu patrono. Dessas 32:
  - a) 11 (onze) tiveram acordo;
  - b) 10 (dez) não compareceram mesmo tendo sido intimados/citados;
  - c) 11 (onze) compareceram, mas não houve acordo.

Deste breve apanhado é evidente o quanto a vulnerabilidade digital é um óbice ao bom andamento e resolução dos conflitos, eis que, do total de audiências, 31,5% não conseguiram comparecer e isso se dá pela dificuldade de acessar o link encaminhado pelo conciliador, entender como funciona, por não possuir internet de qualidade e até mesmo aparelho telefônico compatível.

Destaco que o Poder Judiciário disponibiliza sala passiva para que essas partes que não possuem meios de participar da audiência por videoconferência compareçam presencialmente no fórum a fim de facilitar sua participação, mas poucos vêm.

Nota-se também que 34,37% embora consigam comparecer ao ato, não chegam a realizar acordo. É certo que não se terá conciliação em todas as audiências, mas observa-se que muitas vezes a parte que está sem o seu patrono/defensor ou não constitui um, se sente insegura em transigir, mesmo estando diante do conciliador que é uma figura imparcial e pode estimular esse acordo.

Isso ocorre porque a maioria dessas pessoas não possuem muita instrução e a falta de um profissional do direito para ampará-la causam prejuízos, pois a simples presença de advogado/defensor poderia esclarecer melhor os termos e benefícios de um acordo para solucionar o seu problema.

Não há dúvidas de que se a parte estivesse assistida devidamente esses números de não comparecimento seriam bem menores e os números de acordos maiores.

Denota-se que, a vulnerabilidade digital atinge a parte de tal forma que ela sequer sabe dos seus direitos a uma assistência jurídica integral e gratuita àqueles que não podem pagar. A Defensoria ainda falha muito nessa educação em direitos, em conseguir alcançar seu público que são as pessoas hipossuficientes/vulneráveis.

Nestes casos de audiência, por exemplo, a Defensoria poderia montar uma estrutura para receber o assistido e poder acompanhá-lo no ato judicial. Contudo, sabemos que isso não ocorre não por falta de vontade da instituição, mas por falta de orçamento, falta de pessoal e de estrutura física, visto que, a Defensoria Pública Estadual possui orçamento muito deficitário se comparado ao do Ministério Público e Poder Judiciário.

Sendo assim, observa-se que muitos são os benefícios trazidos pelo processo judicial eletrônico, mas muito ainda tem-se a aperfeiçoar para que se tenha uma justiça célere, inclusiva e que satisfaça aos anseios de todos os operadores do direito.

## **Conclusão**

Conclui-se então que, embora possa se extrair do rol de direitos fundamentais o acesso à justiça como um dos direitos assegurados pela Constituição Federal e tendo a Defensoria Pública como instituição permanente para assegurar esse direito, observa-se muitos obstáculos a um acesso pleno e efetivo.

Além dos óbices relacionados à instabilidade do sistema que é bem recorrente e uma tormenta aos operadores, nota-se que as tecnologias, embora tragam muita comodidade e facilidade, ainda são exclusivas, excluindo camada da população que não possui meios para se inteirar às atualizações.

A vulnerabilidade digital é um problema ascendente no país, além de tantos outros problemas estruturais que assola a população vulnerável, atualmente fala-se em direito fundamental à internet, por ser ela um meio imprescindível para o acesso a uma vida digna em todos os sentidos.

Portanto, se faz necessário um olhar mais atento por parte das instituições públicas como Judiciário, Defensoria Pública e Ministério Público para que trabalhem objetivando reduzir cada vez mais essa desigualdade digital e consigam prestar adequadamente os serviços a essa camada da população invisibilizada que não pode ser prejudicada por não ter condições de se inserir no meio digital.

## **Referências**

Esteves, Diogo Princípios Institucionais da Defensoria Pública I Diogo Esteves, Franklyn Roger Alves Silva. - 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/processo-judicial-eletronico-pje/>. Acesso em 07/11/2023.

ABRÃO, Carlos Henrique. Processo eletrônico, processo digital, de acordo com o novo CPC. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. Sao Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FILHO, Edilson Santana Gonçalves. Acesso à Justiça é impactado pela vulnerabilidade digital. CONJUR, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tribuna-defensoria-acesso-justica-impactado-vulnerabilidade-digital>. Acesso em: 07 de novembro de 2023

## SENTENÇAS/DECISÕES MANIPULATIVAS (INTERMEDIÁRIAS OU NORMATIVAS) E SENTENÇAS TRANSITIVAS (OU TRANSACIONAIS)

**DIOGO BARROS TORRES DE OLIVEIRA:**

Pós-Graduação em Direito. CESMAC -  
Centro de Estudos Superiores de Maceió<sup>435</sup>

**RESUMO:** Não obstante seja indiscutível que, em qualquer democracia, notadamente as contemporâneas, é imprescindível a existência de uma separação e de harmonia entre os poderes, o conceito de jurisdição constitucional, na atualidade, não mais pode ser extraído da separação estanque atribuída, inicialmente, aos ensinamentos de Aristóteles, detalhada por Locke e consagrada por Montesquieu. Partindo dessa premissa, o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição e no intuito de potencializar as garantias constitucionais, vem, ao longo dos últimos anos, proferindo as chamadas decisões manipulativas e transitivas, o que vem travando infundáveis discussões doutrinárias acerca da extrapolação, ou não, dos limites de atuação da Corte Suprema e da interferência nos demais poderes constituídos.

**Palavras-Chave:** Separação dos Poderes. Atuação do Supremo Tribunal Federal. Decisões manipulativas. Sentenças Transitivas.

**ABSTRACT:** Although it is indisputable that, in any democracy, especially contemporary ones, the existence of separation and harmony between the powers is essential, the concept of constitutional jurisdiction, today, can no longer be extracted from the watertight separation attributed to Montesquieu. Based on this premise, the Federal Supreme Court, as guardian of the Constitution and with the aim of enhancing constitutional guarantees, has, over the last few years, issued so-called manipulative and transitive decisions, which has led to endless doctrinal discussions about extrapolation, or not, the limits of the Supreme Court's actions and interference with other constituted powers.

**Keywords:** Separation of Powers. Action of the Federal Supreme Court. Manipulative decisions. Transitive Sentences.

### 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já em seu artigo 2º, dispõe que "*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*". Ato contínuo, em razão dos conhecidos males inerentes ao Estado Absolutista de outrora, e no intuito de impedir que o legislador constituinte reformador

---

435 E-mail: [diogobarrosal@yahoo.com.br](mailto:diogobarrosal@yahoo.com.br)

retire do texto constitucional a previsão de independência e harmonia entre os Poderes, qualifica o preceito como cláusula pétrea ao estabelecer que "*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes*" (Artigo 60, § 4º, III, da CRFB/1988).

Da leitura conjugada dos dispositivos constitucionais acima, de logo se infere a importância dada pelo Constituinte Originário à separação dos poderes.

Ocorre que, sem adentrar na seara das chamadas funções típicas e atípicas dos 3 (três) Poderes, no estudo do Neoconstitucionalismo ou nas funções contramajoritária, representativa e iluminista do Tribunal Constitucional (Barroso), fato é que a leniência dos Poderes Constituídos, tanto na atividade legiferante quanto na concretização de direitos e garantias fundamentais, fez com que a Corte Constitucional passasse a atuar de forma mais ativa para assegurar a observância da Constituição.

Em verdade, o próprio conceito de ativismo judicial é, na atualidade, submetido a uma mutação, pela atuação atípica da Corte Suprema que, no intuito de potencializar o respeito à direitos fundamentais, vem se utilizando cada vez mais das denominadas decisões manipulativas e transitivas, adentrando na esfera de atuação dos demais Poderes e dividindo a doutrina.

## **2.SENTENÇAS/DECISÕES MANIPULATIVAS (ou INTERMEDIÁRIAS ou NORMATIVAS)**

A terminologia "sentença manipulativa" surgiu na década de sessenta, no direito italiano ("*decisioni manipolative*") mas, atualmente, é adotada em diversos outros Tribunais Constitucionais do mundo, notadamente pelas Cortes Europeias. No Brasil, o instituto foi introduzido por José Adércio Leite Sampaio, pós-doutor em direito constitucional e professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Em síntese, entende-se por decisão manipulativa (gênero) o conjunto de decisões nas quais o Poder Judiciário, em razão de fatores jurídicos e extrajurídicos - políticos, econômicos e sociais -, flexibiliza o tradicional binômio "constitucionalidade/inconstitucionalidade", utilizando técnicas decisórias que ultrapassam a pura e simples declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas em análise.

Em outras palavras, ao utilizar essa técnica decisória, o Supremo Tribunal Federal "manipula" o conteúdo normativo do ordenamento jurídico, modificando ou aditando a norma, no intuito de a compatibilizar com a Constituição Federal.

Ademais, faz-se mister compreender que as sentenças ou decisões manipulativas – também conhecidas como intermediárias ou normativas – são gênero, subdividido pela doutrina nas seguintes espécies: 1) sentenças interpretativas; 2) sentenças aditivas; 3) sentenças aditivas de princípio; e 4) sentenças substitutivas.

**2.1. Sentenças Interpretativas:** Partindo da premissa de que o sentido de uma norma não é unívoco, mas sim “plúrimo”, o Tribunal Constitucional, a um só tempo, aponta qual – ou quais - das possíveis interpretações é compatível com o texto constitucional, afasta as incompatíveis e, como resultado, mantém a norma no ordenamento - técnica da *interpretação conforme a Constituição* -, ou exclui uma determinada interpretação inconstitucional – técnica da *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto*.

Assim, note-se que a espécie “sentença interpretativa” também pode ser dividida em duas subespécies, quais sejam: a) **sentença interpretativa de rechaço:** situação na qual, diante de duas ou mais interpretações possíveis para uma norma, a Corte Constitucional adota aquela que se conforma à Constituição, repudiando as que contrariem o texto constitucional; e b) **sentença interpretativa de aceitação:** ato da Corte Constitucional de anular uma decisão, tomada por instâncias inferiores, que haja adotado interpretação lesiva à Constituição. Aqui, não ocorre a anulação do dispositivo, mas apenas de uma de suas interpretações, tida por inconstitucional.

**2.2. Sentença Aditiva (decisão manipulativa de efeitos aditivos):** Nesta, o Tribunal reconhece e declara a inconstitucionalidade de certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da norma ou seu âmbito de incidência. A sentença aditiva pode se fundamentar, por exemplo, na inobservância do princípio da isonomia, notadamente nas situações em que a lei concede certo benefício ou tratamento a determinadas pessoas, excluindo, direta ou indiretamente, outras que se enquadram na mesma situação. Em suma, a Corte Suprema declara inconstitucional a norma na parte em que trata iguais de forma desigual (isonomia vertical ou aristotélica), sem qualquer razoabilidade e/ou nexos de causalidade. Assim, a decisão possui notório cunho aditivo, já que o Tribunal, ao decidir, acaba por criar uma norma autônoma, estendendo aos excluídos benefício que deveria, mas não foi a eles estendido.

O exemplo mais claro é o que se deu na decisão da ADPF nº 54, decidida pelo Supremo Tribunal Federal de forma criativa ao acrescentar mais uma excludente de punibilidade ao crime de aborto, para os casos de fetos com anencefalia.

Outro exemplo comumente apontado pela doutrina é a decisão tomada no Mandado de Injunção nº 670, na qual o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a mora injustificável do legislador ordinário, determinou a aplicação aos servidores públicos da Lei



nº 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, promovendo extensão aditiva do âmbito de incidência da norma.

**2.3. Sentenças aditivas de princípios (aditivas de mecanismo ou sentenças de delegação):** Ocorrem quando, em razão de omissões legislativas, o Tribunal traça uma diretriz da norma ou um princípio a ser introduzido, mas atribui ao legislador o dever de editar a norma sobre a questão, via de regra, dentro de um prazo determinado. Ou seja, em virtude da inércia legislativa, o juiz constitucional reconhece a omissão e, ato contínuo, determina uma diretriz a ser seguida pelo legislador na elaboração da norma que se faz necessária. Assim, são sentenças prolatadas para que se proceda com a correção de omissões legislativas, estabelecendo um esquema (a diretriz da norma ou o princípio básico) e delegando ao legislador a atribuição de supressão da mora.

**2.4. Sentença Substitutiva (decisão manipulativa de efeitos substitutivos):** Aqui, o Tribunal Constitucional declara a inconstitucionalidade de apenas uma parte da norma analisada e, no mesmo ato, substitui a regra inconstitucional por outra, criada pelo próprio Tribunal, a fim de que se torne consentânea com a Constituição. Dentre as espécies, esta é a que gera as mais acirradas discussões no âmbito doutrinário. Deveras, é indiscutível a existência, aqui, de uma forma de direito judicial, considerando que se trata, efetivamente, de um direito criado pelo Tribunal.

O exemplo mais frequentemente apontado pela doutrina é o seguinte: a Medida Provisória nº 2.183/1956 alterou o Decreto-Lei nº 3.365/1941 para estabelecer que, no caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, deveria incidir juros compensatórios de até 6% (seis por cento) ao ano. Ao julgar ADI contra esta MP, o Supremo Tribunal Federal afirmou que o percentual de 6% (seis por cento) era inconstitucional e, em acréscimo, estabeleceu que este percentual deveria ser de 12% (doze por cento) ao ano (ADI 2332, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 05/09/2001).

### **3.SENTENÇAS TRANSITIVAS (ou TRANSACIONAIS)**

Surgem no intuito de estabelecer uma espécie de negociação com a supremacia da Constituição, relativizando-a, com base, por exemplo, no art. 27 da Lei no 9.868/1999 (efeitos prospectivos).

**Fixam um parâmetro transitório**, em virtude de um determinado contexto social, por razões de cunho político, econômico, jurídico etc., que geram, ou podem gerar

riscos (por exemplo: para segurança jurídica ou para a sociedade) e motivam a afirmação e prolatação de sentenças transitivas.

Nestas, o Tribunal Constitucional não atua nem como legislador negativo, nem como positivo, mas renuncia, episodicamente, à sua função de guardião constitucional, na medida em que transaciona sua decisão.

Da mesma forma com o que visto no capítulo anterior, as chamadas sentenças transitivas ou transacionais são gênero, e pode ser dividida nas seguintes espécies:

**3.1. Sentença de inconstitucionalidade sem efeito ablativo:** O Tribunal reconhece a inconstitucionalidade da norma, porém não a retira do ordenamento jurídico, por perceber que a sua ausência, na prática, geraria efeitos ainda mais danosos que a manutenção da norma inconstitucional (Reserva do Impossível).

**3.2. Sentença de Apelo ou Apelativa:** O órgão jurisdicional reconhece a constitucionalidade da norma, contudo, adverte o legislador de que serão necessárias mudanças no texto normativo para que, no futuro, não advenha uma inconstitucionalidade (declaração de constitucionalidade de norma “ainda” constitucional, declaração de constitucionalidade provisória ou inconstitucionalidade progressiva).

**3.3. Sentenças de aviso:** sinaliza uma mudança na jurisprudência da Corte no futuro, todavia, decide que tal mudança não surtirá efeitos para o caso analisado naquele momento (*prospective overruling*).

Em que pese a decisão pareça contraditória, foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 630.733, que analisou a possibilidade de segunda chamada para teste de aptidão física em concurso público. Em conclusão, o Pretório Excelso alterou seu entendimento jurisprudencial, passando a admitir a segunda chamada, mas deixou expresso que essa alteração não teria validade no caso *sub judice*.

**3.4. Sentença de inconstitucionalidade com ablação diferida:** o Tribunal Constitucional, ao decidir uma ação de controle concentrado, poderia ultrapassar a clássica dicotomia de efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, com o estabelecimento de novas possibilidades de decisão, fundamentadas em razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Possui previsão expressa no art. 27 da Lei 9.868/1999. Aqui, o dogma da nulidade (regra: decisão retroativa *ex tunc*) é afastado, com base no princípio da proporcionalidade (com a ponderação entre o dogma da nulidade e razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social). Parte da premissa de que a noção de supremacia

da Constituição deve ser tratada como um valor (de maneira axiológica), razão pela qual mostra-se passível de aplicação gradual (em níveis) balanceada com outros valores em jogo.

Por dizer respeito apenas aos efeitos da decisão de nulidade no controle concentrado, e não propriamente aos poderes, e à limitação de atuação da Corte Constitucional, parte da doutrina não considera essa espécie como uma sentença intermediária propriamente dita.

#### **4.CONCLUSÃO**

Conforme exposto, bem como comprovado pelos diversos exemplos citados de atuação do Supremo Tribunal Federal, a utilização das técnicas de julgamento denominadas decisões manipulativas e sentenças transitivas é uma realidade.

A despeito da compreensível opinião contrária de parte da doutrina especializada, nota-se que, nas hipóteses nas quais houve manipulação normativa pelo Poder Judiciário, o fim almejado foi, invariavelmente, o bem comum, traduzido pela escurreita - ou justa - interpretação do texto constitucional, com fundamento, sempre, na mora legislativa ou no desvirtuamento dos mandamentos constitucionais, razão pela qual defende-se - ao menos enquanto se mantiverem estes fins e fundamentos - aqui, a legitimação de tais decisões.

Dito isto, faz-se mister que a Corte Constitucional bem delineie as balizas legitimadoras de tais espécies de atuação, adotando uma postura de autocontenção quando a decisão não se refira, estritamente, à defesa de direitos fundamentais, respeitando a harmonia entre os poderes e tendo sempre em mente os dizeres de Montesquieu que, justamente ao idealizar o conceito ocidental de separação dos poderes, o fez sob a premissa de que "*o abuso segue o poder, tal qual a sombra segue o homem*".

