

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1131

(Ano XIV)

(31/12/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

QR Code do Volume 1131



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

**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1131, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 396 *ffs.*

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



**Boate Kiss: o dolo eventual e a presunção de inocência**  
*Moacir Leopoldo Haeser, 08.*

### ARTIGOS

**A destinação da receita de infoprodutos após a morte de seu titular**

*Italo Nogueira de Moro e Sergio Milanez Gomes, 11.*

**A impenhorabilidade do bem de família**

*Alice Maira Senha de Souza, 28.*

**A indústria do dano moral no âmbito dos juizados especiais e o papel do magistrado na solução dos conflitos**

*Débora Pascal de Almeida, 37.*

**Desafios das facções criminosas no sistema processual penal brasileiro e no direito comparado**

*Leonardo Lemes da Silva, 44.*

**A legalidade do direito ao porte de armas à luz do direito penal brasileiro**

*Rosemberg Padiá da Silva, 55.*

**O direito de propriedade e as suas limitações**

*Daiane Maziero Nogueira, 69.*

**A relevância da distinção entre impacto ambiental e dano ambiental para a configuração da responsabilidade civil ambiental**

*Amanda Vieira Abreu, 86*

**A utilização do teletrabalho no decurso da pandemia da covid-19: direitos dos teletrabalhadores**

*João Vitor dos Santos Borges, 93.*

**As criptomoedas e a lavagem de dinheiro: uma análise jurídica das moedas digitais no sistema tributário brasileiro.**

*Danilo Soares Marques, 103.*

**A responsabilidade civil do dono ou detentor do animal**

*Rainy dos Santos Bento Oliveira, et al., 113.*

**Direito penal brasileiro: psicopata**

*Igor aranha Vieira da Silva, 126.*

**O Tema 1033 e o ressarcimento das entidades privadas pelo SUS.**

*Claudia Beatriz Maia Silva, 136.*

**Cognição judicial nos pronunciamentos judiciais decisórios liminares no CPC/2015: uma análise dentro das novas técnicas processuais**

*Reinaldo Paulo Sales Junior, 142.*

**A relação do Artigo 28, da Lei 11.343/06 com o tráfico de drogas e sua relevância social**

*Rafael Seiji de Castro Nakano, 160.*

**A guarda compartilhada de animais domésticos a partir da dissolução da relação afetiva: família multiespécie**

*Wilian Araújo Martins, 172.*

**Recuperação judicial após uma crise na empresa**

*Laércio Rafael Schneider, 198.*

**O silêncio parcial vertical do investigado/acusado: possibilidades e repercussões à luz da Doutrina e da Jurisprudência**

*Allison Nunes Eulampio, 212.*

**A judicialização do direito à saúde e o princípio da reserva do possível**

*Vania Ferreira Dutra, 225.*

**Os direitos da vítima no novo Código de Processo Penal**

*Renildo Argôlo Nery, 240.*

**Alienação fiduciária: a propriedade fiduciária e seus efeitos legais no registro de imóveis**

*Marcela Roberta Santana Braga do Carmo, 266.*

**Auxílio doença parental e sua implementação ao Regime Geral de Previdência sob a ótica do Projeto de Lei nº 286/14**

*Natália Soligo Buozi, 258.*

**O discurso da vítima de violência: uma análise das audiências**

*Camila Moretti Mininel, 285.*

**Colaboração premiada e o seu reflexo na aplicação da pena**

*Thaline Emanuelle Ferreira Fróes, 278.*

**Legítima defesa no direito penal brasileiro**

*Valdiney da Silva, 297.*

**Análise dos critérios gerais de aplicação do princípio da insignificância na atual jurisprudência do STF**

*Amanda Vieira Abreu, 314*

**A importância da auditoria interna na detecção de fraudes tributárias: um estudo exploratório sobre a percepção dos profissionais da área**

*Higor da Costa Santos, Gabriel de Aragão Lourenço e Matheus Durval Pereira, 332.*

**Abandono e maus tratos aos animais**

*Tawany de Paula Marques, 345.*

**Tribunal do Júri – soberania dos veredictos e seus mecanismos de controle à atuação dos jurados**

*Dálethe Borges Messias, 358.*

## **BOATE KISS: O DOLO EVENTUAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**MOACIR LEOPOLDO HAESER:**

Advogado e desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ex-professor da Faculdade de Direito de Santa Cruz do Sul (UNISC) e da Escola Superior da Magistratura – AJURIS1.

Em outras publicações, fiz rápidas referências à questão do dolo e da culpa ante a teoria finalista da ação, em que não há mais o sentido de reprovação da conduta, mas de elemento do tipo penal. Assim, o crime será doloso se o agente quis o resultado. Será culposos se agiu por alguma das formas de culpa: imprudência, imperícia ou negligência.

O fato de querer o resultado, por exemplo, querer matar, não significa que deva ser condenado, porquanto há circunstâncias que podem excluir o crime ou isentar de pena, como na morte em legítima defesa ou na não punibilidade do aborto necessário.

Também a falta do dever de cuidado, caracterizador da culpa, pode resultar em não punição, caso não haja previsão daquele crime na forma culposa, ou se o resultado lesivo era imprevisível para o cidadão comum.