#### **5.REFERÊNCIAS**

GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª Edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 39ª Edição. São Paulo: Atlas, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)

## ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: HISTÓRICO, REGULAMENTAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E ATUAÇÃO MINISTERIAL

**LETÍCIA RIBEIRO PIRES:**

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Pós-Graduada em Direitos Difusos e Coletivos pelo Curso CEI. Assessora Técnico Jurídica do Ministério Público do Estado da Bahia.<sup>436</sup>

**Resumo:** O artigo propõe discutir o instituto do acordo de não persecução penal, apresentando o contexto histórico de sua criação, como o acordo de não persecução penal foi originariamente previsto, bem como se deu a regulamentação legal posterior, delineando como seus requisitos, condições, vedações e aplicação prática do ponto de vista da acusação, além de apresentar diversos entendimentos jurisprudenciais aplicados aos casos concretos. Por fim, conclui demonstrando a importância do instituto do acordo de não persecução penal na seara da justiça criminal, levando-se em consideração a celeridade e efetividade no tocante à resposta estatal aos delitos praticados, por meio da justiça negociada.

**Palavras-chave:** acordo de não persecução penal; ANPP; regulamentação do ANPP; contexto histórico do ANPP.

**Abstract:** The article proposes to discuss the institute of the agreement not to prosecute, presenting the historical context of its creation, how the agreement not to prosecute was originally and its subsequent legal regulation, outlining its requirements, conditions, prohibitions and practical application from a requirements, conditions, prohibitions and practical application from the point of view of the and practical application from the prosecution's point of view. to specific cases. Finally, it concludes by demonstrating the importance of the of the non-prosecution agreement in the field of criminal justice, taking into account the speed and celerity and effectiveness in terms of the state's response to the crimes committed, through negotiated justice.

---

436 E-mail: [letrpires@gmail.com](mailto:letrpires@gmail.com)

**Keywords:** non-prosecution agreement; ANPP; ANPP regulations; historical context of the ANPP.

## 1. INTRODUÇÃO

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) trata-se de instituto, antes somente regulamentado pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), de ampliação da justiça negocial, por meio de acordo entre o Ministério Público (MP) e o investigado, na presença obrigatória do seu advogado de defesa ou defensor público.

O aludido instituto mitiga o princípio da obrigatoriedade penal, na medida em que oferta ao investigado instrumento consensual para a solução da prática delitiva, ao mesmo tempo em que não haverá, por óbvio, o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, que fiscalizará o cumprimento das condições ajustadas no ANPP.

Assim, ao lado da transação penal, da suspensão condicional do processo, do acordo de delação premiada, entre outros, está o acordo de não persecução penal, compondo o arcabouço dos institutos da justiça penal negociada.

## 2. SURGIMENTO E REGULAMENTAÇÃO

O ANPP é um instrumento que visa dar celeridade aos processos criminais, tanto no que diz respeito uma duração razoável do processo, como também na efetividade da resposta estatal, provocando um “verdadeiro ‘desentulhamento’ da justiça criminal brasileira”, como afirma o Aury Lopes Júnior.

No Brasil, o ANPP foi criado e originariamente regulamentado por ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), qual seja, a Resolução nº 181/2017. A mencionada Resolução dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, dispondo, também, seu art. 18, disciplina o ANPP. Posteriormente, esse ato normativo foi alterado pela Resolução nº 183/2018 CNMP, a qual buscou, dentre outros objetivos, aprimorar o regimento do acordo.

Alguns autores, a exemplo de Aury Lopes Junior, defendia a inconstitucionalidade do instituto do ANPP, haja vista que a Constituição Federal, em seu art. 22, I, afirma que compete à União legislar sobre Direito Processual. Desse modo, o art. 18 da Resolução nº 181 do CNMP versa sobre matéria processual, pois introduz no ordenamento verdadeira exceção ao princípio da obrigatoriedade.

Assim, tratando-se de matéria penal não há que se falar em possibilidade de instituir-se o ANPP via órgão administrativo<sup>437</sup>. Nesse sentido, para essa primeira corrente, era necessário que o ANPP fosse criado mediante lei formal, com respeito ao devido processo legal, e não por Resolução do CNMP, o qual ostenta natureza administrativa.<sup>438</sup>

Por outro lado, para os que entendiam pela constitucionalidade do art. 18 da Resolução nº 181/2017 do CNMP, cita-se Renato Brasileiro, que ensina:

No exercício de suas atribuições administrativas, o CNJ e o CNMP ostentam o poder de expedir atos regulamentares (CF, art. 103-B, §4º, I, e art. 130-A, §2º, I, respectivamente). Na dicção do Supremo<sup>439</sup>, tais resoluções ostentam caráter normativo primário, ou seja, são dotadas de abstração e generalidade, extraindo seus fundamentos de validade diretamente de dispositivos constitucionais. Enfim, “são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão”.<sup>440</sup> Considerando-se, pois, que o art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP busca tão somente concretizar os princípios constitucionais da eficiência (CF, art. 37), da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e o próprio sistema acusatório (CF, art. 129, I), não há falar em inconstitucionalidade do art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP, porquanto se trata de regulamento autônomo destinado a regulamentar diretamente a aplicação de princípios constitucionais.<sup>441</sup>

---

437 No julgamento da ADI 3.367/DF (Rel. Min. Cezar Peluso, j. 13/04/2005, DJ 17/03/2006), o Supremo afirmou a natureza administrativa do Conselho Nacional de Justiça. Tendo em vista a simetria entre os dois Conselhos, a doutrina afirma que esta também é a natureza do CNMP, o que limita a atuação e a interpretação a ser feita por ele.

438 No sentido da inconstitucionalidade do art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP: BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Investigação criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Douglas Fischer, Mauro Fonseca Andrade (organizadores). Livraria do Advogado, 2018. p. 212/251.

439 STF, Pleno, ADC 12 MC/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 16/02/2006, DJ 01/09/2006.

440 STF, Pleno, MS 27.621/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/12/2011, DJe 092 10/05/2012.

441 LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 276.

A visão da segunda corrente parece mais acertada, sobretudo por que não haveria, a alegada violação à competência legislativa exclusiva da União (art. 22, I, da CF), uma vez que o acordo de não-persecução penal não tem natureza processual.

Como bem ensina a doutrina, o art. 18 da aludida Resolução:

“não envolve matéria de direito processual, vez que se trata de avença realizada em procedimento administrativo em que não há o exercício da pretensão punitiva por meio de denúncia, não há propriamente partes, não há exercício da função jurisdicional penal, nem se faz necessária a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa. Em suma, não há processo penal”.<sup>442</sup>

Ademais, de modo similar à Resolução n. 213 do CNJ, que retirou seu fundamento de validade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, §5º), Renato Brasileiro afirma que o art. 18 da Resolução nº 181 do CNMP também seria dotado de fundamento convencional, qual seja, a Resolução n. 45/110 (Regras de Tóquio), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990.

Com a Lei 13.964/2019, toda a celeuma que gerava controvérsia na doutrina cai por terra: uma lei ordinária passou a disciplinar acerca da temática do ANPP, cumprindo o comando constitucional, de que compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação pública na forma da lei (art. 129, I, da CF).

O instituto do ANPP, por se tratar de norma genuinamente processual, teve sua aplicabilidade imediata, na forma do art. 2º do Código de Processo Penal, podendo ser celebrado inclusive para fatos ocorridos em momento anterior à vigência da Lei 13.964/2019 (23 de janeiro de 2020), desde que não tenha sido recebida a peça acusatória.<sup>443</sup>

Renato Brasileiro acrescenta que:

Aliás, considerando-se o fato de que o art. 28-A, §13, do CPP passou a prever a extinção da punibilidade como consequência decorrente do cumprimento integral do acordo de não persecução penal, também não nos parece absurda a possibilidade de celebração do acordo inclusive em relação aos processos criminais em andamento,

---

<sup>442</sup> CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Projeto de Lei Anticrime. Coordenadores: Antônio Henrique Graciano Suxberger, Renee do Ó Souza, Rogério Sanches. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 34.

<sup>443</sup> Há entendimento contrário: É possível a aplicação retroativa do art. 28-A do CPP mesmo que já tenha sido proferida sentença condenatória. STF. 2ª Turma. HC 220.249-SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 16/12/2022.



visto que, nesse ponto, cuida-se de evidente norma de natureza material mais benéfica ao acusado.<sup>444</sup>

Assim, na visão do mencionado autor, seria possível a celebração do ANPP mesmo para os processos criminais em andamento, sob a perspectiva de que, em que pese seja um instituto previsto no Código de Processo Penal, há reflexos penais, como a extinção da punibilidade em caso de cumprimento integral do acordo, razão pela qual a norma ostentaria natureza processual-penal ou híbrida, porque consiste em medida despenalizadora, que atinge a própria pretensão punitiva estatal.

Essa posição não se dissocia por completo das decisões dos Tribunais Superiores, visto que há entendimento do STF justamente nesse sentido, de que é possível a aplicação retroativa do art. 28-A do CPP mesmo que já tenha sido proferida sentença condenatória, por ser norma penal de caráter mais benéfico ao réu, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, devendo ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado<sup>445</sup>.

### **3. REQUISITOS, CONDIÇÕES E VEDAÇÕES – ANPP**

A Lei 13.964/2019 acrescentou o art. 28-A ao Código de Processo Penal, o qual disciplinou o instituto do ANPP, trazendo seus **requisitos**, quais sejam, não ser caso de arquivamento de investigação criminal; exigência de confissão formal e circunstanciada do investigado; infração penal cometida sem violência ou grave ameaça; infração penal com pena mínima inferior a 4 anos (para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto - §1º); o acordo ser necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime; não ser cabível a transação penal (Lei 9.099/95).

Dentre as condições para a celebração do acordo, deve o autor reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de 1/3 a 2/3, em local a ser indicado pelo juízo da execução; pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo

---

444 LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 277.

445 STF. 2ª Turma. HC 220.249-SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 16/12/2022.

delito; cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Há, ainda, as **vedações** (art. 28, §2º, do CPP), quais sejam, não ser reincidente, bem como não haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes<sup>446</sup> as infrações penais pretéritas. Ademais, não pode o autor ter sido beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração, em ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo, além de não tratar de crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Formalizado o acordo nos termos da lei processual penal, o termo do ANPP é submetido ao controle jurisdicional, à semelhança do que ocorre com outros institutos semelhantes, como, por exemplo, a composição civil dos danos (Lei n. 9.099/95, art. 74, caput), a transação penal (Lei n. 9.099/95, art. 76, §4º), a suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099/95, art. 89, §1º) e a própria colaboração premiada (Lei n. 12.850/13, art. 4º, §7º), diferentemente do que era a redação original do art. 18 da Resolução nº 181 do CNMP (que não previa controle pelo judiciário), sendo modificada após com a Resolução nº 183/2018.

Assim, conforme art. 28, §4º, do CPP, § 4º “Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada **audiência** na qual o **juiz** deverá verificar a sua **voluntariedade**, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua **legalidade**”. A partir da verificação das disposições constantes do termo do ANPP, o magistrado, em regra, homologará o acordo<sup>447</sup>, para que o agente inicie o cumprimento das obrigações por ele assumidas, sob fiscalização do Ministério Público perante o juízo de execução penal.

#### 4. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

---

446 Enunciado n. 21 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “Não caberá o acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, entendidas estas como delitos de menor potencial ofensivo”

447 Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor (CPP, art. 28-A, §5º); o juiz também poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação anteriormente mencionada. É nesse sentido o teor do art. 28-A, §7º, do CPP.

Inicialmente, cabe salientar que o STJ entende pela natureza jurídica do ANPP como um negócio jurídico pré-processual entre o órgão de acusação e o investigado, na presença de seu defensor, veja-se:

“Consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos e a efetivação da chamada Justiça multiportas, com a perspectiva restaurativa” (STJ. 5ª Turma. HC 607.003/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 24/11/2020).

Como o ANPP possui dentre seus requisitos autorizadores para celebração, a existência de confissão formal e circunstanciada da prática do delito, tanto a 5ª como a 6ª Turma do STJ possuem entendimento no sentido de que:

“A eventual aplicação do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) pressupõe o reconhecimento da atenuante da confissão, o que não ocorreu nos autos. Precedentes’ (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 1680101/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 19/10/2020)” (STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 640.942/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 23/11/2021).

“Não é possível a aplicação do acordo de não persecução penal (ANPP), previsto no art. 28-A do CPP, na hipótese de inexistência de confissão formal e circunstanciada da prática do crime, conforme a jurisprudência do STJ” (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1945881/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 14/09/2021).

Ademais, conforme já exposto, o entendimento predominante é de que o acordo de não persecução penal é norma natureza híbrida, todavia ostenta caráter predominantemente processual, e de retroatividade limitada, aplicando-se, portanto, a fatos ocorridos antes da vigência da Lei 13.964/2019, **desde que não recebida a denúncia**. Esse é o entendimento prevalecente no STJ:

“O art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar a partir de 24/01/2020, traz norma de natureza híbrida<sup>448</sup>, isto é, possui conteúdo de Direito Penal e

---

<sup>448</sup> “O caráter predominantemente processual, em que pese ter reflexos penais, e a própria razão de ser do instituto - evitar a deflagração de processo criminal -, conduzem a se sustentar que sua retroatividade,

Processual Penal” (STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 628.647/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz, julgado em 09/03/2021).

“O acordo de não persecução penal, inovação inserida em nosso ordenamento jurídico pelo art. 28-A, do Código de Processo Penal - CPP, tem sua retroatividade limitada aos processos em que ainda não houve o recebimento da exordial acusatória” (STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 619.465/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 14/09/2021).

“Esta Corte Superior sedimentou a compreensão de que a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, é restrita aos processos em curso até o recebimento da denúncia, o que não se enquadra na hipótese em apreço” (STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1909408/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 05/10/2021).

“Se, por um lado, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes cometidos antes da sua entrada em vigor - princípio da retroatividade da *lex mitior*, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência - princípio *tempus regit actum*, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador. Ao conjugar esses dois princípios, tem-se que é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, não há falar em retroceder na marcha processual” (STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 628.647/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz, julgado em 09/03/2021).

Já o Supremo Tribunal Federal possui **divergência** na temática, visto que:

“A jurisprudência da Primeira Turma deste STF fixou a tese de que ‘o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia’. (HC 191.464-AgR/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe

---

diversamente do que ocorre com as normas híbridas com prevalente conteúdo material (de que é exemplo o dispositivo que condiciona a ação penal à prévia representação da vítima), deve ser limitada ao recebimento da denúncia, isto é, à fase pré-processual da *persecutio criminis*” (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1937513/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/09/2021).

25.11.2020)” (STF. 1ª Turma. HC 185956 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 31/05/2021).

É possível a aplicação retroativa do art. 28-A do CPP mesmo que já tenha sido proferida sentença condenatória. STF. 2ª Turma. HC 220.249-SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 16/12/2022.

Por fim, em que pese haja divergência<sup>449</sup> acerca do acordo de persecução penal constituir, ou não, direito subjetivo do investigado, prevalece o entendimento de que:

“O acordo de persecução penal **não constitui direito subjetivo do investigado**, podendo ser proposto pelo MPF conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal, não podendo prevalecer neste caso a interpretação dada a outras benesses legais que, satisfeitas as exigências legais, constitui direito subjetivo do réu, tanto que a redação do art. 28-A do CPP preceitua que o Ministério Público poderá e não deverá propor ou não o referido acordo, na medida em que é o titular absoluto da ação penal pública, ex vi do art. 129, inc. I, da Carta Magna” (STJ. 5ª Turma. AgRg no RHC 152.756/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 14/09/2021). (grifo nosso)

Em arremate, não cabe ao Poder Judiciário determinar que o Ministério Público seja obrigado a oferecer acordo de não persecução penal, isto é, trata-se de prerrogativa conferida exclusivamente ao *Parquet*, de modo que o Judiciário não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória:

“Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público obrigação de ofertar acordo em âmbito penal” (STF. 2ª Turma. HC 194677, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/05/2021).

A possibilidade de oferecimento do ANPP é conferida exclusivamente ao Ministério Público, não cabendo ao Poder Judiciário determinar ao Parquet que o oferte. STJ. 5ª Turma. RHC

---

449 “Entendemos que – preenchidos os requisitos legais – se trata de direito público subjetivo do imputado, mas há divergência no sentido de ser um “poder do Ministério Público” e não um direito do imputado” (LOPES Jr., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 231.)

161.251-PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 10/05/2022 (Info 739)

De fato, a perspectiva de que não cabe ao Poder Judiciário impor que o *Parquet* ofereça o ANPP parece mais consoante com o sistema acusatório. O art. 129, inc. I, da CF, atribui ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública. Assim, tratando-se do *dominus litis*, ao *Parquet* incumbe aferir o cabimento das medidas despenalizadoras, razão pela qual cabe ao Órgão Ministerial avaliar os requisitos necessários e suficientes para o oferecimento ou não do acordo, sobretudo por se configurar uma exceção ao princípio da obrigatoriedade, ante ao não oferecimento da denúncia.

## 5. CONCLUSÃO

Após toda a exposição, nota-se que, embora o acordo de não persecução penal seja um instituto relativamente recente, há variada fonte doutrinária, bem como diversos casos concretos enfrentados pelos Tribunais Superiores, o que demonstra grande importância do instituto na seara criminal e na atuação diária do Ministério Público.

Na atuação ministerial, o ANPP promove celeridade e efetividade na resposta estatal quanto aos delitos praticados. Não obstante seja visto também como “desafogo” da justiça criminal, não deve ter seu uso indiscriminado. Justamente por isso, a legislação processual penal delinea os requisitos, condições, vedações, a fim de que o ANPP possa ser usado com parcimônia, mediante escolhas inteligentes das prioridades, levando-se a julgamento apenas os casos mais graves.

Nesse viés, a confecção do termo de ANPP deve ser realizada com cautela e observando os requisitos exigidos legalmente, para que, ao fim, seja aplicado o direito ao caso concreto, promovendo a efetiva punição do agente infrator, a justiça criminal, bem como a devida reparação de eventuais vítimas do delito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LOPES Jr., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Projeto de Lei Anticrime. Coordenadores: Antônio Henrique Graciano Suxberger, Renee do Ó Souza, Rogério Sanches. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo Direito processual penal / Alexandre Cebrian Araújo Reis, Victor Eduardo Rios Gonçalves. / coord. Pedro Lenza. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.



## **A CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA FORMAL À POPULAÇÃO HIPOSSUFICIENTE**

**MICHELLE FERNANDA SANTOS DE ALMEIDA:**

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Facuminas – Montes Claros/MG. Advogada OAB/MT 450

**RESUMO:** Este artigo visou analisar a efetividade da prestação jurisdicional dos Juizados Especiais em relação à sociedade menos favorecida economicamente, por meio da concretização dos princípios da celeridade e acessibilidade, sob a sua perspectiva interna, isto é, o acesso formal ao Poder Judiciário, o qual, conseqüentemente, influenciará na efetivação do direito material pleiteado pelas partes nos Juizados Especiais. O método utilizado nos estudos foi o dedutivo, baseando-se em pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juizados Especiais; acessibilidade; justiça formal; população hipossuficiente.

### **1. INTRODUÇÃO**

Em um momento em que os meios alternativos de solução de conflitos têm sido exaustivamente demandados, de forma que isso tem inviabilizado o acesso à justiça aos cidadãos, cabe indagar se, de fato, os Juizados Especiais estão tendo a devida eficácia no ordenamento jurídico ao permitir o acesso formal do hipossuficiente ao Poder Judiciário, conforme preceitua a Constituição Federal.

A legislação prevê que os Juizados Especiais objetivem dar efetividade aos direitos fundamentais de acordo com sua lei processual menos burocrática, mais acessível e econômica. Contudo, por vezes, a população hipossuficiente encontra obstáculos ao mero acesso formal à justiça, como a ausência de instalações físicas dos Juizados Especiais na cidade do pretense autor da demanda ou mesmo a precariedade do acesso aos meios digitais.

---

<sup>450</sup> Email: [michelle.fernanda25@hotmail.com](mailto:michelle.fernanda25@hotmail.com)



Dessa forma, evidencia-se que a desigualdade social tem o condão de obstruir o alcance da justiça dos pretensos litigantes hipossuficiente, caso não sejam tomadas as medidas cabíveis para solucionar os impedimentos e as dificuldades desse grupo vulnerável. Além disso, constata-se que o viés interno do acesso à justiça é pressuposto para o alcance do seu viés externo, qual seja, a efetivação dos direitos fundamentais, os quais têm aplicação imediata, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição Federal.

Por certo, para que haja uma ordem jurídica justa, isto é, com a concretização dos direitos fundamentais, é necessário que antes tenha sido garantido o acesso formal à justiça. Nesse sentido, os direitos fundamentais são a principal finalidade do processo e eles só são devidamente garantidos quando a decisão definitiva respeita os princípios processuais, como a efetividade e o devido processo legal - e seus subprincípios o contraditório e a ampla defesa.

Assim, este artigo analisou, inicialmente, em que consiste o acesso à justiça, em especial a sua aceção como um direito fundamental. Após, expôs-se um breve histórico da criação dos Juizados Especiais e, na sequência, foram descritos os impedimentos relacionados à sociedade hipossuficiente quanto à concentração geográfica das instalações físicas dos Juizados Especiais, à vulnerabilidade digital e à morosidade na justiça.

## **2. O ACESSO À JUSTIÇA**

A historicidade é uma característica essencial dos direitos fundamentais, considerando que eles foram conquistados gradualmente e principalmente a partir da ocorrência de revoluções políticas, como a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, o que enseja, por parte de alguns doutrinadores, a divisão dos mencionados direitos em gerações ou dimensões, a depender do momento histórico em que foram reconhecidos e positivados. Não obstante essa classificação, os direitos fundamentais surgidos derradeiramente não substituem ou excluem os originados em uma geração anterior, porquanto possuem como atributo a cumulatividade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, amplamente universalizado após sua expressa menção na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, pela Organização das Nações Unidas, constitui fundamento do Estado brasileiro e a base de quase a totalidade dos direitos fundamentais, conforme afirma Ingo Sarlet:

Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao

menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.<sup>451</sup>

A consagração dos direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira objetiva proteger de forma eficaz a dignidade da pessoa humana, devendo esse princípio ser um norte para a positivação das leis, constituições e tratados em geral. Em prol da realização desse supraprincípio é que Vicente Greco Filho afirma existirem alguns direitos básicos da pessoa humana que pairam, inclusive, acima do Estado, uma vez que ele tem como um de seus fins principais a garantia desses direitos<sup>452</sup>

Assim, compreende-se que o direito deve ser entendido em função da realização de valores, no centro dos quais se encontra o valor da pessoa humana, pois referido valor antecede ao próprio direito positivo, condicionando-o e dando-o, portanto, razão de existir.

Observa-se, a partir do explanado, que, para a realização dos direitos fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico, faz-se necessária a concretização, primeiramente, da garantia do acesso à justiça, a qual, por sua vez, deve refletir nas modernas estruturas jurídicas de um sistema que seja igualmente acessível a todos e que produza resultados individual e socialmente justos.

Coadunando com esse entendimento tem-se Wilson Alves Souza, o qual aduz que a acepção de acesso à justiça não deve ser analisado sob o enfoque meramente literal, isto é, não se pode reduzir o alcance dessa garantia secular ao simples direito de manifestar postulação ao Estado<sup>453</sup>. O conceito de acesso à justiça abrange não apenas o sentido textual, mas também o direito a todos os princípios inerentes a um julgamento de mérito justo e equitativo, como os postulados do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da duração razoável do processo, da coisa julgada, entre outros.

Ocorre que, a partir do movimento de acesso à justiça em nível mundial, que teve início em 1965, houve um aumento vertiginoso das demandas processuais perante o Poder Judiciário, o que imprimiu um ritmo lento ao processamento e julgamento desses feitos. Por consequência, violou-se o princípio da razoável duração do processo, sendo que ele foi positivado com qualidade de direito fundamental, pela Emenda Constitucional nº

<sup>451</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96.

<sup>452</sup> FILHO, Vicente Greco. Direito processual civil brasileiro – 1ºVolume. Ed. Saraiva. 17ª Edição. 2003.

<sup>453</sup> SOUZA, Wilson Alves. Acesso à justiça. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 82.

45/2004, no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e, posteriormente, pelo legislador infraconstitucional, no art. 4º do Código de Processo Civil/2015.

Consoante referido princípio, as partes possuem o direito de obter em prazo razoável a solução integral do processo, incluída a atividade satisfativa. Registre-se que a razoável duração do processo não deve ser confundida com a celeridade do procedimento, devendo, sempre, eventual demora excessiva ser analisada ante a complexidade do processo, o comportamento das partes nos autos, a estrutura e quantidade de processos em cada unidade judiciária, bem como a relevância do direito posto em juízo para a vida da parte prejudicada pela dilação indevida.

O acesso à justiça, como brevemente exposto, trata-se de um direito fundamental positivado pelo ordenamento jurídico pátrio de essencial importância na vida do indivíduo, uma vez que, conforme será aventado, condiciona a efetivação dos outros direitos quando eles forem violados ou sofrerem ameaça de violação.

## 2.1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

De acordo com José Afonso da Silva, direitos fundamentais podem ser conceituado como sendo aqueles “sem os quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”<sup>454</sup>. Apregoa que se trata de situações jurídicas objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo pátrio, em prol da dignidade, igualdade e liberdade do indivíduo.

No ordenamento jurídico brasileiro, o acesso à justiça está expressamente previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, elencado como um direito fundamental, pois consta no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos. A referida norma jurídica constitucional está sob o viés da perspectiva tradicional interna, isto é, equivale ao mero acesso ao Poder Judiciário, assim como a previsão no mesmo sentido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ratificada pelo Brasil, o qual estabelece que toda pessoa tem direito a uma audiência justa e um tribunal para decidir seus direitos e deveres.

Como necessária complementação ao prisma interno do acesso à justiça, tem-se a perspectiva ampla, segundo a qual o direito fundamental de acesso à justiça pressupõe a obtenção de uma tutela justa e efetiva, isto é, com a observância dos princípios da razoável duração do processo, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, entre

---

<sup>454</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 178.

outros, pelo indivíduo que busca o Estado-juiz com o escopo de proteger seus direitos eventualmente violados ou ameaçados.

Com efeito, ao considerar as perspectivas interna e externa do acesso à justiça, observa-se, inevitavelmente, que se trata de um direito garantidor de outros direitos, ou seja, que serve como porta de entrada para a concretização dos demais direitos fundamentais, uma vez que visa assegurar ao ser humano a obtenção dos outros bens da vida garantidos pela ordem jurídica. Nesse sentido, aduz Wilson Alves de Souza:

Sendo assim toda vez que houvesse violação a direito ou garantia substancial, não fosse o acesso à justiça, esses direitos e garantias não teriam como ser exercidos. Por outras palavras, o acesso à justiça é, ao mesmo tempo, uma garantia e em si mesmo um direito fundamental; mais do que isso, é o mais importante dos direitos fundamentais e uma garantia máxima, pelo menos quando houver violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral, ficam na dependência do acesso à justiça.<sup>455</sup>

Nesse mesmo viés, apregoa Antônio Veloso Peleja Júnior:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o *'mais' básico dos direitos humanos* – de um sistema judiciário *moderno e igualitário*, que pretenda garantir e não apenas, proclamar os direitos de todos. Pode-se, assim, considerá-lo como um *direito humano* em prol da efetivação dos direitos humanos, uma vez que as técnicas processuais servem às funções sociais.<sup>456</sup>

Dessa forma, constata-se que o acesso à justiça é um direito do qual dependem todos os outros. Isto é, um direito natural de garantia desse acesso que deve ser assegurado como todos os demais direitos considerados fundamentais pela Constituição Federal, devendo ser garantido, inclusive, como viabilizador dos outros direitos fundamentais.

### **3. BREVE HISTÓRICO DOS JUIZADOS ESPECIAIS**

<sup>455</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *op. cit.* p. 84.

<sup>456</sup> PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira. 2ª Ed., 2011, Juruá, p. 23.

Antes da criação legal dos Juizados Especiais, foram instituídos no Rio Grande do Sul, no início da década de 1980, os Conselhos de Conciliação e Arbitramento, que “não tinham existência legal, não tinham função judicante, com juízes improvisados, atuando fora do horário de expediente forense”, consoante ensina Felipe Borring Rocha<sup>457</sup>. Após, editou-se a Lei nº 7.244/1984, a fim de se criar os Juizados Especiais de Pequenas Causas, para simplificar e ampliar o acesso à justiça aos menos favorecidos, tratando-se, assim, de inovação no ordenamento jurídico brasileiro.

Na sequência, a Constituição Federal foi promulgada em 1988 e, servindo-se da mencionada lei, tratou especificamente da criação dos Juizados Especiais:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;<sup>458</sup>

Em cumprimento a esse mandamento constitucional, foi editada a Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995<sup>459</sup>, que criou os Juizados Especiais e representou o movimento de acesso à justiça, o qual ocorreu em escala mundial, dos menos favorecidos economicamente. O cerne principal dessa legislação é permitir o fácil acesso dos litigantes por meio de procedimentos e linguagem mais simples, priorizando os métodos alternativos de solução de conflito e, inclusive, dispensando a atuação do advogado. Na sequência foram editadas a Lei nº. 10.259, de 12 de julho de 2001<sup>460</sup> e a Lei nº. 12.153, de

<sup>457</sup> ROCHA, Felipe Borring. Manual dos Juizados Especiais Cíveis estaduais. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

<sup>458</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Diário Oficial da União, Brasília-DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 8/11/2023.

<sup>459</sup> BRASIL. Lei nº 9.099/1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em 09/11/2023.

<sup>460</sup> BRASIL. Lei nº 10.259/2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10259.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm)>. Acesso em 09/11/2023.

22 de dezembro de 2009<sup>461</sup>, as quais tratam, respectivamente, do Juizado Especial Federal e do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Soma-se ao histórico anterior citado que a promulgação da Lei nº 9.099/1995 também teve como cenário social precursor o direito paraestatal criado pelas comunidades das favelas do Rio de Janeiro, chamadas de Pasárgada por Boaventura de Sousa Santos, a fim de se protegerem da burguesia urbana que pressionava o Estado para a remoção das favelas para bairros marginais da cidade.

Boaventura afirmou que o direito de Pasárgada é um sistema jurídico informal e não oficial, dotado de caráter neutralizador em face da violência proporcionada pela dominação capitalista, ao passo que fornece aos moradores de Pasárgada formas não violentas de prevenção e resolução de litígios para os quais se omite o direito estatal. Trata-se de uma tarefa progressista e uma estratégia contra a opressão classista a tentativa de desvencilhar-se do indiferente direito oficial em vigor ao criar mecanismos próprios que atendam às práticas sociais, costumes e éticas locais.<sup>462</sup>

Nesse sentido, aos poucos, os moradores da região passaram a fortalecer as estruturas coletivas, resultando em associações comunitárias que, com o decorrer das lutas por direitos e da pouca atuação estatal, foram se transformando em fóruns jurídicos, ainda que o direito aplicado por referidas instituições fosse ilegal.

Assim, de forma gradativa, o Poder Judiciário se tornou acessível à parcela da sociedade detentora de pouco poder aquisitivo. Contudo, embora essa prestação estatal tenha sido entregue aos jurisdicionados hipossuficientes, para a concreta efetivação dos direitos fundamentais, inclusive do próprio acesso à justiça, deve haver eficiência na atividade jurisdicional, superando-se obstáculos que causem a má prestação desse serviço, como a concentração geográfica das instalações físicas dos Juizados Especiais, a vulnerabilidade digital e a morosidade processual.

#### **4. DA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA FORMAL POR MEIO DOS JUIZADOS ESPECIAIS AOS DEMANDANTES HIPOSSUFICIENTES**

Os Juizados Especiais são órgãos garantidores dos princípios constitucionais da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, por meio dos critérios elencados pela Lei nº 9.099/1995, quais sejam, os da simplicidade, oralidade, celeridade, economia processual e

<sup>461</sup> BRASIL. Lei nº 12.153/2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/12153.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/12153.htm)>. Acesso em 09/11/2023.

<sup>462</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito dos oprimidos. São Paulo: Cortez, 2014, p. 346/348.

informalidade. Nessa vertente, possuem a relevância de entregar a prestação jurisdicional com a participação efetiva de ambas as partes em todos os procedimentos e, inclusive, na preparação da sentença, haja vista que o escopo de qualquer ação processual, em um Estado Democrático de Direito, é a concretização de direitos fundamentais.

Assim sendo, concordamos com Aroldo Plínio Gonçalves (1992), quando ele assevera que o processo começará a se caracterizar pela participação na atividade de preparação do provimento dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio - no sentido de *universum ius* - dessas pessoas.

Percebe-se que a principal função do processo, especialmente dos utilizados alternativamente como solução de conflito, é estabelecer constantemente o diálogo entre as partes envolvidas. Assim, como forma de adequar o direito processual à Constituição Federal, o Código de Processo Civil elenca alguns dispositivos que colaboram, para tanto:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

[...]

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. (...).

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.<sup>463</sup>

Analisando de um modo amplo essas normas jurídicas, as partes litigantes teriam condições de obter uma efetiva prestação da máquina estatal. Ocorre que, obstáculos de cunho estrutural, como os econômicos, sociais, culturais, entre outros, dificultam, sobremaneira, o mero acesso formal à justiça, impossibilitando, por certo, o alcance da justiça substancial.

---

<sup>463</sup> BRASIL. Código de Processo Civil: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 09/11/2023.

Nesse sentido explica Alcio Manoel de Sousa Figueiredo acerca das limitações socioeconômicas:

A propósito, o sistema judicial brasileiro não se encontra estruturado para garantir os direitos expressos na constituição, em decorrência de inúmeros fatores e obstáculos limitantes para o acesso à justiça, tais como: (i) fatores econômicos: custas judiciais e custas periciais elevadas para a produção de provas; (ii) fatores sociais: duração excessiva do processo, falta de advogados, juízes e promotores; dificuldade de acesso físico ao Fórum; pobreza; exclusão e desigualdade social; (iii) fatores culturais: desconhecimento do direito; analfabetismo; ausência políticas para a disseminação do direito; (iv) fatores psicológicos: recusa de envolvimento com a justiça; medo do Poder Judiciário; solução dos conflitos por conta própria; (v) Fatores legais: legislação com excesso de recursos e "chicanas"<sup>3</sup> protelatórias; lentidão na outorga da prestação jurisdicional.<sup>464</sup>

Como explicitado acima, são vários os obstáculos para o acesso à justiça, todavia, por uma questão de delimitação temática, este trabalho cingir-se-á à análise dos impedimentos relacionados à parcela da sociedade com hipossuficiência econômica quanto à concentração geográfica das instalações físicas dos Juizados Especiais, à vulnerabilidade digital e à morosidade na justiça.