Há várias formas de analisar essas condutas e sua classificação, inclusive o crime preterdoloso, quando o agente age com dolo, mas não quer o resultado que era previsível. Por exemplo, um simples soco em pessoa frágil, que cai e bate a cabeça, ou um corte na perna, com hemorragia e morte. O exemplo clássico é o crime de lesão corporal seguido de morte. É um crime agravado pelo resultado. Há dolo no fato antecedente e culpa no consequente.

Deixei passar a comoção causada pelo julgamento da tragédia da Boate Kiss para me atrever a comentar o assunto que foi a questão central daquele julgamento: o dolo eventual.

Coloquei o tema em linhas gerais para tornar acessível ao leitor que logo se dá conta de que a questão é muito complexa, pois, para decidir, o julgador deve buscar elementos concretos para avaliar o íntimo do acusado.

---

1 Contato: [moacir@haeseradvogados.com.br](mailto:moacir@haeseradvogados.com.br)

É fácil entender o desejo de produzir o resultado, característico do dolo, da falta de cuidado, característica da culpa. No entanto, é muito difícil distinguir o dolo eventual da culpa consciente.

A definição clássica diz que, no dolo eventual, o agente não quer produzir o resultado, mas aceita o risco de produzi-lo.

E o que seria a culpa consciente?

Para facilitar a compreensão dos meus alunos, eu utilizava um exemplo comparativo examinando o íntimo do acusado.

No dolo direto, fica evidente que o agente quer matar, atira e mata a vítima.

No crime culposo, o agente atua com falta de cuidado, ou porque não tem o conhecimento técnico, sendo imperito; age com descaso, sendo negligente; ou é afoito, imprudente, descuidado, causando o dano. Exemplo clássico: dá um tiro em local habitado, numa floresta onde caminham pessoas, e sem querer acaba atingindo alguém.

Na chamada culpa consciente, o agente não quer o resultado e não o aceita como possível de ocorrer. Acredita sinceramente que não ocorrerá. Dá o tiro com plena confiança em sua pontaria. Tem certeza de que não vai errar e, assim, não vai atingir ninguém. Se vislumbrasse a possibilidade de atingir uma pessoa, desistiria imediatamente de sua ação.

Aí o ponto central que faz distinguir o dolo eventual da culpa consciente. No dolo eventual, o agente prevê o resultado lesivo como possível e anui a ele. Embora não o queira, aceita-o, ou seja, não se importa. Prefere correr o risco do resultado a desistir da ação.

Parece que foi essa a conclusão a que chegou o corpo de jurados ao condenar os acusados, entendendo que, embora não quisessem o resultado, com sua conduta assumiram o risco de produzi-lo. Não queriam, mas o resultado era previsível.

Se o previram como possível e preferiram correr o risco de que viesse a ocorrer do que desistir da ação, essa é a caracterização do dolo eventual a que chegaram os jurados, que o distingue da culpa consciente.

O tema é difícil e, no caso de embriaguez ao volante, por exemplo, tem sido ora acolhido, ora rejeitado, decidindo o STJ recentemente que a embriaguez ao



volante não é o único elemento apto a caracterizar o dolo eventual, sendo necessário levar em consideração outros fatores, por exemplo, a velocidade excessiva.

Ao proferir a sentença que condenou os réus a penas superiores a 15 anos, o magistrado determinou sua prisão com base no art. 492 do CPP, na redação da Lei 13.964/19, que retirou o efeito suspensivo de eventual apelação, ordenando o imediato início do cumprimento da pena.

Nesse momento, aportou decisão proferida pelo desembargador Manuel José Martinez Lucas, do TJ-RS, concedendo liminar em *habeas corpus* impetrado por uma das defesas para suspender a prisão, tendo o juiz presidente do júri estendido os efeitos aos demais condenados. Na decisão, o relator invoca precedentes do STJ, que aplicam orientação repetida pelo STF de presunção constitucional de inocência, considerando que a prisão só pode ocorrer após o trânsito em julgado da condenação.

Em decisão excepcionalíssima de contracautela, aplicada em raros casos de risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas no cumprimento da decisão impugnada, o então presidente do STF, Luiz Fux, acolheu pedido do Ministério Público para suspender a liminar, ordenando a imediata prisão dos réus. Na decisão, o ministro invoca precedente de 2016, do saudoso Teori Zavascki, sobre a soberania do júri, e a recente alteração do Código de Processo Penal pela Lei 13.964/19 (denominada Pacote Anticrime) que incluiu no art. 492, o § 4º, possibilitando a imediata prisão nas condenações pelo júri a penas superiores a 15 anos.

Ressalte-se que em alguns casos expressamente previstos, de razoabilidade do recurso, pode o próprio juiz presidente ou o desembargador relator do tribunal suspender a prisão imediata.

Inobstante a decisão do presidente do STF ter causado surpresa, ante a expressa presunção constitucional de inocência, afirmada pela Corte, na ocasião eu tinha alertado que a decisão do STF não dava o princípio como absoluto e admitia muitas exceções<sup>2</sup>

No entanto, a aplicação retroativa da lei a fato anterior certamente será questionada.