Com efeito, pela própria limitação legal quanto ao valor da causa – a exemplo do art. 3º da Lei nº 9.099/1995 que limitou as causas ao valor de até quarenta vezes o salário-mínimo -, as ações ajuizadas nos Juizados Especiais são, em sua maioria, de baixo valor econômico. Dessa forma, inevitavelmente, é a população com escassos recursos financeiros que atenderia esse pressuposto para provocar o Poder Judiciário. Por certo, essa limitação imposta coaduna com a origem dos Juizados Especiais de possibilitar a democratização da justiça às comunidades carentes.

Nesse sentido, uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça indicou que o perfil do autor pessoa física nos Juizados Especiais localizados nos bairros periféricos e de renda média baixa, em ações consumeristas, são, em sua maioria, atinentes a

---

<sup>464</sup>FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Acesso à Justiça: Uma Visão Socioeconômica. Revista da Faculdade de Direito UFRGS, v. 21, março/2002, p. 9/10. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/72357/40927> > Acesso em 9/11/2023.



ocupações que não exige escolaridade, ou, ainda, trabalhadores domésticos<sup>465</sup>. Assim, embora existam variações nesses perfis econômicos, a depender também da localização física dos Juizados Especiais, o certo é que os resultados dessa pesquisa indicam a característica da hipossuficiência econômica como sendo majoritária no polo ativo das demandas nesses órgãos jurisdicionais.

Outrossim, o acesso à justiça, na qualidade de direito fundamental, passa pela aproximação territorial e física das partes envolvidas com o foro processual, de modo que a população carente moradora dos locais periféricos, de difícil acesso e distante dos serviços públicos possa acionar os mecanismos do Estado para defender seus direitos. Embora já tenham sido instaladas estruturas físicas dos Juizados Especiais em várias localidades, ainda permanece a insuficiência de sua distribuição geográfica<sup>466</sup>, uma vez que comunidades carentes moradoras de locais isolados e afastados ainda não são beneficiadas por esse serviço.

Nessa vertente, o Estado vem se utilizando da Justiça Itinerante terrestre e fluvial, que é uma unidade móvel de um juizado e conta com a presença de juízes, promotores de justiça, defensores públicos, conciliadores, entre outras especialidades, para atender e buscar a solução dos problemas dessa população. Todavia, em razão da dificuldade na constância na oferta desse serviço itinerante, essa parcela da sociedade tem seus direitos tolhidos, seja pela absoluta ausência do Estado-juiz, seja pela prestação tardia dos serviços jurisdicionais aos usuários.

Com efeito, diante da facilidade dos meios eletrônicos, por mais simples que sejam, como o Botão do Pânico Virtual<sup>467</sup>, para haver, de fato, a democratização do acesso à justiça, é necessário que o Poder Judiciário, em conjunto com outros órgãos públicos, crie

---

<sup>465</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis. 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/9191c4972e1708e5e2775dcab21aed94.pdf>>. Acesso em 9/11/2023.

<sup>466</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea), em 2012, indicou que a distribuição geográfica dos Juizados Especiais Federais no território nacional foi considerado um aspecto crítico, considerando que 54,2% do jurisdicionados residiam em municípios diferentes daquele onde se encontrava a sede do juizado, quando o petição era físico. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2012/setembro/pesquisa-do-ipea-traca-perfil-dos-juizados-especiais-federais>>. Acesso em 09/11/2023.

<sup>467</sup> O Botão de Pânico é um dispositivo que, ao ser acionado, envia uma mensagem para a central de monitoramento contratada avisando o local e que algo perigoso pode estar acontecendo, sendo, comumente, utilizado para combater a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <<https://www.tjmt.jus.br/Noticias/73929>>. Acesso em 09/11/2023.

mecanismos e instrumentos que permitam aos grupos hipossuficientes - econômicos e informacionais - moradores de locais distantes das instalações físicas do Poder Judiciário, em especial dos Juizados Especiais, de alguma forma, acionar remotamente o Estado manifestando a necessidade de atendimento sobre eventual pretensão atinente ao exercício da cidadania.

Assim, com o efetivo empenho do Estado em minimizar a exclusão dessa parcela da população, inúmeros conflitos poderiam ser facilmente resolvidos, como os relacionados aos registros tardios de nascimento, casamento, óbito, reclamações cíveis de diversas naturezas, entre outras questões em prol do resgate da cidadania.

Outrossim, ainda que a virtualização dos processos judiciais, bem como seus inúmeros atos, desde o protocolo e a distribuição da petição inicial até a decisão que determina o arquivamento do feito, tenha atenuado a necessidade de o jurisdicionado residir na mesma cidade sede de um Juizado Especial, não representou, por completo, a efetiva acessibilidade à justiça, uma vez que evidenciou a vulnerabilidade digital de parcela da sociedade, não somente quanto às pessoas hipossuficientes econômicas, mas também às informacionais.

Nesse sentido, a Lei nº 12.965/2014, considerada o Marco Civil da Internet, assegura em seu art. 4º que:

**Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:**

**I - do direito de acesso à internet a todos;**

**II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;**

**III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e**

**IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados. (grifo nosso)<sup>468</sup>**

<sup>468</sup> BRASIL. Lei nº 12.965/2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em 09/11/2023.

Observa-se que a lei reconhece não somente o direito à internet a todos, como também o necessário processo de alfabetização digital da população ou ainda, na perspectiva de um processo democrático, a instalação de salas de apoio às ações virtuais. É uma forma de promover a inclusão eletrônica do usuário que, por algum momento, situação ou alguma característica, tenha dificuldade para acessar os serviços judiciais ofertados em meio virtual.

Com efeito, em se tratando de eficiência no atendimento processual, notadamente nos Juizados Especiais, há também de se considerar a celeridade, porquanto se refere à necessidade de rapidez e agilidade no processo, com a finalidade de solucionar o conflito no menor tempo possível.

Ocorre que, atinente ao princípio da celeridade, há de se destacar que a justiça brasileira sempre teve a morosidade como um dos problemas a serem solucionados, haja vista a falta de estrutura dos aparelhos estatais e o aumento de ações processuais. Por certo, a pouca contratação de profissionais, a falta de aparelhamento do órgão para atender a demanda cada vez mais crescente e os altos custos que o trâmite processual acarreta para os indivíduos que buscam no Estado uma solução para os seus litígios são alguns dos motivos para a acentuada morosidade do Poder Judiciário.

Apesar de os Juizados Especiais terem sido criados como uma forma de celeridade, a falta de estrutura desses órgãos e a necessidade de mais servidores, fazem com que a morosidade da justiça ainda seja a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça, conforme a declaração do órgão no 53º Relatório Trimestral de janeiro, fevereiro e março de 2023:

A maior parte das demandas recebidas na Ouvidoria, de forma recorrente, compõe-se de manifestações referentes à morosidade processual no Poder Judiciário. Tomando em conta apenas as demandas com essa classificação temática, 95,81% (5.872) são reclamações.<sup>469</sup>

Constata-se que embora tenham sido implementadas outras ferramentas com o intuito de diminuir a lentidão no processamento dos feitos, como a virtualização das ações e de vários atos processuais, incluindo as citações, intimações e audiências, ainda persiste a morosidade no andamento de processo judicial como principal causa de reclamação ao

---

<sup>469</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Trimestral janeiro a março de 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/53-relatorio-trimestral-ocnj-jan-a-mar-2023.pdf>. Acesso em 9/11/2023.

Conselho Nacional de Justiça ao se demonstrar que 95,81% das reclamações recebidas pela Ouvidora do órgão são a respeito da morosidade.

Esses ensinamentos ressaltam a reflexão do quão importante é a superação dos obstáculos do mero acesso formal para que haja o efetivo acesso à justiça, visto isso ser uma característica do Estado Democrático de Direito, o qual tem como função primordial assegurar a dignidade da pessoa humana em todos os aspectos possíveis. É o que assevera Maria da Guia Pereira:

O Acesso à Justiça é um direito elementar do cidadão, onde podemos ver a materialização da cidadania e a efetivação da dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais. Com isso, o exercício dos direitos humanos e sociais torna possível o Estado democrático de direito.<sup>470</sup>

Nesse viés, também convém citar a precisa conclusão de Mateus Lima Levi Bastos:

Tomando por base esse contexto, é importante frisar que a tutela jurisdicional quanto ao acesso à Justiça, vem se demonstrado essencial para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, não só pela garantia do efetivo ingresso de demanda no judiciário, mas também pela qualidade do serviço institucional prestado, que deve levar em conta não apenas o resultado, bem como a construção de provimentos jurisdicionais a partir de uma racionalidade comunicativa, englobante da possibilidade de participação dos destinatários do ato decisório. Deste modo, destaca-se, ainda, que uma das maiores preocupações do mundo jurídico, contemporâneo, é a superação destes obstáculos (barreiras) para aperfeiçoar o acesso à justiça, a democratização do Poder Judiciário e a modernização do processo, a fim de torná-lo mais justo, célere e eficiente.<sup>471</sup>

Somado a uma estrutura estatal adequada, é de suma importância que as sentenças proferidas pelos magistrados estejam de acordo com os valores objetivos do ordenamento

---

<sup>470</sup> PEREIRA, Maria da Guia. O Papel da Defensoria Pública em face dos interesses dos necessitados. Dissertação de mestrado. Campina Grande: UEPB: s.n., 2005, p. 12.

<sup>471</sup> BASTOS, Mateus Lima Levi. O acesso à justiça como direito fundamental: uma análise à luz do Estado Democrático de Direito. 2021. P. 18/19. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13226/1/ARTIGO%20CIENT%3%8dFICO%20%e2%80%93%20TRABALHO%20DE%20CONCLUS%3%83O%20DE%20CURSO%20II..docx.pdf>> Acesso em 09/11/2023.

jurídico brasileiro. Isto é, em cada decisão do juiz deve-se afirmar os direitos fundamentais, os quais representam os princípios gerais de todo o sistema jurídico.

Assim sendo, vislumbra-se que os direitos fundamentais materiais devem ser protegidos pela jurisdição, seja para as causas de menor ou maior complexidade, em especial para os que possuem uma situação econômica não favorável. Isto implica, também, na promoção de meios que facilitem o acesso dos hipossuficientes, aproximando esses cidadãos do Poder Judiciário.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando os apontamentos realizados acerca da necessária acessibilidade e celeridade no processamento e julgamento dos feitos relacionados aos Juizados Especiais, tem-se a conclusão de que, embora tenha ocorrido certo avanço na implementação de tecnologias para diminuir o tempo de tramitação do processo e facilitar o acesso da parte e de terceiros aos vários atos processuais, essa evolução representou, por outro lado, um obstáculo digital àqueles desprovidos de meios e conhecimentos para a operacionalização dos atos virtuais.

Além disso, ainda persistem os antigos entraves para expandir o alcance dos serviços jurisdicionais de pequenas causas, como a necessidade do aumento das sedes dos Juizados Especiais, da criação de ferramentas que alcancem as comunidades moradoras em locais distantes e a melhoria da estrutura e da qualificação dos servidores.

Dessa forma, ante a continuidade das mesmas finalidades dos Juizados Especiais de quando se originou, quais sejam, a celeridade e acessibilidade à parcela da sociedade hipossuficiente economicamente, é primordial a atuação conjunta do Poder Judiciário com outros órgãos públicos para adotarem as medidas pertinentes a fim de se concretizar o acesso formal à justiça.

Por fim, após a efetivação desse viés interno do acesso à justiça, que é pressuposto para o alcance do seu viés externo - um julgamento justo que atinja os escopos jurídico, social e político - poder-se-á haver a efetivação dos direitos fundamentais, na forma do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, uma vez que o sujeito de direito encontrará no Juizado Especial uma oportunidade de afastar a violação a um direito seu ou reparar um dano sofrido.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BASTOS, Mateus Lima Levi. **O acesso à justiça como direito fundamental: uma análise à luz do Estado Democrático de Direito.** 2021. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13226/1/ARTIGO%20CIENT%3%8dFICO%20%e2%80%93%20TRABALHO%20DE%20CONCLUS%3%83O%20DE%20CURSO%20II..docx.pdf>>. Acesso em 09/11/2023.

BRASIL. **Código de Processo Civil: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 09/11/2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea). 2021.** Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2012/setembro/pesquisa-do-ipea-traca-perfil-dos-juizados-especiais-federais>>. Acesso em 09/11/2023.

2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/9191c4972e1708e5e2775dcab21aed94.pdf>>. Acesso em 9/11/2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Trimestral janeiro a março de 2023.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/53-relatorio-trimestral-ocnj-jan-a-mar-2023.pdf>>. Acesso em 9/11/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 8/11/2023.

BRASIL. **Lei nº 9.099/1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em 09/11/2023.

BRASIL. **Lei nº 10.259/2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10259.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm)>. Acesso em 09/11/2023.

BRASIL. **Lei nº 12.153/2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm)>. Acesso em 09/11/2023.

BRASIL. **Lei nº 12.965/2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em 09/11/2023.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Acesso à Justiça: Uma Visão Socioeconômica**. Revista da Faculdade de Direito UFRGS, v. 21, março/2002. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/72357/40927>>. Acesso em 9/11/2023.

FILHO, Vicente Greco. **Direito processual civil brasileiro** – 1ºVolume. Ed. Saraiva. 17ª Edição. 2003.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Informação disponível no site <<https://www.tjmt.jus.br/Noticias/73929>>. Acesso em 09/11/2023.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**. 2ª Ed., 2011, Juruá.

PEREIRA, Maria da Guia. **O Papel da Defensoria Pública em face dos interesses dos necessitados**. Dissertação de mestrado. Campina Grande: UEPB: s.n., 2005.

ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis estaduais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos**. São Paulo: Cortez, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Wilson Alves. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011.

## **MENORES INFRATORES: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, E A RELAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS À APLICABILIDADE DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS**

**LARISSA ROMERO DE SOUZA:**

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Pós-graduada em Direito Processual Penal pela FASUL Educacional.<sup>472</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo demonstrar como ocorre o acesso à justiça para os adolescentes que cometem atos infracionais, e como se garante os direitos individuais e processuais desses menores. Ademais, neste artigo, será abordado como se deu o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), que trouxe uma ampla proteção às crianças e adolescentes em todos os aspectos, criando um estatuto específico no ordenamento jurídico, já que a Constituição Federal estabelece a condição de inimputável ao menor, se fazendo necessário complemento ao que a Carta Magna estabelece para esses menores. Por fim, de forma breve, será relatado acerca dos atos infracionais e das medidas socioeducativas, especificando cada medida.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos, Acesso à Justiça, Menores Infratores.

**ABSTRACT:** This article aims to demonstrate how access to justice occurs for teenagers who commit criminal acts, and how the individual and procedural rights of these minors are guaranteed. Furthermore, in this article, we will discuss how the Statute of Children and Adolescents (1990) emerged, which brought broad protection to children and adolescents in all aspects, creating a specific statute in the legal system, since the Constitution Federal law establishes the condition of non-imputability for minors, making it necessary to complement what the Magna Carta establishes for these minors. Finally, briefly, the infractions and socio-educational measures will be reported, specifying each measure.

**Keywords:** Human Rights, Access to Justice, Juvenile Offenders.

### **INTRODUÇÃO**

---

472 E-mail: larissaromeromju@hotmail.com



O presente artigo tem o propósito de discorrer sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, previsto na Lei 8.069/1990, fazendo considerações acerca dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes e, em especial busca abordar os aspectos que garantem a efetivação dos direitos humanos aos menores que cometem atos infracionais.

O tema abordado tem imensa relevância para a sociedade, bem como para o ordenamento jurídico brasileiro, visto que demonstra o quão importante é resguardar os direitos das crianças e adolescentes, não apenas no cenário tratado no artigo, mas de forma geral, para o bem-estar das crianças e adolescentes que estão em pleno desenvolvimento, uma vez que o Código de Menores, surgido na ditadura e já revogado, referendou a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, abordando situações em que os menores estavam irregulares, por abandono ou em razão de delinquência, e somente em 1990, quando criado o Estatuto da Criança e do Adolescente, é que foi trazida a proteção integral da criança e do adolescente, promovendo reais avanços na regulamentação e garantia dos direitos destes menores.

Como se observa no Código Penal, especialmente em seu art. 27, “considera-se penalmente inimputáveis no Brasil, os menores de 18 anos, ficando sujeitos às normas estabelecidas em legislação específica”, portanto, se fez necessário abordar medidas que visam punir e reeducar menores infratores no ECA, pois são menores situados abaixo da idade penal que cometem crimes, e portanto precisam ser processados e responder por seus atos, cabendo ao judiciário determinar se deverão cumprir medidas socioeducativas ou não.

Por fim, além da importância da criação do ECA, no presente artigo serão elencados os direitos dos menores infratores, bem como serão abordadas as medidas socioeducativas previstas no ECA que podem ser aplicadas a eles, e os direitos humanos aplicáveis no momento em que os menores infratores são submetidos às medidas socioeducativas previstas em legislação específica.