---

<sup>2</sup> HAESER, Moacir Leopoldo. O STF derruba a presunção de inocência. *Espaço Vital*, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3gaUo6T> Acesso em: 5 out. 2022.



## **A DESTINAÇÃO DA RECEITA DE INFOPRODUTOS APÓS A MORTE DE SEU TITULAR**

**ITALO NOGUEIRA DE MORO:**  
Acadêmico do Curso de Direito do  
Centro Universitário UNA, Belo  
Horizonte - Unidade Barreiro<sup>3</sup>.

**SERGIO MILANEZ GOMES<sup>4</sup>**

(coautor)

**RESUMO:** A internet modificou a forma que o ser humano se relaciona, comunica, comercializa e até mesmo como ocorrerá a transmissão de seu patrimônio após a morte. Esses avanços trazidos pela internet e as relações ou transações digitais é objeto do presente trabalho, visto que, apesar de relevante, é um tema pouco abordado na seara jurídica. Desse modo, tem-se o intuito de analisar o destino de recursos de infoprodutos após a morte de seu titular com a finalidade de colaborar com a produção acadêmica acerca do tema, assim como a divulgação científica. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, doutrinária e legislativa buscou-se compreender qual o destino dos lucros decorrentes dos infoprodutos após a morte de seu titular, assim como fazer uma análise multidisciplinar entre o Direito, Marketing e o Empreendedorismo sobre o mercado e marketing digital com base em obras de autores como Caio Mário da Silva, Bruno Zampier, Flávio Tartuce, entre outros.

**Palavras-Chave:** Internet. Marketing Digital. Infoprodutos. Direito das Sucessões. Herança Digital.

**ABSTRACT:** The Internet has changed the way human beings relate, communicate, trade and even how the transmission of their assets will occur after death. These advances brought by the Internet and digital relations or transactions is the object of this work, since, although relevant, it is a theme little addressed in the legal field. Thus, it is intended to analyze the fate of infoproducts resources after the death of its owner in order to collaborate with the academic production on the subject, as well as scientific dissemination. Through a bibliographical, doctrinal and legislative research sought to understand the fate of the profits resulting from the infoproducts after the death of its owner, as well as make a multidisciplinary analysis between the Law, Marketing and Entrepreneurship on the

<sup>3</sup> Contato: Italo.demoro@hotmail.com

<sup>4</sup> Graduando do Curso de Direito, do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte - Unidade Barreiro.

market and digital marketing based on works by authors such as Caio Mário da Silva, Bruno Zampier, Flávio Tartuce, among others.

**Keywords:** Internet. Digital Marketing. Infoprodutos. Succession Law. Digital Heritage.

## 1.INTRODUÇÃO

No presente artigo, será abordado um dos temas do direito digital que comumente causa confusão em relação aos seu conceito, sendo ele: destinação de infoprodutos após a morte de seu titular. Preliminarmente, a sucessão é definida como uma medida jurídica que autoriza transferência por morte, herança ou, então, do legado, ao herdeiro, em razão de lei ou testamento. O art.1.829 do Código Civil descreve que:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002).

Especificamente no digital, compreende-se os bens de carácter econômico e existencial, relacionado ao direito de personalidade. Conforme Bruno Zampier, bens digitais seriam (2017, p. 59):

Bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de carácter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico. (ZAMPIER, 2017, p. 59).

Nesse sentido, com as várias mudanças verificadas nos últimos anos ocasionadas pela inovação, tecnologia e transformação digital, fazem com que cada vez mais pessoas tenham acesso à internet e seus meios de comunicação, tais como: redes sociais, contas bancárias, e-mails, milhas aéreas, criptomoedas, infoprodutos, dentre outros. É indubitável

que cada um desses itens é considerado bens digitais, integrando desta forma o patrimônio do titular.

Serão abordadas adiante, mais detalhadamente, o avanço da tecnologia no Brasil, juntamente com os bens digitais, em específico o infoproduto.

Levando em conta as inúmeras mudanças e o avanço da tecnologia, cada ser humano compõe uma gama de patrimônios digitais que necessariamente precisam ser protegidos em caso de lesão, incapacidade ou falecimento do titular. Entendendo a nova realidade de bens online, este artigo visa a tratar da sucessão relacionada as heranças digitais, em especial, a de infoprodutos.

Num senso comum, o tema ainda é pouco discutido por ser uma nova realidade, e ainda está sendo construído no ordenamento jurídico. Muitos ainda se questionam sobre o que seriam os bens digitais, qual a destinação do infoproduto após morte ou incapacidade do titular, e até mesmo se eles possuem algum valor econômico. As dúvidas que permeiam a sociedade carregam a responsabilidade de que esse tema não pode ser ignorado, uma vez que é cada vez mais comum na atualidade.

Para ter-se um ponto de partida na discussão acerca dos bens digitais, de início, se faz necessário compreender o que é o mercado digital. O mercado digital é identificado como a possibilidade de prestar serviços ou vender mercadorias através dos meios digitais, mais precisamente a internet. Sendo que:

O mercado digital funciona como um comércio online e o ponto de partida de todas as interações e transações são os dispositivos. Ele possibilita a criação de diversas oportunidades de crescimento e inovação para todas as categorias de empresas no mundo. Independentemente do porte, as chances são praticamente as mesmas. (DIGITAL HOUSE, 2022).