## **1. OS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Os Direitos Humanos podem ser definidos como garantia fundamental e universal que visa a proteção dos indivíduos de todos os grupos sociais contra as ações ou omissões daqueles que agem contra os preceitos da dignidade da pessoa humana, sem distinção de nacionalidade, sexo, religião, cor, raça, ou qualquer diferenciação entre as pessoas. (ONU, 2019)

Abordar os Direitos Humanos nesta esfera tão delicada que é a das crianças e dos adolescentes, se faz extremamente necessário para, se possível, garantir a proteção aos direitos que esses sujeitos em processo de crescimento e desenvolvimento possuem, ademais, complementa-se nas palavras de TEPEDINO (2009), que:

Em síntese, a tutela da criança e do adolescente deve permitir, no curso do processo educacional, que o menor de idade cresça de forma biopsiquicamente saudável, de modo a superar sua própria vulnerabilidade, informar-se e formar-se como pessoa responsabilmente livre, exercendo, efetivamente, a sua autonomia de maneira mais ampla possível. (TEPEDINO, 2009, p. 204)

Com o mesmo entendimento, a Constituição Federal, em seu artigo 227, menciona:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Conforme o artigo supramencionado preleciona, a Constituição Federal dispõe que é dever de todos, assegurar às crianças e aos adolescentes todos os direitos que os cidadãos gozam, bem como deve-se proteger os menores. Com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescentes, estes direitos fundamentais que abrangem os menores, são efetivados pelo princípio da prioridade, ou seja, sua proteção e direitos devem ser buscados e assegurados pelo Estado, antes de quaisquer outros.

No que tange ao Estatuto, sua prioridade absoluta é de gerar a proteção e socorro à criança e ao adolescente em quaisquer circunstâncias, pois até mesmo antes da sua concepção seus direitos já estão assegurados, pois enquanto sua genitora estiver gestando, este feto já goza de direitos.

O Código de Menores só foi instituído em 12 de outubro de 1927, e embora as crianças e os adolescentes ainda não recebessem a devida garantia e efetivação de seus direitos, foi dado o primeiro passo, uma primeira legislação para essa faixa etária. A referida legislação surgiu com o objetivo de que o que as crianças e os adolescentes necessitavam eram de apoio psicopedagógicos em instituições para uma tentativa de solucionar os problemas daquela sociedade, como, a ociosidade, delinquência e abandono. (CUSTÓDIO, 2009)

No ano de 1959 foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração dos Direitos da Criança, e apenas em 1989 essa declaração foi transformada em Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no Brasil em 1990, foi instituído o ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente. Com o advento do ECA, a visão anterior sobre os menores de 18 anos foi transformada, e agora eles seriam colocados como partícipes na construção de sua própria vida, com vontades, necessidades, sentimentos, dando voz e considerando com seriedade as falas apresentadas por eles. Portanto, são seres merecedores da garantia e proteção pelo Estado, pela família e pela sociedade. (SANTOS, 1993)

Com a promulgação da Lei 8.069/1990, que diz respeito ao Estatuto da Criança e do Adolescente, foi gerada uma reflexão para todos sobre a temática, visto que o Estatuto estabeleceu direitos e deveres inerentes aos menores, e de certa forma, também os tornou cidadãos. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, refere-se aos direitos e às garantias individuais de todas as pessoas que exercem a cidadania, o Estatuto veio para complementar a previsão destes direitos, e se propôs a ressaltar e especificar que as crianças e os adolescentes também possuem os mesmos direitos e deveres previstos na carta magna.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 3º e 4º, a criança e o adolescente têm seus direitos assegurados:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990)

A Constituição Federal de 1988 estabelece que, a responsabilidade em resguardar os direitos das crianças deve ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e família, começando assim a nascer a concepção de criança como sujeito-cidadão. (VERONESE, 2016)

No âmbito internacional, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que passou a reconhecer os direitos das crianças e adolescentes à educação, à igualdade, ao lazer, à proteção e à dignidade. Foi ratificada em 196 países, incluindo o Brasil no ano de 1990. (UNICEF, 2015)

Com a instauração do Estatuto o Estado passa a reconhecer as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, e não a visão retrógrada de que são adultos em miniatura ou objetos das famílias. Apesar dos avanços trazidos pelo Estatuto e pelos ganhos incríveis desde a promulgação do ECA, ainda são encontrados vários desafios a serem combatidos, pois o ECA tem uma visão progressista, enquanto a maior parte do Brasil ainda tem uma visão conservadora e isso entra em conflito principalmente em como deve ser a educação geral das crianças e adolescentes.

Por fim, a relevância de uma legislação específica para as Crianças e Adolescentes, trouxe inúmeros benefícios para a sociedade de uma forma geral, principalmente para as famílias desses menores, que por muito tempo tinham a responsabilidade solo de promover educação, saúde e assistência básica para seus tutelados, e o ECA veio para introduzir o Estado no seio familiar, como uma participação complementar na construção de crianças e adolescentes saudáveis e protegidos, além de promover medidas socioeducativas para aqueles que em algum momento se desviaram de um bom caminho, seja por estarem inseridos na vulnerabilidade social, ou por outras questões sociais.

## **1.2. Principais direitos no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente**

O ECA é dividido em três partes, e em sua primeira parte são abordadas as garantias universais que demonstram quais políticas devem ser aplicadas para que as crianças cresçam em condições favoráveis sem riscos a elas, essa parte tem um cunho preventivo, que é de agir antes das falhas. Já na segunda parte, são elencadas as medidas protetivas, para crianças e adolescentes que sofreram violência e abusos, praticados por qualquer pessoa, seja família, desconhecidos ou instituições. A terceira e última parte é específica para os menores infratores, é o momento em que são abordadas as medidas socioeducativas que devem ser aplicadas a adolescentes infratores, e como deve ocorrer a ressocialização para que não voltem para a criminalidade. (ROVARON, 2020)

O artigo 227 da Constituição Federal que deu início a discussão dos direitos das crianças é respaldado pelo artigo do ECA que diz:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (BRASIL,1990)

Estes direitos são dever do Estado, da família e da sociedade em garantir o cumprimento de todos. Impedir a liberdade desses menores, de participação social, cultural, expressar seus sentimentos, a educação, participar de religiões, praticar algum tipo de lazer ou esporte, prejudica a formação da condição de cidadão na sociedade e no seu desenvolvimento psíquico. A importância da Escola na vida dessas crianças, principalmente para um bom desenvolvimento desta faixa etária, ocorre dentro do âmbito escolar, todo o processo educativo deve resguardar os direitos das crianças, são direitos que não devem, de forma nenhuma serem inobservados. (PAGANINI, 2011)

As falhas que podem ocorrer durante o desenvolvimento da criança em grande parte podem nascer dentro de sua própria casa. A primeira assistência, os ensinamentos, a educação social ao menor vem de sua família, quando eles são privados desta assistência, dificulta a formação social e de personalidade. Não basta somente o Estado promover políticas que resguardem a criança se a família não colabora para um bom desenvolvimento das crianças e adolescentes, como não é suficiente apenas uma boa educação escolar. O conjunto da escola, família e Estado precisam estar alinhados para garantir o crescimento de um adulto conveniente. (D'ANTONIO, 2009)

No artigo 53 do ECA, está elencado o direito à educação, demonstrando a sua relevância para a prevenção de possíveis problemas de conduta e colabora com o desenvolvimento das crianças:

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - direito de ser respeitado por seus educadores; III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; IV - direito de organização e participação em entidades estudantis; V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentam a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica. Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da

definição das propostas educacionais. Art. 53-A. É dever da instituição de ensino, clubes e agremiações recreativas e de estabelecimentos congêneres assegurar medidas de conscientização, prevenção e enfrentamento ao uso ou dependência de drogas ilícitas. (BRASIL, 1990)

Quando ocorrem casos de situação de risco dos direitos da criança ou do adolescente, e estes são violados, seja por omissão do Estado, da família ou da sociedade, abusos cometidos ou pela própria conduta do menor, são cabíveis as medidas protetivas, que estão elencadas no artigo 101 do ECA:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta. (BRASIL, 1990)

O Estado possui a obrigação de prover educação gratuita e de qualidade a todos os níveis etários, inclusive creches de forma acessível. Mas a obrigação da educação também é dever da família, que precisa matricular, acompanhar, e manter a frequência escolar dessas crianças e adolescentes até os 14 anos de idade no mínimo. Quando ocorrem casos de maus tratos na escola à criança ou são observadas muitas faltas injustificadas e constantes índices de repetência de algum menor, é dever da Instituição Escolar contatar o Conselho Tutelar para que a situação seja averiguada e sejam tomadas as medidas cabíveis ao caso. Portanto, os pilares de uma boa educação são divididos em três, o Estado, família e escola.

Em situações nas quais os pais e responsáveis são causadores dos problemas causados às crianças e aos adolescentes, o ECA também aborda as medidas pertinentes que devem ser aplicadas, em seu artigo 129:

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII - advertência; VIII - perda da guarda; IX - destituição da tutela; X - suspensão ou destituição do poder familiar. (BRASIL, 1990)

Em decorrência das falhas no desenvolvimento da criança e do adolescente por parte da família, por omissão do Estado em assistir às famílias em situação de miséria, e outros fatores que podem acarretar em cometimento de atos infracionais por parte do menor, cabe ao Estado a aplicação de medidas socioeducativas visando a reeducação e a própria proteção do menor. As medidas socioeducativas estão elencadas no artigo 112 do ECA, as medidas não privativas de liberdade são executadas pelo município e as de privação de liberdade pelo Estado:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições. (BRASIL, 1990)

A prevenção é primordial para o crescimento saudável dessas crianças, a garantia que o Estado, a família e a sociedade devem prover aos menores, transformam a vida desses pequenos cidadãos. A ação de prevenção, é a melhor oportunidade de um desenvolvimento decente, garantindo às crianças e aos adolescentes uma vida digna e os protegendo de possíveis problemas futuros, e os afastando da criminalidade.

## **2. ASPECTOS LEGAIS: MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E ATO INFRACIONAL**

A Lei 8.069, de 1990 que disciplina o Estatuto da criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, considera como criança, menor de até doze anos de idade ainda não completados e adolescente, a pessoa que possui entre doze anos completos até dezoito anos de idade, bem como a referida legislação é aplicada dos dezoito até vinte e um anos de idade.

Há uma grande diferença das medidas impostas às crianças e aos adolescentes, sendo que para as crianças são aplicadas as chamadas medidas de proteção e aos adolescentes, são aplicadas as medidas socioeducativas.

No que tange ao ato infracional, a Revista Jurídica Consulex coloca que

O Ato infracional é o ato condenável, de desrespeito às leis, à ordem pública, aos direitos dos cidadãos ou ao patrimônio, cometido por crianças ou adolescentes. Só há ato infracional se àquela conduta corresponder a uma hipótese legal que determine sanções ao seu autor. No caso de ato infracional cometido por criança (até 12 anos), aplicam-se as medidas de proteção. Nesse caso, o órgão responsável pelo atendimento é o Conselho Tutelar. Já o ato infracional cometido por adolescente deve ser apurado pela Delegacia da Criança e do Adolescente a quem cabe encaminhar o caso ao Promotor de Justiça que poderá aplicar uma das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90 (doravante ECA) (CONSULEX, 2005, p. 40).

Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (art. 103, ECA, 1990). As penas dos crimes ou contravenções previstas no Código Penal são imputadas aos maiores de idade, sendo o ECA que trata especificamente dos direitos, garantias e meios de proteção à criança e ao adolescente, e é o mesmo que indica o caminho mais apropriado a estes que cometem atos infracionais, pois em razão da menoridade e inimputabilidade, não pode ser aplicado o Código Penal às infrações cometidas pelos menores.

### **2.1. Medidas socioeducativas em espécies**

As medidas socioeducativas são medidas aplicadas pelo juiz da Vara da Infância e Juventude aos adolescentes que cometem algum ato infracional. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê seis tipos de medidas:



1) Advertência: talvez seja uma das medidas mais aplicada. Conforme dispõe o art. 115 do ECA (1990), advertência consistirá na admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”, ou seja, é uma audiência que consiste em um alerta feito pelo magistrado ao menor e seus responsáveis, para que eles entendam os riscos de cometer um ato infracional.

2) Obrigação de reparar o dano: esta medida está prevista no art. 116, do ECA. Trata-se de atos infracionais com reflexos patrimoniais, em que o adolescente poderá restituir a coisa, promover o ressarcimento do dano ou compensar algum prejuízo que tenha ocasionado à vítima. Por exemplo, se o adolescente depredar o muro da casa de uma pessoa, a autoridade poderá determinar o ressarcimento do dano causado, ou se houver algum conserto, poderá este mesmo fazê-lo.

3) Prestação de serviços à comunidade: o Estatuto da Criança e do Adolescente inovou na referida medida, pois ela tem aplicabilidade no âmbito penal. Consiste na prestação de serviço comunitário, qual seja, atividades não remuneratórias prestadas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, programas comunitários e demais estabelecimentos congêneres por um período máximo de seis meses, sua previsão legal é o art. 117, do ECA. Vale ressaltar que as tarefas devem ser realizadas em horários que não comprometam os dias escolares, podendo ser realizados nos feriados e finais de semana, desde que não exceda oito horas semanais.

4) Liberdade assistida: trata-se de medida que serve para auxiliar e acompanhar o adolescente por determinado período. O juiz nomeia um orientador para que, supervisionado pela autoridade, desenvolva de acordo com o ECA, as seguintes atribuições:

Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros: “I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social”; II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; IV - apresentar relatório do caso. (ECA, 1990)

A liberdade assistida está prevista nos artigos 118 e 119, do ECA. A medida é fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo ser prorrogada a 10 qualquer tempo, revogada

ou substituída por outra medida, desde que ouvidos o orientador, Ministério Público e defensor.

5) Regime de semiliberdade: este regime tem o objetivo de preservar os vínculos sociais e familiares, e é aceito como início ou como forma de progressão para o meio aberto. Comporta o exercício de atividades externas, independentemente de autorização judicial. É obrigatória a escolarização e a profissionalização. Não comporta prazo determinado, devendo ser aplicadas as disposições a respeito da internação, no que couber. (Art. 120, caput, § 1º e 2º, ECA, 1980).

6) Internação: é a medida que constitui privação da liberdade, considerada portando a mais grave do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sujeita-se a três princípios, quais sejam: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Tem previsão nos artigos 121 a 125, do ECA.

A medida de internação apresenta três princípios norteadores:

a) Princípio da brevidade: refere-se ao período em que o adolescente deve ficar internado, pois deve ser privado de sua liberdade em menor tempo possível. O período máximo de internação de acordo com art. 121, §§ 2º e 3º, do ECA, é de três anos, sendo no máximo a cada seis meses reavaliada mediante decisão fundamentada.

b) Princípio da excepcionalidade: quer dizer que só será determinada a medida de internação, se não houver outra alternativa. Ou seja, quando já estiverem sido esgotadas as outras medidas socioeducativas.

c) Respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento: significa que ao adolescente que receber a medida de internação será assegurado cuidados especiais, tais como educação, lazer, esporte, entre outros, afim de que tenha seus direitos garantidos perante a sociedade, apesar de estar privado de sua liberdade.

Ademais, todas as medidas podem ser aplicadas cumulativamente ou separadamente, bem como substituídas a qualquer tempo. Contudo, as medidas socioeducativas possuem prazos indeterminados, com a exceção da prestação de serviço comunitário que possui prazo máximo de seis meses e a medida de internação que não pode exceder a três anos. Vale ressaltar que nenhuma medida pode ultrapassar a idade de 21 anos, que é a idade que cessa o cumprimento dessa.

Dessa forma, importante destacar que a maioridade civil não cessa a medida socioeducativa. Ainda, será abordado no próximo ponto como é o procedimento quando

o adolescente comete um ato infracional tanto na fase policial como judicial e como se dá a garantia dos seus direitos individuais.

## **2.2 Eficácia das Medidas Socioeducativas**

A finalidade das medidas socioeducativas presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente possuem intuito de reeducar e ressocializar o menor infrator, pois embora possuam natureza sancionatória, não são punitivas, são consideradas medidas pedagógicas, e ao aplicar qualquer uma das medidas, o Magistrado deve observar o princípio da proporcionalidade e analisar caso a caso.

Como a advertência é uma medida apenas repreensiva, geralmente não é a mais indicada como medida de reeducação, visto que repreende apenas de forma verbal os atos impulsivos cometidos pelos menores. Sua aplicabilidade se dá somente através de um Juiz e no momento de sua aplicação, devem ser esclarecidas as consequências de seus atos sendo dirigida ao jovem e ao responsável para que tenha a eficácia esperada e para que não haja reincidência. (LIBERATI, 2003)

A medida de reparação de um dano causada por algum ato infracional cometido só é usada nos casos em que os responsáveis do menor tiverem condições financeiras suficientes para arcar com a obrigação de reparar o dano, diz o disposto no artigo 928 do Código Civil:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. (BRASIL, 2002)

De forma brilhante, conceitua o autor Raimundo Luiz Queiroga de Oliveira que se a situação financeira dos infratores e seus responsáveis inviabilizar a aplicação da medida deverá essa ser substituída, contudo os menores infratores que os pais possuem mais recursos, reforça que a medida pode não ser eficaz, uma vez que apenas reparar, ressarcir o dano sofrido não interfere na educação da criança, mas apenas no financeiro dos responsáveis. (OLIVEIRA, 2003)

A Prestação de Serviços à comunidade apesar de ser mais punitiva não é excedente e muitos autores a classificam como uma das melhores medidas a serem aplicadas. Para

Liberati se for aplicada com excelência, com o devido acompanhamento é benéfico para o adolescente e para a comunidade. (LIBERATI, 2003)

Ao cumprir a prestação de serviços, durante o prazo máximo de 6 meses o menor pode interagir com a sociedade e amadurecer sua cidadania. Para os adolescentes de classe média e alta essa medida alcança ótimos resultados, pois podem entender que ter uma condição financeira melhor que a de outra pessoa não o permite cometer atos ilegais e não ser punido por isso. É uma oportunidade de entender a realidade de outras pessoas e estimular a humanidade no menor, podendo ser afastada a reincidência. (OLIVEIRA, 2003)

Para que seja eficaz a Liberdade Assistida, se faz necessário ter pessoas capacitadas e eficientes para acompanhar o jovem, verificar o andamento escolar e fazer reuniões familiares para assegurar que o adolescente compreenda as consequências futuras e mais severas que suas ações podem trazer, em alguns casos se houver excelência no acompanhamento e participação efetiva da família e da escola pode ser bastante benéfica e erradicar a criminalidade que existe naquele jovem. (OLIVEIRA, 2003)

Os dois regimes de internação ao menor infrator, o da Semiliberdade e a Internação, são utilizados somente quando as outras medidas não tiverem os efeitos necessários, por se tratarem de medidas que privam o adolescente da liberdade, seja durante a semana ou na duração máxima de três anos. Durante este período de internação é fornecido ao jovem educação, atividades externas, orientação, cursos de formação e o acompanhamento técnico e especializado. (NOGUEIRA, 1988)

Quanto à semiliberdade, para que sua eficácia seja assegurada, é preciso analisar a estrutura familiar em que aquele menor está inserido, visto que o adolescente durante os finais de semana irá para casa. Se a família for incapaz de controlar o menor infrator poderá acarretar em novo cometimento de ato infracional. (NOGUEIRA, 1991)

Privar o adolescente de sua liberdade na totalidade, apesar de garantir a segurança pública para o menor, pode ser uma porta para o aprendizado de novas experiências com outros menores infratores e o sentimento de vingança internalizado. É essencial a presença de psicólogos e da assistência social no decorrer do período em que o adolescente ficará internado para trabalhar o psicológico desse jovem, para que transite para o regime de liberdade e não cometa novas infrações ou após a maioridade penal não adentrar ao mundo da criminalidade. (D'AGOSTINI, 2003)

Observa-se, portanto, o cuidado que o ECA promove quando se trata dos menores infratores, visto que existe uma preocupação do legislador em não cometer excessos e prejudicar o desenvolvimento desses jovens, buscando medidas que não impactem de forma negativa na ressocialização desses menores, pois o intuito das medidas é este, de

fazer com o que o jovem infrator seja reinserido na sociedade de forma que ele se sinta acolhido e queira uma vida longe da criminalidade.