Existe, dentro da internet, diversos tipos de mercados digitais como, por exemplo, lojas virtuais, sites, redes sociais, marketplaces, entre outros. Por meio desses mercados é possível a criação de infoprodutos, os quais serão comercializados.

Dessa forma, serão analisados os pontos relevantes acerca do direito sucessório no Brasil, assim como compreender se esses bens necessariamente precisam ser transferidos aos familiares ou legatários, ou se devem ser extintos com o falecimento do seu titular por serem considerados bens personalíssimos.

Por fim, tem-se que o presente trabalho será dividido em tópicos e subtópicos sob os quais serão discutidos os seguintes pontos: os bens digitais, o direito sucessório, assim como a problemática da herança digital e a destinação da receita dos infoprodutos após a morte do titular.

## **2.BENS DIGITAIS**

Como anteriormente abordado, tem-se que na atualidade os seres humanos estão cada vez mais conectados, passando boa parte de suas vidas de forma online. Com isso, não seria estranho dizer que o Direito deve observar a nova realidade vivenciada pelos indivíduos para que, em função da evolução digital, novas interpretações legais, doutrinárias e jurisprudenciais sejam realizadas. Dessa forma, entende-se que, atualmente, a conceituação de bens evoluiu para que se abarque os chamados bens digitais.

De início, cabe-se relembrar o que são os bens, no sentido jurídico do termo. Para o Direito, bem é o objeto da relação jurídica. Já no âmbito do Direito Civil, “espécie do gênero coisa, materiais ou imateriais, suscetíveis de apropriação, transmissão e disposição, de conteúdo patrimonial, economicamente apreciáveis.” Ou seja, para se tornar objeto da relação jurídica deve haver valor econômico e ser passível de apropriação.

De um modo geral observa-se que bens jurídicos são objeto do direito. Serão determinados como bens quando forem relevantes para o direito, podendo estar explícita sua tutela através de regras ou princípios, não sendo, portanto, um rol taxativo. Esses podem se dividir em coisas – bens corpóreos e apreciáveis economicamente – e bens em sentido estrito – bens imateriais que podem ou não serem apreciados economicamente.

Assim, pode-se considerar que os bens digitais são bens imateriais, alguns apreciáveis economicamente e outros sem conteúdo econômico a depender da relação jurídica a qual se refere [...]. (ALMEIDA, 2017).

Nesse sentido, em relação aos bens digitais não necessariamente haverá a economicidade dos bens.

Conforme aponta Bruno Zampier (2021):

O ambiente virtual, assim como ocorre no mundo não virtual, comporta aspectos nitidamente econômicos, de caráter patrimonial, bem como outros ligados inteiramente aos direitos da personalidade, de natureza existencial. Dessa forma, acredita-se que seja adequada a construção de duas categorias de bens: os bens digitais

patrimoniais e os bens digitais existenciais. E, por vezes, alguns bens com esta configuração poderão se apresentar com ambos os aspectos, patrimonial e existencial a um só tempo.

[...] os bens em geral poderão ter natureza corpórea ou incorpórea. Nesse sentido os bens digitais se aproximariam mais da segunda forma, já que a informação postada na rede, armazenada localmente em um sítio ou inserida em pastas de armazenamento virtual (popularmente conhecidas como nuvens), seria intangível fisicamente, abstrata em princípio. (ZAMPIER, 2021).

Através de uma leitura mais pormenorizada da obra de Zampier é possível perceber que, para o autor, é possível deduzir que textos, base de dados, fotografias, vídeos, entre outros, são considerados bens digitais.

Em países como os Estados Unidos e o Reino Unido (common law), os digital assets (bens digitais) são definidos de forma ampla, sendo considerados como bens os perfis em redes sociais, tweets, dados de jogos virtuais, e-books, senhas de contas, entre outras diversas possibilidades, haja vista serem informações eletrônicas que estão armazenadas em um computador ou utilizam-se de tecnologias vinculadas a estes, podendo ser classificados como qualquer coisa possuída em meio digital. (ALMEIDA, 2017).

Para além disso, os bens digitais podem ser classificados em quatro formas distintas, sendo elas: dados pessoais, dados de redes sociais, contas financeiras e contas de negócios. Diante disso, Juliana Almeida explica que dados pessoais podem ser, por exemplo, aqueles que foram salvos em sites como backup de fotos e vídeos como os que são realizados no Google Fotos, Onedrive, entre outros. Já os dados de redes sociais são aqueles armazenados e que decorrem de interação com outras pessoas em plataformas como o Twitter, LinkedIn, Instagram, entre outras. As contas financeiras são os dados inerentes às carteiras digitais, contas em bancos e demais bens usados em transações bancárias ou investimentos. Por fim, a categoria de contas de serviços são todas aquelas informações “coletadas e armazenadas a título de uso de um serviço, tais como nas relações de consumo e o armazenamento de preferências de consumo de um determinado consumidos”. (ALMEIDA, 2017).

Neste sentido:

[...] um produto (tangível ou intangível) é um bem ou serviço que pode ser oferecido a um mercado para satisfazer seu desejo ou necessidade. De modo geral, os infoprodutos digitais embora não sejam produtos palpáveis, são considerados produtos por

satisfazerem necessidades específicas de um público que busca um determinado conhecimento específico e de maneira eficiente: são apresentados de forma imediata e podem ser consumidos quando e onde o cliente desejar. (GUIMARÃES, 2019).

Como aponta Gabriel Prá (2018):

Produtos de informação são intitulados infoprodutos, informações criadas e distribuídas de forma paga ou gratuita. [...] Atualmente, a informação tem valor e pode gerar lucro, porém, alerta-se que não é qualquer informação ou dados. (PRÁ, 2018).

Com isso, inegável a definição de infoprodutos como bens digitais, haja vista sua natureza suscetível de apropriação, transmissão e disposição.

Ainda, há que se dizer que os bens digitais – nesse caso, os infoprodutos, possuem certa semelhança, tendo em vista a dogmática jurídica, com os direitos do autor ou de forma mais ampla com o conceito de propriedade tecnodigital.

Quando se fala em propriedade tecnodigital e em direitos do autor refere-se a disciplina do direito intelectual como gênero, possuindo como espécies o direito industrial e o direito do autor que também engloba o direito de software e outras proteções, tais como bancos de dados informatizados, cultivadores, biobancos, obras multimídias, entre outros. (ALMEIDA, 2017).

Com isso, pode ser definido como uma forma de domínio tecnológico à informação digital, inclusive levando em consideração que, atualmente, a informação se tornou “verdadeiro bem jurídico” que, em muitos casos, gera dúvida sobre quem é o seu titular. Neste sentido, “com o advento da sociedade da informação, o direito autoral clássico não consegue responder às novas modalidades que a tecnologia apresenta” como no caso da propriedade tecnodigital. (ALMEIDA, 2017).

O autor, classicamente, é aquele (pessoa natural) que cria a obra intelectual independente de capacidade civil, sendo esta a titularidade originária. Por outro lado, em casos de transmissão entre vivos ou causa mortis existe a titularidade derivativa. (ALMEIDA, 2017). Neste sentido, tem-se que a propriedade tecnodigital retromencionada pode ser transmitida, por meio da sucessão, aos herdeiros do autor do infoproduto.

Atualmente, a informação tem valor e pode gerar lucro, porém, alerta-se que não é qualquer informação ou dados. Conforme Parkes (2015), o que tem valor para os indivíduos é a informação apresentada como uma solução e que gera algum tipo de



transformação na vida de quem adquirir esse conteúdo. Exemplo disso são indivíduos que, preocupados com a sua vida financeira, podem facilmente pagar por conhecimentos que os ensinam sobre investimentos financeiros ou que garantam uma aposentadoria tranquila. De acordo com o autor supra citado, dependendo da maneira como uma informação é apresentada, essa pode ser comercializada por alguns reais ou outros tantos milhares. O mesmo conhecimento de um livro que pode custar 30 reais, teria seu custo aumentado em algumas dezenas de vezes se fosse transformado em um evento presencial. Fato esse que nos leva a crer que a informação jamais deve ser apresentada a uma determinada audiência apenas como informação. Hoje em dia, os indivíduos valorizam conhecimentos apresentados como soluções a determinados problemas cotidianos. (PRÁ, 2018).

O infoproduto, como já citado, é um produto de informação, logo deve ser tutelado pelo Direito como bem jurídico que é, “seja por meio da proteção própria e específica existente para as informações com caráter de direito do autor, seja por meio da responsabilização civil em geral”. (RAMOS, 2019).

Neste sentido, como aponta Lucas Cotta de Ramos (2019):

O conceito de propriedade já não pode mais ficar adstrito à análise das faculdades que a integram. Melhor seria visualizá-la como uma relação jurídica complexa que irá colocar em polos distintos o seu titular e a coletividade abstrata. Ao mesmo tempo em que esta deverá se abster da prática de atos que possam vir de alguma forma a lesar o conteúdo do direito do proprietário, este terá também uma série de deveres a cumprir para que o exercício desse direito seja considerado legítimo, como, por exemplo, o adimplemento da devida função social.

Assim, expandindo-se o conceito de propriedade, chega-se à classificação da informação como bem digital, bastando, para tanto, que a informação inserida em rede seja capaz de gerar repercussões econômicas imediatas, quando lhe será conferido o status de bem tecnodigital patrimonial:

Pois bem, quando a informação inserida em rede for capaz de gerar repercussões econômicas imediatas, há que se entender que ela será um bem tecnodigital patrimonial. Tal visão alinha-se à noção de



patrimônio acima exposta, sendo aceita por nosso ordenamento jurídico.

Cada ser humano, a partir do momento em que se tornar usuário da Internet, terá a possibilidade de vir a ser titular de uma universalidade de ativos digitais. Esse patrimônio digital dotado de economicidade, formaria a noção de bem tecnodigital patrimonial.

Desse modo, demonstra-se viável, em alguns casos, a classificação da informação como bem digital, a qual nessa hipótese, se enquadraria como uma propriedade imaterial e incorpórea. (RAMOS, 2019).

Os infoprodutos possuem, ainda, natureza patrimonial, haja vista seu caráter econômico que, ao serem comercializados através do marketing digital, geram valor aos seus proprietários.