### **3. ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS INDIVUAIS E PROCESSUAIS DO MENOR INFRATOR**

Necessário se faz adentrar no mérito dos direitos individuais inerentes aos adolescentes que cometem um ato infracional, bem como quais são e como se dá a garantia processual e o acesso à justiça, demonstrando como ocorre o seu devido procedimento.

Os direitos individuais além da Constituição Federal, possuem previsão no artigo 106 a 109, do Estatuto da Criança do Adolescente:

Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. O adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos.

Art. 107. A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.

Parágrafo único. Examinar-se-á, desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata.

Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

Art. 109. O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.

Em suma, os direitos fundamentais são direitos básicos que o adolescente possui e que devem ser respeitados, sob pena de nulidade no processo. De acordo com o capítulo III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, as garantias processuais são:

Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III - defesa técnica por advogado;

IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento. (ECA, 1990)

Os artigos previstos no Estatuto, possuem as mesmas garantias do processo penal, ou até mais, considerando que o menor é pessoa em desenvolvimento, e deve-se ter mais cautela no deslinde do processo.

As garantias estão especificadas no artigo 111, do ECA, sendo que a primeira trata de citação, colocando que o adolescente tem que ter a ciência de que o Ministério Público moveu uma ação, chamada de representação, contra ele acerca de um possível ato infracional que este tenha cometido. Isso se dá por ato formal.

A segunda garantia diz respeito a igualdade processual, ou seja, os adolescentes e adultos possuem os mesmos direitos, sendo a igualdade entre a acusação e defesa. Ou seja, se há produção de prova pela acusação, a defesa também possui direito de produzir provas.

Já a terceira garantia trata, sobre a existência da defesa técnica de um advogado. É essencial que o menor seja representado por um advogado, e se os pais do adolescente não possuírem condições para arcar com as despesas de um advogado, devem procurar a Defensoria Pública de sua cidade, e no caso de não haver defensoria no município, será nomeado um advogado pelo Fórum.

A quarta garantia complementa a anterior, no caso de não haver possibilidade financeira em arcar com as custas do processo, será deferido pelo juiz o benefício da assistência judiciária gratuita.

A quinta garantia refere-se ao direito do adolescente de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente. Seja seu defensor, juiz, delegado, promotor ou até mesmo o diretor de alguma unidade de internação, o adolescente pode requerer a oitiva a qualquer momento.

Por fim, a última garantia prevista no Estatuto, prevê que o adolescente possui o direito de solicitar a presença de seus pais ou responsáveis em qualquer fase do procedimento.

Essas garantias são aplicadas em qualquer fase, tanto na fase de conhecimento quanto na fase de execução da medida socioeducativa. Além das garantias supramencionadas que estão previstas no ECA, existem as garantias previstas no artigo 5º da Constituição Federal. Dentre elas estão a presunção de inocência; o contraditório e a ampla defesa; princípio da reserva legal; a comprovação da culpabilidade; necessidade de relaxamento de eventual internação integral; entre outras.

O estudioso Liberati, acerca de um estudo sobre o tema, aponta:

“As garantias constitucionais do processo têm suas raízes no art. 39 da Magna Carta outorgada em 1215 por João Sem Terra: ‘Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.’” (LIBERATI, 2003, p, 97)

Portanto, constata-se que com o advento do ECA, em conjunto com o que prevê a Constituição Federal, os menores estão assistidos legalmente por normas que asseguram o devido processo legal, bem como os tratam com respeito e dignidade, mesmo em situações de infrações, existe uma cautela para que os menores infratores não sejam

submetidos à situações degradantes, que possam afetar seu pleno desenvolvimento e ressocialização, ademais, cabe ressaltar o quanto o Poder Judiciário, juntamente com toda Equipe Multidisciplinar assegura os direitos humanos desses jovens, e os protegem de más condutas externas, priorizando o bem-estar e assegurando que sejam tratados com respeito durante e depois do julgamento do processo e no cumprimento das medidas impostas.

## CONCLUSÃO

O presente artigo teve como principal objetivo expor a importância da criação do Estatuto da Criança e do adolescente, desde o seu surgimento até os dias atuais, mostrando a sua evolução, e demonstrando uma reflexão acerca dos direitos humanos e as medidas socioeducativas para os adolescentes que cometem algum ato infracional.

Inicialmente se fez necessário adentrar no mérito dos direitos humanos e elucidar a cidadania com relação às crianças e os adolescentes, da proteção e segurança jurídica que o Estatuto gerou para eles, sendo um complemento ao que a Constituição Federal já assegurava.

O artigo também buscou expor a extensa proteção que o Estatuto da Criança e do Adolescente gera em qualquer circunstância, pois desde antes da concepção os direitos dos menores já são assegurados, como por exemplo, a precedência de atendimento nos serviços públicos.

Impende ressaltar que o Estatuto também trouxe direitos e deveres aos menores, tornando-os sujeitos de direitos, cidadãos, vindo a complementar a Constituição Federal no que se refere aos direitos individuais e garantias àqueles que exercem a cidadania.

Ademais, foi importante destacar as medidas socioeducativas que são aplicadas aos menores infratores, visto que muitas vezes a população, por desconhecimento das Leis ou por foca apenas em recortes midiáticos, não compreendem que os menores infratores também são “punidos” quando cometem atos ilícitos, não como os adultos, mas são aplicadas as medidas socioeducativas previstas nos artigos 112 a 114 do ECA, para que haja tentativa do Poder Público em ressocializar, educar e ensinar esses jovens.

Por fim, conclui-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente é um garantidor dos direitos dos menores, possuindo grande relevância na efetividade do acesso à justiça aos seres que estão em processo de desenvolvimento mas por algum motivo cometem atos ilícitos, e ainda, é nítido que o ECA, em conjunto com o que prevê a Constituição Federal, visa resguardar os direitos humanos que esses menores tem direito, garantindo respeito e igualdade processual para esses jovens, que por vezes, graças ao acolhimento e trabalho



multidisciplinar que as medidas socioeducativas oferecem, conseguem se ressocializar e serem reinseridos na sociedade para buscar uma vida digna e íntegra.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988.**

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 de setembro de 2023. \_\_\_\_\_.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 15 de setembro de 2023.

CONSULEX, **Revista Jurídica**, nº 193, p. 40, 31 de Janeiro de 2005.

CUSTÓDIO, André Viana. **Os novos direitos da criança e do adolescente.** Joaçaba: Espaço Jurídico, v. 7, n. 1, jan./jun. 2006. p. 7-28. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/8780/4819>. Acesso 29 de agosto de 2023.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de menores.** APUD ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Editora Saraiva, 2009, p. 8.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 97

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?** 2a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.47.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentário ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, 2022, p. 82.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, Raimundo Luiz Queiroga de. **O Menor infrator e a eficácia das medidas socioeducativas.** Disponível em:

<file:///C:/Users/shara/Downloads/RAIMUNDO%20LUIZ%20QUEIROGA%20DE%20OLIVEIRA%20-%20TCC%20DIREITO%202003.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2023.

\_\_\_\_\_. NAÇÕES UNIDAS. Organização das Nações Unidas. **O que são os direitos humanos?** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em: 13 de setembro de 2023.

PAGANINI, Juliana. **O trabalho infantil no Brasil: uma história de exploração e sofrimento.** In: Amicus Curiae. v. 5.n.5(2008). 2011. Disponível em Acesso em: 27 de setembro de 2023.

ROVARON, M. **Os Ninguéns: institucionalização da infância e da adolescência no Brasil.** Revista Eletrônica Espaço Acadêmico, v. XX, p. 225-233, 2020.

SANTOS, B.R. **A cidadania de crianças e adolescentes.** São Bernardo do Campo: Editeo/Projeto Criança, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil. Tomo III.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. UNICEF. United Nations International Children's Emergency Fund. **Convenção sobre os Direitos das Crianças.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 13 de setembro de 2023.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão.** Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

## ÉTICA E DIREITO NA VISÃO DE IMMANUEL KANT

**KAROLYNE COLINO SANTANA:**

Bacharela em Direito. Assessora de Magistrado do Tribunal de Justiça de Pernambuco<sup>473</sup>.

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo principal a análise dos aspectos filosóficos de Immanuel Kant. Nesse viés, serão apontados os seus principais pensamentos e teorias, levando em consideração a sua biografia e o contexto histórico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ética. Direito. Teoria Kantiana.

**ABSTRACT:** The main objective of this study is to analyze the philosophical aspects inherent to ethics and law, in the view of Immanuel Kant. In this vein, his main thoughts and theories will be highlighted. Furthermore, his contribution to the study of law since modernity will be discussed.

### 1. INTRODUÇÃO

A filosofia moderna contou com a contribuição de diversos filósofos. Através de suas obras, foram desenvolvidas inúmeras teorias. Entre os referidos filósofos, merece destaque Immanuel Kant, cujos pensamentos reorientaram os rumos da filosofia moderna e contemporânea.

Kant visava a construção de um sistema que explicasse as regras da razão prática e da razão teórica. Suas análises caminhavam ao encontro de uma *“filosofia teórica, preocupada com a razão especulativa, uma filosofia prática cuja desdobração tem importante consequência para o seu pensamento ético e, talvez principalmente, para a sua filosofia do direito”*, segundo afirma Flamarío Tavares Leite, em sua obra 10 Lições sobre Kant.

Dessa forma, dentre as contribuições kantianas, estão as teorias referentes à origem do conhecimento e da ética, além de temas como a moral, o direito e a paz perpétua. No decorrer deste trabalho, que visa não somente apresentar os pensamentos mais relevantes deste filósofo prussiano para a ética da atualidade, mas também resgatar um pouco de sua bibliografia, será analisado todo o contexto histórico no qual estava inserido, bem como o seu vasto legado deixado para o estudo do direito.

### 2. DESENVOLVIMENTO

#### 2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

---

<sup>473</sup> E-mail: [karolcolino@hotmail.com](mailto:karolcolino@hotmail.com)

Para entender a ética Kantiana, é necessário compreender o contexto histórico em que viveu Immanuel Kant (1724-1804). A análise bibliográfica aponta que durante toda a sua vida, ele não se afastou de sua cidade natal, Königsberg, que era a capital da Prússia Oriental.

Além disso, demonstra-se que foi educado no sistema do pietismo Luterano (movimento oriundo do Luteranismo que valoriza as experiências individuais do crente, enfatizando a conversão pessoal, a santificação, a experiência religiosa, diminuição na ênfase aos credos e confissões, a necessidade de renunciar o mundo, a fraternidade universal dos crentes e uma abertura à expressão religiosa das emoções). Outrossim, na mesma época, a filosofia alemã estava marcada pela ampliada sensação de um grande potencial cultural limitado por um marco social e político muito estreito que, não obstante, foi fortemente influenciado pelo Iluminismo.

Kant desenvolveu uma filosofia mais tarde designada com Kanticismo, que representa a crítica mais radical à proposta de pensamento teocêntrico, que predominava na Idade Antiga e Média (400 a.c e 1400 d.c), chamada de "idade das trevas". Naquela época, tem-se que as pessoas acreditavam nas verdades absolutas pregadas pela Igreja Católica. Em razão do poder detido pela Igreja, a cultura medieval se espelhava nos pensamentos pregados por ela, no sentido de que o mundo era subordinado a Deus. Nessa perspectiva, não havia o emprego da razão, e sim da religiosidade para explicar a verdade dos fatos.

A Idade Moderna do ponto de vista filosófico, é uma ruptura, fazendo nascer o Iluminismo (movimento intelectual, que se desenvolveu na Europa dos séculos XVII e XVIII ("século das luzes", cujo termo foi atribuído em virtude da retomada da razão, do pensamento científico e da saída da "escuridão" em que vivia a sociedade até então, mergulhada nas limitações da educação estritamente religiosa, espiritual, e pouco crítica).

Foi nesse período que se consolidaram os alicerces de várias áreas do pensamento científico moderno, quebrando vários paradigmas, como os religiosos. O homem passava do modelo teocentrista para o antropocentrista. Os filósofos da época acreditavam que os conhecimentos partiam da razão humana, sendo um período marcado pela ciência.

As novas descobertas da ciência, em especial a teoria da gravitação universal de Isaac Newton, foram importantes para a eclosão do Iluminismo.

No ano de 1740 Kant ingressou na Universidade de Königsberg, onde estudou, entre outros, Wolff e Newton. Para Kant, a física Newtoniana era o símbolo do sucesso e do conhecimento verdadeiro que a ciência trouxe.

A filosofia de Kant mostrava não apenas que a física de Newton era o modelo exemplar de conhecimento científico, mas também que era o conhecimento lógico.

O iluminismo também precedeu a Revolução francesa (1789-1799), período onde a monarquia absolutista dava lugar a partidos de esquerda com os ideais: "liberdade, igualdade e fraternidade". Kant

mostrou interesse pela revolução, pela causa da Independência da América (1607 e 1733), sendo um verdadeiro partidário do sistema político-social dos que lutavam pela paz mundial permanente e pelo desarmamento das nações.

## 2.2 BIOGRAFIA

Immanuel Kant, conhecido por ser o último grande filósofo da era moderna, nasceu no dia 22 de abril de 1724, em Königsberg, uma pequena cidade universitária e centro comercial ativo, localizada na Prússia Oriental. Kant foi o quarto de nove filhos de um artesão fabricante de arreios para cavalgadas. Teve uma vida modesta e sua educação foi baseada no pietismo, movimento encetado dentro do protestantismo luterano, segundo o qual a verdadeira religiosidade baseava-se na autonomia da consciência, na piedade particular e nas obras de misericórdia, sendo o dogma secundário ou supérfluo.

Aos 8 anos iniciou os estudos num colégio protestante, o colégio Fredericianum. Posteriormente, em 1740 ingressou na Universidade de Königsberg, onde se formou nas áreas de filosofia e matemática.

Em 1746 quando seu pai morreu, ele passou por dificuldades financeiras e forçosamente largou os estudos. Para se sustentar, durante quase dez anos ele foi professor particular em residências de famílias abastadas da Prússia Oriental. Kant aprendeu rapidamente os modos da elite de sua época.

Em 1755, quando concluiu o doutorado em filosofia, estudando também física e matemática, tornou-se livre-docente conferencista associado da Universidade de Königsberg, onde em 1770 foi nomeado professor catedrático de lógica e metafísica. Além disso, foi professor de Física, Antropologia, Geografia, Lógica, Metafísica, dentre outras disciplinas.

A obra de Kant foi dividida em duas principais fases: pré-crítica e crítica. Na fase pré-crítica, período que durou até 1770, diz respeito à filosofia conhecida como dogmática - as ideias colocadas apresentam-se como certas e indiscutíveis - recebeu influência de Gottfried Wilhelm von Leibniz, filósofo, cientista, matemático, diplomata e bibliotecário alemão e Christian von Wolff, importante filósofo alemão.

A segunda fase fala sobre o período em que se sai do transe da "letargia dogmática" graças ao choque que a filosofia do famoso filósofo Hume provocou.

Kant publicou "A Crítica da Razão Pura", "Crítica da Razão Prática" "Crítica da Faculdade de Julgar", obras nas quais evidencia o contra-senso de se estabelecer um princípio filosófico que estude a essência dos seres antes que se tenha antecipadamente averiguado o alcance de nossa capacidade de conhecimento. O autor demonstrou enorme simpatia pela causa da Independência da América e em seguida pela Revolução Francesa.

Era conhecido por ser um homem metódico e de saúde frágil. Não se casou, nem teve filhos, dedicando toda sua vida à elaboração de uma das obras mais importantes da história da filosofia.

O seu pai era um homem que pregava a verdade como preceito de vida. Uma porção significativa da austeridade ética de Kant provavelmente veio de seu lar. Escreveria que - nunca teve lugar na casa paterna qualquer coisa que não se adequasse à veracidade e à decência.