A comercialização desses bens pode ocorrer de diversas formas, sendo uma delas a venda por afiliação, em que consiste em “levar diretamente à venda do produto específico em troca de uma comissão por venda realizada”, a qual é considerada fonte de monetização para àqueles negócios digitais que utilizam programas de afiliação.

Outra forma de comercialização é a venda por nichos, em que se delimita um mercado, cujo qual existem pessoas com interesses, desejos e problemas em comum. Pode ser dividido em subnichos os quais são importantíssimos, haja vista que ter a liderança de um mercado específico é mais fácil e barato que um segmento de mercado inteiro (PRÁ, 2018).

O nicho de mercado deve ser uma área com segmentação de mercado e, dentro dela, pode existir um sub-nicho de atuação. O nicho está intrinsecamente ligado ao já conhecido no mundo dos negócios, segmento de mercado (FELIPINI, 2014). O autor define nicho, como um segmento de mercado que possui características especiais em termos de necessidades a serem atendidas. No conceito correto, nicho é um setor voltado para atender as necessidades específicas do grupo de pessoas que ali se encontra. O sub-nicho é um tema específico dentro dessa segmentação de mercado. Os sub-nichos jamais podem ser ignorados, uma vez que, manter-se na liderança de um nicho mais específico, é muito mais fácil e barato quando comparado a liderar um segmento de mercado inteiro (FELIPINI, 2014). É possível identificar nichos e sub-nichos que tenham mais tração do que outros, ou seja, que são mais lucrativos. Os nichos que mais faturam referem-se a relacionamento, dinheiro,

finanças e saúde (BORGES, 2017). Além disso, quanto mais definido, restrito e segmentado, melhor será os resultados iniciais e a longo prazo de performance do produto (PEREIRA, 2017). É possível delimitar o nicho e um sub-nicho de diversas maneiras, entretanto, o mais efetivo é dividir um segmento de mercado em unidades menores, compostas por diferentes grupos de consumidores com características semelhantes (FELIPINI, 2014). O autor aponta que todos mercados são competitivos, com isso, é necessário adotar a estratégia de apresentar-se como especializado em um determinado nicho, dominar as linhas específicas do produto e conhecer profundamente o público-alvo. O êxito em um nicho é alinhado a um bom posicionamento. O posicionamento de nicho trata-se de entender qual o diferencial que difere o produto a ser comercializado dos demais já existentes (FELIPINI, 2014). Com isso, o público a ser persuadido é convencido a adquiri-lo. (PRÁ, 2018).

Diante disso, percebe-se que não somente o conteúdo dos infoprodutos é relevante, mas também a estratégia por trás de sua comercialização, sendo extremamente relevante a propriedade de uma base de dados e definições capaz de favorecer o marketing digital.

Assim, o infoproduto não se refere a tão somente ao seu conteúdo, mas também sua comercialização e estratégia, gerando a necessidade de protegê-los juridicamente.

### **3.DIREITO SUCESSÓRIO**

De início cabe ressaltar que o termo sucessão, em sentido amplo, significa transmissão. Sendo possível ocorrer tanto por atos intervivos ou causa mortis, mas para fins de delimitação do trabalho, neste artigo assim como na obra de Flávio Tartuce, a definição de sucessões a ser interpretada será apenas a causa mortis, que decorre do falecimento da pessoa natural. Como aponta Flávio Tartuce (2022) ao citar Carlos Maximiliano (1952):

Direito das Sucessões, em sentido objetivo, é o conjunto de normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se diria – direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto. (MAXIMILIANO, 1952, p. 21 *apud* TARTUCE, 2022, p. 18).

Neste sentido a sucessão é definida como uma medida jurídica que autoriza transferência por morte, herança ou, então, do legado, ao herdeiro, em razão de lei ou

testamento. Ademais, a sucessão causa mortis pode ser dividida em duas modalidades básicas, sendo elas a sucessão testamentária e a sucessão legítima. A sucessão testamentária diz respeito ao ato de última vontade do de cujus, realizada mediante testamento, legado ou codicilo. Já a sucessão legítima é a que decorre da lei, chamada também de sucessão ab intestado, haja vista não existir testamento.

A sucessão legítima está prevista no artigo 1.829 do Código Civil Brasileiro que dispõe que:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002).

Para além desse artigo, o Código Civil e entendimentos jurisprudenciais, a metade dos bens da herança do de cujus deve ser destinada aos herdeiros necessários, sendo estes os seus descendentes, ascendentes e o cônjuge ou companheiro que não foram excluídos da sucessão por indignidade ou deserção. O restante dos bens poderá ser disposto livremente para quem o testador especificar e, caso não existam herdeiros necessários, será possível a disposição da totalidade dos bens pelo testador, não havendo a legítima.

### **3.1 A morte do titular dos bens digitais e a herança digital**

Apesar do tema ser, de certo modo, recente a herança digital já foi objeto de projeto de lei no Brasil, colaborando com a ideia aqui trazida de que é necessário o desenvolvimento da regulamentação do tema em âmbito legislativo e teórico. Isso ocorreu no Projeto de Lei 4.099/2012, cuja autoria foi do deputado federal Jorginho Mello, o qual buscava-se a garantia aos herdeiros a transmissão da totalidade dos conteúdos de contas e arquivos digitais ao acrescentar no art. 1.788 do Código do Civil a seguinte redação "Art. 1.788 [...] Parágrafo Único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança". (RAMOS, 2019).

Outro projeto de lei criado com o objetivo de regulamentar a herança digital é o de nº 365 de 23/02/2022 cujo qual busca-se disciplinar a herança digital, priorizando a autonomia da vontade dos usuários, possibilitando que estes possam determinar através de testamento ou diretamente nas plataformas que parte de suas contas poderão ser acessadas por seus herdeiros ou legatários, bem como determinar regramentos gerais sobre a hipótese do usuário não se manifestar sobre o tema, evitando-se assim maiores discussões. Diante disso, o projeto de lei visa modificar a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), acrescentando o artigo 18-A, garantindo os direitos já mencionados. (BONASSER, 2022).

Apesar de raro, existe jurisprudência acerca do tema no sistema jurisdicional brasileiro, em especial no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

**EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. HERANÇA DIGITAL. DESBLOQUEIO DE APARELHO PERTECENTE AO DE CUJUS. ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PESSOAIS. DIREITO DA PERSONALIDADE. A herança defere-se como um todo unitário, o que inclui não só o patrimônio material do falecido, como também o imaterial, em que estão inseridos os bens digitais de vultosa valoração econômica, denominada herança digital. A autorização judicial para o acesso às informações privadas do usuário falecido deve ser concedida apenas nas hipóteses que houver relevância para o acesso de dados mantidos como sigilosos. Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana, necessitando de proteção legal, porquanto intransmissíveis. A Constituição Federal consagrou, em seu artigo 5º, a proteção constitucional ao direito à intimidade. Recurso conhecido, mas não provido.

(TJ-MG - AI: XXXXX11906755001 MG, Relator: Albergaria Costa, Data de Julgamento: 27/01/2022, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/01/2022, *grifo nosso*).

Em consonância ao já abordado, existe atualmente grande discussão em relação a chamada herança digital, haja vista que o direito sucessório, à luz das transformações ocorridas na sociedade, pode e deve ser adotado de forma extensiva para que abarque os casos em que, falecido o de cujus, este deixa bens digitais a serem partilhados aos seus herdeiros.

Segundo Maria Helena Diniz (2022) a herança é "o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do de cujus." De

modo que, o patrimônio engloba certos bens digitais por se originarem em relações jurídicas que possuem valor econômico. (DINIZ, 2022, p. 32).

Tradicionalmente considera-se patrimônio o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa que é apreciável economicamente. Assim, podem compor o patrimônio os créditos e os débitos de uma pessoa. Desta feita, aquilo que não for apreciável economicamente não compõe o patrimônio de uma pessoa. (ALMEIDA, 2017).

Neste sentido, o cerne da discussão decorre da possibilidade de todos os bens digitais poderem ser objeto de sucessão ou se alguns deles não possuem esse tratamento, haja vista não conter valor econômico e não serem, portanto, parte do patrimônio, em sentido estrito, do falecido.

Como aponta Isabel Lima (2013):

Quanto aos bens suscetíveis de valoração econômica não há dúvida que eles compõem o acervo do falecido e devem ser levados em conta na sucessão, pois se enquadram no conceito mais básico de patrimônio e não encontram divergência na doutrina. O acervo digital deixado não só pode como deve constar da lista de bens que serão repartidos, havendo a necessidade – inclusive – de auferir o valor econômico desses bens, principalmente se eles forem objeto de testamento.

O patrimônio digital deixado pelo falecido pode representar um valor econômico de tal maneira que venha a interferir na legítima reservada aos herdeiros necessários, isto é, pode significar mais de 50% de todo o patrimônio. (LIMA, 2013, p. 34).

Neste sentido, os bens não suscetíveis de valoração econômica encontram resistência, por parte da doutrina, em serem definidos como bens passíveis de serem recebidos aos herdeiros por meio da sucessão.

Por esse motivo, Isabel Lima afirma a necessidade de haver um registro de última vontade do proprietário em relação aos bens digitais, ainda que estes não possuam valor econômico, para que a reputação e sigilo do proprietário sejam respeitados. (LIMA, 2013, p. 35).

Entretanto, não é possível, no sentido jurídico, ser considerada como última vontade do proprietário eventual adesão à plataformas que mantém em um só lugar as senhas (ou outras formas de acesso) de um usuário às contas que este possui enquanto vivo for, como ocorre em plataformas como, por exemplo, o Legacy Locker. Nesta modalidade de

plataforma o usuário informa um beneficiário digital que irá gerir a conta do True Key (gerenciamento de senhas) após a sua morte. Este beneficiário somente terá acesso aos dados após a confirmação da morte do usuário e caso tenha aceitado o convite enviado por este. (ALMEIDA, 2017).

Apesar de serem uma forma de auxiliar na transmissão dos dados e informações do usuário falecido, estes serviços não podem ser considerados atos de última vontade do proprietário no sentido jurídico por não poderem ser classificados como testamento, nem mesmo particular, haja vista não possuírem os requisitos legais, quais sejam a assinatura do testador, conhecimento do teor e assinatura de três testemunhas, assim como não possuir, no documento, rasuras ou espaços em branco. (ALMEIDA, 2017).