O filósofo apreciava a literatura em forma de sátira. Se, por um lado, mostrava pouco interesse pela música, pela pintura, em contrapartida, tinha uma profunda simpatia pela poesia. Foi descrito como um homem jovial que encorajava as pessoas a buscarem a verdade.

Kant parou de lecionar em 1796. Alguns, como Fichte, escreveram mostrando que a alegria jovial que durante toda a vida tinha acompanhado o filósofo agora desaparecia. Aos poucos, as capacidades mentais declinaram. O filósofo já não reconhecia os amigos e não conseguia concatenar raciocínios os mais simples. Morreu em fevereiro de 1804.

## **2.3 TEORIAS DE IMMANUEL KANT**

Kant foi um grande filósofo que observou vários elementos, tanto na sociedade, quanto na natureza, criando diversas teorias que se encontram nas raízes de várias correntes de pensamentos da modernidade. Dentre essas teorias, destacam-se as seguintes:

### **2.3.2 TEORIA DO CONHECIMENTO**

Immanuel Kant iniciou as suas investigações filosóficas em um período marcado pela dicotomia do conhecimento, em que havia de um lado o conhecimento dogmático, do outro, o empirista. Dessa forma, observa-se, primeiramente, que ele adotou as ideologias propostas pela dogmática, contudo, após estudos aprofundados das obras de David Humes, releva, este, ter acordado de um "sono dogmático".

Foi examinando os pensamentos empiristas que Kant passou a se questionar a respeito dos limites do conhecimento, "o que é conhecer?", "como se adquire este conhecimento?", além de "até onde a razão humana pode conhecer?". Perguntas que o levaram a criação de sua própria teoria em relação a origem do conhecimento.

Ao iniciar o desenvolvimento de seus pensamentos, Kant se deparou com duas teorias completamente divergentes que também analisavam de onde surgia o conhecimento: Teoria Racionalista e Teoria Empirista. A primeira acreditava ser o conhecimento originado exclusivamente da razão, sendo intrínseco ao ser humano, isto é, um conhecimento puro ou a priori; enquanto a segunda acreditava ser as experiências a base originária do conhecimento, sendo esse a posteriore.

Baseando-se nessas duas teorias, Kant propôs juízos ou formas de conhecimento. O juízo analítico era, para ele, uma forma de conhecimento lógica, dedutiva e segura, além de universal e

necessária, porém isenta da capacidade de gerar novos conhecimentos, sendo insuficiente. O juízo sintético, por outro lado, levava a novos conhecimentos, contudo era inseguro e sensitivo, também sendo, por si só, insuficiente. Assim, propõe o filósofo, uma terceira forma de pensamento: sintético a priori.

Os seres humanos não conheciam os objetos em si, conheciam apenas como esses eram percebidos pelos seus sentidos, isto é, só seria possível conhecer as coisas enquanto fenômenos. É a partir desse entendimento que afirma Kant ser o conhecimento possível devido a relação entre sujeito e objeto, uma vez que os objetos constituíam a matéria do conhecimento, enquanto que os sujeitos, a forma. Para ele, os objetos davam aos sujeitos impressões as quais seriam captadas devido as sensações. Contudo, tais impressões só possuiriam sentido quando organizadas em relação ao tempo e ao espaço (elementos considerados a priori e interiores aos seres humanos) pelo entendimento. Dessa forma, observa-se ser o conhecimento, para Kant, uma síntese entre sensibilidade e entendimento.

A Teoria do Conhecimento é vista como uma base do Criticismo Kantiano, sendo observada na obra "Crítica da Razão Pura", em que é possível notar Immanuel Kant buscando alcançar uma revolução na forma de conceber a relação entre o sujeito e o objeto do conhecimento, tal qual fez Nicolau Copérnico com sua teoria heliocêntrica. Assim, conclui Kant que os objetos da natureza se apresentavam conforme as leis da razão, que os limites da razão eram a pura experiência, além de os juízos sintéticos a priori constituírem os pressupostos fundamentais das ciências naturais e do pensamento moral.

### **2.3.3 TEORIA ÉTICA**

A ética kantiana é dita como revolucionária, pois tem preocupações peculiares e marcantes em sua época. Sua maior preocupação está em dizer que a razão humana é insuficiente para alcançar o modelo ideal de realização da felicidade humana. O criticismo, segundo Kant, detecta na razão um instrumento incapaz de fornecer todas as explicações do existir, do querer e do escolher eticamente. O sistema racional é insuficiente para a resolução do conflito ético, ele desenvolverá um imperativo categórico, de acordo com leis morais (expressado por maximas) que dará universalidade a uma lei absoluta e igual para todos (legislação universal).

Todos os preceitos kantianos remetem a um só imperativo, não existem variáveis ou multiplicidade de idéias. O dito por ele sendo *a priori* não deriva da experiência e sim da pura razão, ou seja, é válido independente de qualquer condição ou imposição empírica.

O mais importante deles é o imperativo categórico, que não tem em vista a felicidade em si, mas de sua observância decorre a felicidade. O imperativo hipotético guiará o homem a alcançar seus objetivos mais práticos.

A ética, por consequência, é um compromisso de seguir o próprio preceito ético fundamental, e pelo fato de segui-lo em si e por si. Estar conforme o dever não é o mesmo que segui-lo pelo só fato de se tratar do dever. O agir moral deve ser feito para estar de acordo com o imperativo categórico, essa é a suma ética. A beatitude da felicidade se da estar conforme o dever pelo dever.

A autonomia no sistema ético indicará que todo homem tem o domínio de si, fazer uso de outrem afetará a moral e afrontará o dever. A moral é liberta de qualquer heteronomia, será considerada a suprema liberdade em conjunto com o dever e os imperativos categóricos. A liberdade está intrínseca à vontade que condiciona uma voluntariedade nas ações humanas. Nessa cadeia de implicações, extrai-se que o ser kantiano ético significa agir conforme o dever, inclusive em detrimento dos próprios desejos, tendências e inclinações.

A máxima tem efetivamente uma forma, uma matéria e uma determinação integral. A forma fala da universalidade como leis e fórmulas morais, a matéria diz que o ser racional tem de servir como fim por sua natureza e a determinação integral fala que todas as máximas têm que concordar entre si, como um reino da natureza. Kant foi criticado por ser abstrato em suas teorias e não descobrir um elixir da felicidade, ele apenas estava idealizando um perfeccionismo, absoluto e categórico.

#### **2.3.4 TEORIA DO DIREITO**

Para Kant, o direito é a forma universal de coexistência dos arbítrios dos simples. Enquanto tal, é a condição ou o conjunto das quais os homens podem conviver entre si, ou limite da liberdade de cada um, da maneira que todas as liberdades externas possam coexistir segundo uma lei universal. Finalmente, o direito é o que possibilita a livre coexistência dos homens, a coexistência em nome da liberdade, porque somente onde a liberdade é limitada, a liberdade de um não se transforma numa não liberdade para os outros, e cada um pode usufruir da liberdade lhe é concedida pelo direito de todos os outros de usufruir de uma liberdade igual à dele. A pacificidade do convívio é a meta das normas jurídicas.

#### **2.3.5 DIREITO E MORAL**

Distingue no sistema kantiano, o direito e a moral como duas partes de um mesmo todo unitário, a saber, duas partes que se relacionam à exterioridade e à interioridade, uma vez que relacionadas à liberdade interior e à liberdade exterior. O agir ético, está relacionado ao cumprimento do dever pelo dever. Já o agir jurídico pressupõe outros fins, outras metas, outras necessidades interiores e exteriores para que se realize. A grande diferença entre a moralidade e a juridicidade de uma ação. A moralidade quer dizer autonomia, liberdade, dever de auto-convencimento. A juridicidade pressupõe a coercitividade, que é a força da disciplina, caso não siga você é punido.

#### **2.3.6 TEORIA DA PAZ PERPÉTUA**

Kant, após fazer suas análises em relação ao Direito, passou a defender a ideologia de que os homens, inicialmente, viviam em um estado de natureza no qual as liberdades eram ilimitadas, havendo,



assim, diversas guerras entres esses, ou seja, viviam um estado de guerra. Adotando os pensamentos dos contratualistas (Hobbes, Locke e Rosseau), afirmou ser os seres humanos capazes se saírem desse estado de guerra somente quando assinassem um contrato social, passando a viver em um estado jurídico civil, esse federalista, havendo o triunfo total do Direito. Com a afirmação do Direito dentro do estado jurídico civil, observava-se a garantia das liberdades e o alcance da paz perpétua.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O legado deixado por Kant é bastante denso, sobretudo pelo fato dele haver dedicado toda sua vida à filosofia. Ele foi um pensador de extrema importância para o período crítico, bem como para os dias atuais. Suas obras deixaram um grande marco na filosofia. Uma de suas obras, a “Crítica da Razão Pura”, trata sobre a tese kantiana a respeito da existência, um dos pontos centrais da ontologia kantiana. A noção de existência no período crítico é de extrema importância para a compreensão das teses propostas por Kant, bem como para as implicações epistemológicas de sua obra.

A influência cartesiana começa no momento em que Kant deixa de aceitar o realismo de Aristóteles, ou seja, ele não mais acreditava que, na filosofia, o objeto é reconhecido na realidade. Ele começa a tratar tal ideia como “ingênua” por acreditar que podemos alcançar a essência das coisas nelas mesmas.

Ao longo de muitos anos as ideias de Kant foram difundidas, estimulando os estudos de diversos filósofos e pesquisadores, que sempre ressaltam a sua importância para a filosofia moderna.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BITTAR, Eduardo C.B. ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do Direito**. São Paulo, Atlas, 2001, p. 270 – 280.

SNOUR, Soraya. **O legado de Kant à filosofia do direito**. São Paulo, Brasil, Universidade Nove de Julho, 2004.

## **A HOLDING FAMILIAR FRENTE À NOVA REFORMA TRIBUTÁRIA: PERSPECTIVAS E DESAFIOS**

**IGOR BORTOLUZZI FLORES:**

Bacharel em Direito pela Uniritter.

**RESUMO:** O texto aborda a reforma tributária no Brasil e seu impacto nas holdings familiares, estruturas essenciais na gestão de patrimônio e planejamento sucessório. A reforma altera significativamente o cenário tributário, especialmente no que tange ao ITCMD, que agora se baseia no Estado de residência do falecido, limitando a flexibilidade para o planejamento tributário. Diante disso, torna-se crucial repensar as estratégias para as holdings familiares, adaptando-as às novas regulamentações. O papel do advogado especialista em holdings familiares ganha destaque, sendo fundamental para entender as mudanças legislativas, adaptar estratégias existentes e desenvolver novas, assegurando a conformidade com as leis atuais. A capacidade de adaptação e inovação é vital neste novo contexto, ressaltando a importância do aconselhamento jurídico especializado e atualizado.

**Palavras-chave:** Reforma tributária, Holdings familiares, Gestão de patrimônio, Planejamento sucessório, ITCMD, Estratégias tributárias, Consultoria jurídica, Adaptação legislativa.

A recente proposta de reforma tributária no Brasil trouxe à tona questões críticas relacionadas às holdings familiares. Como especialista na área, percebo que, embora o cerne da análise e as conclusões permaneçam os mesmos, é essencial abordar o tema sob uma nova luz para compreender plenamente o impacto dessas mudanças.

### **O Papel Vital das Holdings Familiares na Gestão de Patrimônio**

As holdings familiares têm desempenhado um papel crucial no gerenciamento eficiente do patrimônio e na transmissão de bens entre gerações. Essas estruturas não apenas simplificam a gestão de ativos familiares, mas também oferecem benefícios fiscais significativos, especialmente em termos de impostos sobre heranças e doações.

### **Mudanças Impostas pela Reforma Tributária**

Com a reforma tributária proposta, o cenário para as holdings familiares está prestes a mudar drasticamente. A principal alteração é a nova regulamentação do ITCMD, que agora vincula a cobrança do imposto ao Estado de residência do falecido, em vez de permitir a escolha do local de processamento do inventário. Essa mudança restringe a flexibilidade anteriormente disponível para o planejamento tributário.

## **Repensando Estratégias para Holdings Familiares**

Neste novo contexto, é imperativo visitar e ajustar o modelo de holding familiar. A estratégia de escolher um local favorável para o processamento do inventário pode não ser mais aplicável, exigindo uma reavaliação profunda do modelo de holding familiar e a busca por novas abordagens que estejam em conformidade com as novas leis.

## **A Importância da Consultoria Jurídica Especializada**

Neste cenário de mudanças, o papel do advogado especialista em holdings familiares torna-se ainda mais crucial. Nossa responsabilidade é não apenas entender as mudanças legislativas, mas também adaptar as estratégias existentes e desenvolver novas para garantir que as holdings familiares continuem a oferecer seus benefícios dentro das novas regras legais.

A reforma tributária apresenta desafios significativos para as holdings familiares. Como especialistas jurídicos, devemos estar preparados para orientar nossos clientes através dessas mudanças, assegurando que suas estratégias de planejamento sucessório sejam eficientes e estejam em conformidade com a legislação atual. A capacidade de se adaptar e inovar será essencial neste novo ambiente, destacando a importância de um aconselhamento jurídico especializado e atualizado.

## O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

**GABRIEL CARDOSO LOPES:** Pós-graduação *lato sensu* em Direitos Difusos e Coletivos e Assessor Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia<sup>474</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo principal realizar uma análise da jurisprudência recente dos Tribunais Superiores acerca do Sistema Único de Saúde (SUS) enquanto instrumento concretizador do direito à saúde, assim entendido como direito fundamental social de segunda dimensão. Apresenta como problema o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Poder Judiciário brasileiro e a inexistência de segurança jurídica acerca da temática no âmbito dos Tribunais Superiores. Constatou-se que a ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial, bem como que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal têm relativizado tal premissa em situações específicas quando constatada a mora da agência reguladora. É estudado, também, o dissenso entre os referidos Tribunais acerca da competência jurisdicional para processar e julgar as ações que têm como pedido o fornecimento de medicamento registrado na Anvisa, mas não incorporado ao SUS, matéria afetada para julgamento pela Suprema Corte, sob o Tema n.º 1.234 da Repercussão Geral. O método de abordagem deste artigo baseia-se em pesquisa bibliográfica e utiliza o método dedutivo.

**Palavras-chave:** Direito à saúde; Sistema Único de Saúde (SUS); Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); Medicamentos experimentais; Jurisprudência; Superior Tribunal de Justiça; Supremo Tribunal Federal; Competência. Tema n.º 1.234 da Repercussão Geral.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo realiza uma abordagem do papel do Sistema Único de Saúde (SUS) na concretização, do direito à saúde, e a importância da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) no processo de registro dos medicamentos no território nacional.

---

474 E-mail: cardosolopes.gabriel@gmail.com

Nesta senda, nota-se que apesar de a ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impedir, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem diversos julgados flexibilizando tal preceito em algumas hipóteses quando constatada a mora da agência reguladora.

O presente artigo busca demonstrar que a existência de grande dissenso jurisprudencial e a necessidade de pacificação da matéria a fim de conferir segurança jurídica tanto para os profissionais de saúde e gestores públicos, quanto para a população que depende do Sistema Único de Saúde (SUS).

A metodologia utilizada no trabalho baseia-se em pesquisa bibliográfica, tendo em vista que se utiliza da legislação brasileira, de artigos de recursos informativos, dissertações, revistas, utilizando o método dedutivo.

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA)**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), em seu art. 196, dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A fim de dar concretude ao direito social acima mencionado, a Carta Magna prevê em seu art. 198 que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e III - participação da comunidade.

De acordo com Souza<sup>475</sup> (2016, p. 37-38), as disposições constitucionais acerca do direito à saúde "são fruto do movimento sanitário, que teve como marco a VIII (Conferência Nacional da Saúde (CNS)", sendo certo que tais artigos preveem "a obrigação do Estado em prover o acesso às ações e serviços de saúde, como o sistema deve ser organizado, as diretrizes, a participação complementar da rede privada e algumas das atribuições do

---

<sup>475</sup> SOUZA, Natale Oliveira de. **Legislação do SUS esquematizada e comentada**. Salvador: SANAR, 2016, p. 37-38.

sistema único de saúde. [...] é a partir dessa Carta Magna que a saúde passa a ser incluyente, ou seja, universal e igualitária. Sendo mais clara: aqui nasce o SUS”.

O Sistema Único de Saúde (SUS) abrange desde o simples atendimento para avaliação da pressão arterial, por meio da Atenção Primária, até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Com a sua criação, o SUS consagrou a chamada atenção integral à saúde, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida, visando a prevenção e a promoção da saúde.

A esse respeito, precisos os esclarecimentos de Souza<sup>476</sup> (2016, p. 40):

[...] 1. Atenção Primária: equivale, após a Portaria 2.488/11, à atenção básica. Nesse nível, as ações e serviços de saúde são executadas pelas Equipes de Saúde da Família (ESF), Equipes de Agentes comunitários de saúde (EACS), Núcleos de Apoio à Saúde da Família (NASF), dentre outros espaços da rede que estão mais próximos da comunidade e, por esse motivo, deve existir vínculo e corresponsabilidade.

2. Atenção Secundária: nesse nível, as ações são executadas pelas especialidades ou clínicas de especialistas. Observe que, quanto maior a complexidade, mais afastados da comunidade os profissionais estão.

3. Atenção Terciária: nível onde as ações são executadas nos hospitais de grande porte e hospitais universitários.

A gestão das ações e dos serviços de saúde deve ser solidária e participativa entre os três entes da Federação: a União, os Estados e os municípios. A rede que compõe o SUS é ampla e abrange tanto ações quanto os serviços de saúde. Engloba a atenção primária, média e alta complexidades, os serviços urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica<sup>477</sup>.

---

476 SOUZA, Natale Oliveira de. **Legislação do SUS esquematizada e comentada**. Salvador: SANAR, 2016, p. 40.

477 Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sus>>. Acesso em: nov. 2023.

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi disciplinado e regulamentado pela Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. De acordo com Souza<sup>478</sup> (2016, p. 57), “[...] essa lei aborda as condições para promover, proteger e recuperar a saúde, além da organização e o funcionamento dos serviços também relacionados à saúde. Por meio desta lei, as ações de saúde passaram a ser regulamentadas em todo território nacional. [...] A descentralização político-administrativa é reforçada na forma da municipalização dos serviços e das ações de saúde, com redistribuição de atribuições e recursos em direção aos municípios - Descentralização com ênfase na municipalização”.

Ocorre que, passados mais de três décadas desde a sua criação, o sistema apresenta diversas mazelas, o que resulta em desafios hercúleos tanto para os profissionais de saúde e gestores públicos, quanto para a população que dele depende.

Nesse contexto, verifica-se que com o fortalecimento de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, bem como com a ampliação do acesso à informação, os cidadãos têm recorrido cada vez mais ao Poder Judiciário na tentativa de ter assegurado seu direito à saúde.

Ciente disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n.º 31 de 2010, com o objetivo de orientar os tribunais na solução de lides que envolvam a o direito à saúde. Na oportunidade, assim elencou as razões que tornaram conveniente e oportuna a elaboração do referido ato:

CONSIDERANDO o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Poder Judiciário brasileiro e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais;

CONSIDERANDO a relevância dessa matéria para a garantia de uma vida digna à população brasileira;

CONSIDERANDO que ficou constatada na Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões relativas às demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestações de saúde, a carência de informações clínicas prestadas aos

---

478 SOUZA, Natale Oliveira de. **Legislação do SUS esquematizada e comentada**. Salvador: SANAR, 2016, p. 57.

magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas;

CONSIDERANDO que os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes;

CONSIDERANDO as reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde;

CONSIDERANDO a menção, realizada na audiência pública nº 04, à prática de alguns laboratórios no sentido de não assistir os pacientes envolvidos em pesquisas experimentais, depois de finalizada a experiência, bem como a vedação do item III.3, "p", da Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde;

CONSIDERANDO que, na mesma audiência, diversas autoridades e especialistas, tanto da área médica quanto da jurídica, manifestaram-se acerca de decisões judiciais que versam sobre políticas públicas existentes, assim como a necessidade de assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS;

CONSIDERANDO, finalmente, indicação formulada pelo grupo de trabalho designado, através da Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009, do Ministro Presidente do Conselho Nacional de Justiça, para proceder a estudos e propor medidas que visem a aperfeiçoar a prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde;

CONSIDERANDO a decisão plenária da 101ª Sessão Ordinária do dia 23 de março de 2010 deste E. Conselho Nacional de Justiça, exarada nos autos do Ato nº 0001954-62.2010.2.00.0000;

Por outro lado, tendo em vista que o crescente número de demandas que chegam aos Tribunais Superiores, esses, com o fito de pacificar a jurisprudência e, assim, proporcionar segurança jurídica aos usuários, colaboradores e gestores públicos, vem



prolatando diversos julgados de importância ímpar tanto na seara acadêmica, quanto no âmbito prático.

Segundo Mansur e Oliveira<sup>479</sup> (2006, p. 15), “ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) compete dar a última palavra sobre a interpretação das normas infraconstitucionais, a partir das decisões dos Tribunais Estaduais (2ª. instância), entre eles o TJ/SP. Nesse sentido, dentre as suas competências (especificadas no artigo 105 da Constituição Federal) consta verificar se as decisões de 2ª. instância ofendem lei federal vigente no país, mediante provocação da parte vencida por meio de recurso especial. [...] Por fim, o Supremo Tribunal Federal (STF) apresenta-se como o órgão máximo do sistema judiciário brasileiro, sendo competente para julgar os recursos interpostos contra decisões sob alegação de contrariedade à Constituição Federal”.

Uma das temáticas mais recorrentes é se o Estado, assim entendido o Poder Executivo, pode ser obrigado pelo Poder Judiciário a fornecer medicamentos não registrados na Anvisa, é dizer, os chamados “medicamentos experimentais”.

Criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro 1999, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) é uma agência reguladora, sob a forma de autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, está presente em todo o território nacional por meio das coordenações de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados. A agência reguladora exerce o controle sanitário de todos os produtos e serviços (nacionais ou importados) submetidos à vigilância sanitária, tais como medicamentos, alimentos, cosméticos, saneantes, derivados do tabaco, produtos médicos, sangue, hemoderivados e serviços de saúde<sup>480</sup>.

## 2. MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS

Em 2019, no julgamento do RE 657.718/MG, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. Em outras palavras, a ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.

---

<sup>479</sup> MANSUR, Nacime; e OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. **O médico e a justiça**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006, p. 15.

<sup>480</sup> Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoainformacao/institucional>>. Acesso em: nov. 2023.

Entretanto, ciente da precariedade da agência reguladora, bem como das dificuldades enfrentadas no âmbito do Sistema Único de Saúde, a Suprema Corte estabeleceu ser possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido, desde que preenchidos três requisitos.

O primeiro deles é que exista pedido de registro do medicamento no Brasil, exceto em caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras, situações nas quais se revela irrazoável exigir tal condicionante.

O segundo requisito é que o medicamento já tenha sido registrado em renomadas agências de regulação no exterior, circunstância que faz presumir, ainda que precariamente, a sua segurança e eficácia.

Por fim, o terceiro requisito é que inexista substituto terapêutico com registro no Brasil, pois, do contrário, faltaria interesse processual, uma vez que o paciente teria suas necessidades atendidas por meio de medicamento já conhecido e aprovado pela agência reguladora.

O STF registrou, ainda, que as ações que demandam fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União, logo, na Justiça Federal, tendo em vista a natureza de autarquia federal da agência reguladora.

O raciocínio dos Ministros, então, foi o de que, malgrado o medicamento ainda seja experimental no Brasil, em decorrência de mora da Anvisa, como já houve registro em outros países, é razoável presumir a sua segurança, viabilizando, então, o seu fornecimento.

Em 2021, ao julgar o RE 1.165.959/SP, o Plenário do STF entendeu que o Estado pode ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na Anvisa, se a sua importação estiver autorizada, se ele se mostrar imprescindível ao tratamento e se houver incapacidade financeira do paciente.

Dito de outro modo, constatada a incapacidade financeira do paciente, o Estado deve fornecer medicamento que, apesar de não possuir registro sanitário, tem a importação autorizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Para tanto, devem ser comprovadas a imprescindibilidade do tratamento e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação e dos protocolos de intervenção terapêutica do Sistema Único de Saúde (SUS).

Nessa oportunidade, a Suprema Corte entendeu que muito embora a Anvisa ainda não tenha registrado o medicamento, a própria agência reguladora já autorizou a sua importação, donde se presume a segurança e eficácia do fármaco.

Por derradeiro, não seria arrazoado proibir o seu fornecimento no país, se acaso demonstrado, no caso concreto, a imprescindibilidade clínica do tratamento, assim entendida como a impossibilidade de substituição por outro medicamento disponível no SUS, bem como a hipossuficiência do paciente para a sua aquisição na rede privada.

Pode acontecer, também, de o medicamento possuir registro na Anvisa, porém, ainda não ter sido incorporado em ato normativo do SUS.

A esse respeito, em 2018, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 1.657.156-RJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos, definiu que a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa de três requisitos.

O primeiro deles é a comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS. Isso porque, caso já exista fármaco eficaz para o tratamento do paciente, desnecessário que o Estado seja condenado a fornecer outro medicamento ao paciente.

O segundo, é a incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito, uma vez que, em se tratando de indivíduo com recursos financeiros suficientes, lhe é facultado adquirir o medicamento de sua preferência na rede privada.

O terceiro e último requisito é a existência de registro do medicamento na Anvisa, observados os usos autorizados pela agência, isto é, em regra, não é possível o uso off-label.

Entendeu o STJ, então, que por se tratar de situação excepcional, o Poder Judiciário até pode obrigar o Poder Executivo a fornecer medicamento não incorporado ao SUS, entretanto, faz-se necessário que a sua indicação de uso tenha sido autorizada pela Anvisa.

Isso significa que, ainda que a prática clínica demonstre que o fármaco destinado à doença 1 também se revela eficaz para a doença 2, não havendo autorização de uso por parte da Anvisa para a segunda enfermidade, o Poder Judiciário não pode determinar o

fornecimento do medicamento para tratar a doença 2, mas apenas e tão somente para a doença 1.

Como já se poderia antever, em 2021, no julgamento do PUIL 2101-MG, o Superior Tribunal de Justiça relativizou sua jurisprudência para estabelecer que, em regra, não é possível que o paciente exija do poder público o fornecimento de medicamento para uso off-label, entretanto, excepcionalmente, será possível que o paciente exija o medicamento caso o uso fora da bula (off-label) tenha sido autorizado pela ANVISA.

A lógica do STJ é que apesar de o medicamento não ter sido originariamente registrado para aquele uso requerido, o paciente pode solicitar à Anvisa a autorização para o seu uso off-label, hipótese em que o SUS passará a ser obrigado a fornecer o fármaco, como se incorporado fosse.

### **3.COMPETÊNCIA**

Nessa linha intelectual, quanto à (in)existência de incorporação do medicamento ao Sistema Único de Saúde, paira na jurisprudência do STF e do STJ grande dissenso acerca do ramo da Justiça competente para processar e julgar os feitos relacionados a medicamentos registrados na Anvisa, mas não incorporados ao SUS.

Acerca do tema, calha fazer breve digressão.

Em 2022, ao julgar o RMS 68.602-GO e o CC 182.080-SC, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que em ação que pretende o fornecimento de medicamento registrado na Anvisa, ainda que não incorporado em atos normativos do SUS, é prescindível – dispensável – a inclusão da União no polo passivo da demanda.

Para tanto, fundamentou que em demandas relativas a direito à saúde, é incabível ao juiz estadual determinar a inclusão da União no polo passivo da demanda se a parte requerente optar pela não inclusão, ante a solidariedade dos entes federados.

Entretanto, também em 2022, no julgamento do Rcl 49593 AgR e do RE 1286407 AgR-segundo/PR, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de ser obrigatória a inclusão da União no polo passivo de demanda na qual se pede o fornecimento gratuito de medicamento registrado na Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas não incorporado aos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Sistema Único de Saúde (SUS).

A jurisprudência de ambas as Turmas da Suprema Corte têm consolidado o entendimento no sentido de que, quer na hipótese em que o fármaco já se encontre incorporado às políticas públicas do SUS, ou naquela em que ele ainda não tenha recebido

a devida padronização ou incorporação ao sistema, presente se revela a necessidade da formação de um litisconsorte necessário na ação de origem, ante o dever de a autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competência e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Num primeiro momento, pensou-se que a celeuma havia findado, com a posição do STF, assim sintetizada por Cavalcante<sup>481</sup>:

Em regra, a demanda pode ser proposta em face de qualquer dos entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal, Municípios), isolada, ou conjuntamente. Entretanto, deve-se atentar para as seguintes diretrizes:

a) tratando-se de medicamento não padronizado/incorporado no RENAME/SUS, a UNIÃO deve necessariamente compor o polo passivo da lide; assim, a competência para julgar a lide é da Justiça Federal;

b) no caso de medicamento padronizado no RENAME/SUS, porém cuja distribuição/financiamento está sob a responsabilidade exclusiva da UNIÃO, por exemplo, em razão dos altos custos dos medicamentos ou tratamentos oncológicos, a UNIÃO deve necessariamente compor o polo passivo da lide; assim, a competência para julgar a lide é da Justiça Federal;

c) medicamentos não registrados na ANVISA, devem ser postulados necessariamente em face da UNIÃO, consoante fixado no Tema 500 da repercussão geral, logo, a competência é da Justiça Federal.

Contudo, o novo capítulo dessa disputa entre os Tribunais Superiores veio à tona em 2023, com o julgamento do Incidente de Assunção de Competência (IAC) n.º 14 pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na ocasião, o STJ, em flagrante oposição ao STF, decidiu que:

---

481 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Em demandas relativas a direito à saúde, o juiz pode determinar a inclusão da União no polo passivo da demanda se a parte requerente optou pela não inclusão?** Buscador      Dizer      o      Direito,      Manaus.      Disponível      em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/92316afaabe71e3e55c62c02659c6d5d>>. Acesso em: 13/11/2023.

A) Nas hipóteses de ações relativas à saúde intentadas com o objetivo de compelir o Poder Público ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na dispensação de medicamentos não inseridos na lista do SUS, mas registrado na ANVISA, deverá prevalecer a competência do juízo de acordo com os entes contra os quais a parte autora elegeu demandar.

B) As regras de repartição de competência administrativas do SUS não devem ser invocadas pelos magistrados para fins de alteração ou ampliação do polo passivo delineado pela parte no momento da propositura da ação, mas tão somente para fins de redirecionar o cumprimento da sentença ou determinar o ressarcimento da entidade federada que suportou o ônus financeiro no lugar do ente público competente, não sendo o conflito de competência a via adequada para discutir a legitimidade ad causam, à luz da Lei nº 8.080/90, ou a nulidade das decisões proferidas pelo Juízo estadual ou federal, questões que devem ser analisadas no bojo da ação principal.

C) A competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88, é determinada por critério objetivo, em regra, em razão das pessoas que figuram no polo passivo da demanda (competência *ratione personae*), competindo ao Juízo federal decidir sobre o interesse da União no processo (Súmula 150/STJ), não cabendo ao Juízo estadual, ao receber os autos que lhe foram restituídos em vista da exclusão do ente federal do feito, suscitar conflito de competência (Súmula 254/STJ).

Em setembro de 2022, a controvérsia já havia sido afetada como Tema 1.234 (RE 1.366.243) a fim de que o STF discutisse a “Legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS.”

Todavia, após o julgamento do IAC 14 pelo STJ, em abril de 2023, o STF concedeu tutela provisória para estabelecer que, até o julgamento definitivo do Tema 1.234 da Repercussão Geral, sejam observados os seguintes parâmetros:

1. nas demandas judiciais envolvendo medicamentos ou tratamentos padronizados [pelo SUS]: a composição do polo passivo deve observar a repartição de responsabilidades estruturada no Sistema

Único de Saúde, ainda que isso implique deslocamento de competência, cabendo ao magistrado verificar a correta formação da relação processual;

2. nas demandas judiciais relativas a medicamentos não incorporados [ao SUS]: devem ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, sendo vedada, até o julgamento definitivo do Tema 1.234 da Repercussão Geral, a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo;

3. diante da necessidade de evitar cenário de insegurança jurídica, esses parâmetros devem ser observados pelos processos sem sentença prolatada; diferentemente, os processos com sentença prolatada até a data desta decisão (17 de abril de 2023) devem permanecer no ramo da Justiça do magistrado sentenciante até o trânsito em julgado e respectiva execução;

4. ficam mantidas as demais determinações contidas na decisão de suspensão nacional de processos na fase de recursos especial e extraordinário.

Pois bem. Ao que tudo indica, esse vai-e-vem jurisprudencial está com os dias contados, pois, com o julgamento do Tema 1.234 da Repercussão Geral, o Superior Tribunal de Justiça terá de se curvar ao entendimento da Suprema Corte.

Até lá, remanesce a insegurança jurídica, amenizada recentemente com a antecipação dos efeitos da tutela acima explicitada, de modo que, ao menos por ora, as ações que têm como pedido o fornecimento de medicamento registrado na Anvisa, mas não incorporado ao SUS, devem ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, estando proibida a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo.

## **CONCLUSÃO**

O presente artigo teve como principal finalidade demonstrar a existência de grande dissenso jurisprudencial no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) quando inexistente registro pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Constata-se que a concretização do direito à saúde depende da pacificação da matéria como meio de conferir segurança jurídica aos profissionais de saúde; aos gestores públicos e, principalmente, à população que depende do Sistemas Único de Saúde (SUS).

Demais disso, verifica-se que a ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial, bem como que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal têm relativizado tal premissa em situações específicas quando constatada a mora da agência reguladora.

Por fim, conclui-se que até o julgamento do Tema n.º 1.234 da Repercussão Geral, as ações que têm como pedido o fornecimento de medicamento registrado na Anvisa, mas não incorporado ao SUS, devem ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, estando proibida a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

SOUZA, Natale Oliveira de. Legislação do SUS esquematizada e comentada. Salvador: SANAR, 2016

MANSUR, Nacime; e OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. O médico e a justiça. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006

STF. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 (repercussão geral) (Info 941)

STF. Plenário. RE 1165959/SP, Rel. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/6/2021 (Repercussão Geral – Tema 1161) (Info 1022).

STJ. 1ª Seção. EDcl no REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018 (recurso repetitivo) (Info 633).

STJ. 1ª Seção. PUIL 2101-MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 10/11/2021 (Info 717).

STJ. 2ª Turma. RMS 68.602-GO, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

STJ. 1ª Seção. AgInt no CC 182.080-SC, Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região), julgado em 22/06/2022 (Info 742)



STJ. 1ª Seção. CC 188.002-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 12/4/2023 (IAC 14) (Info 770).

STF. 1ª Turma. RE 1286407 AgR-segundo/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 26/4/2022 (Info 1052).

STF. 2ª Turma. Rcl 49593 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 29/08/2022.

STF. Plenário. RE 1366243 TPI-Ref, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19/04/2023.