Portanto, necessário o registro de última vontade do proprietário, como afirma Isabel Lima, no entanto, para que esse registro possua validade jurídica de testamento, este deverá ser realizado conforme os requisitos legais e não como forma de gerenciamento de senhas e contas por meio de adesão à determinadas plataformas digitais.

#### **4.A DESTINAÇÃO DA RECEITA DE INFOPRODUTOS APÓS A MORTE DO TITULAR**

Como abordado anteriormente, o infoproduto não se refere a tão somente ao seu conteúdo, mas também sua comercialização e estratégia, sendo certo que pode gerar um retorno financeiro para aquele que o produz. Com isso, pode ser classificado como bem suscetível à valoração financeira e, portanto, caso ocorra o falecimento de seu proprietário, deverá compor o acervo de bens a serem partilhados.

No entanto, ao analisar os Termos de Uso de uma das maiores plataformas de marketing digital em funcionamento no Brasil, a Hotmart, verifica-se que não há previsão expressa sobre o assunto em suas disposições. Nos referidos Termos de Uso, em seu item 2.8., prevê-se que "O cadastro ou o repasse de valores devidos aos Criadores ou Afiliados para conta bancária de terceiros **não é permitido em nenhuma circunstância e a nenhum pretexto**". (HOTMART, 2022, *grifo nosso*). Neste sentido, não há, de início, como destinar a receita dos infoprodutos elaborados e disponibilizados na Hotmart à terceiros, mesmo que estes sejam os herdeiros do falecido, por meio de um procedimento judicial.

Para além disso, ao tratar das principais licenças que o proprietário dos infoprodutos concede à Hotmart, os Termos de Uso em seu item 5.3 dispõe que:

O Criador será sempre o titular de todos os direitos e obrigações relacionados ao Produto criado, divulgado ou comercializado na Plataforma. Contudo, ao cadastrar um Produto e enquanto for usuário desta, o Criador automaticamente concede à Hotmart licença



de uso de todos os direitos de propriedade intelectual relativos ao Produto, inclusive os direitos autorais, patrimoniais, de modo sublicenciável, isenta de royalties ou de qualquer outra remuneração. (HOTMART, 2022).

Com isso, tais disposições reafirmam a definição do criador do conteúdo como seu titular, responsável por seus direitos e obrigações, mas não permite a transferência desses direitos e obrigações à terceiros.

Diferentemente da Hotmart, a Monetizze, outra importante plataforma de comercialização de infoprodutos prevê em seus Termos de Uso a hipótese da morte do criador de conteúdo, bem como regulariza os efeitos de sua ocorrência. Tais disposições estão contidas em sua Cláusula V “Da Morte do Usuário Produtor e Usuário Afiliado”. (MONETIZZE, 2022).

#### CLÁUSULA V – DA MORTE DO USUÁRIO PRODUTOR E USUÁRIO AFILIADO:

5.1. Ocorrendo a morte do Usuário/Produtor ou Usuário/Afiliado, seus herdeiros deverão comunicar imediatamente a Monetizze. Oportunidade em que deverá ser enviada a competente certidão de óbito do usuário Usuário/Produtor ou Usuário/Afiliado.

5.2. Nesse caso, a Conta Virtual continuará recebendo pagamentos, contudo, os saques serão bloqueados, até determinação judicial autorizando-os.

5.3. Caso ocorra a morte do Usuário/Produtor ou Usuário/Afiliado responsável pela Conta Virtual de uma pessoa jurídica, o(s) sócio(s) remanescente(s) deverá(ão) comunicar a Monetizze, e enviar a competente certidão de óbito do Usuário/Produtor ou Usuário/Afiliado, bem como o contrato social atualizado.

5.4. Caso o sócio remanescente possua poderes para administrar a sociedade e, tenha conhecimento do Código de Acesso utilizado para login, ele poderá movimentar a Conta Virtual. Caso contrário, a Conta Virtual continuará recebendo pagamentos, mas os saques serão bloqueados, sendo necessária autorização judicial para o desbloqueio.

5.4.1. Caso o sócio remanescente não possua o Código de Acesso e alegue ter poderes para administrar a sociedade, a Monetizze após



verificar os referidos poderes atribuídos ao sócio pelo ato constitutivo da sociedade, enviará um novo Código de Acesso.

5.5. O Usuário/Produtor ou Usuário/Afiliado declara, sob as penas das leis civis e penais brasileiras, que as informações, dados e documentos por ele informados são verdadeiros. (MONETIZZE, 2022).

Portanto, percebe-se que é possível que as empresas desenvolvam, com o auxílio e respaldo de seus departamentos jurídicos, regras próprias acerca da sucessão dos infoprodutos, haja vista a sua relevância patrimonial.

Contudo, apesar dos termos de uso das plataformas de vendas de infoprodutos terem esse caráter regulamentador das relações entre autor, plataforma e cliente, não são suficientes para determinar as disposições da sucessão desses bens aos herdeiros do proprietário, haja vista que em muitos casos os termos de uso ou são vagos, como no caso da Hotmart ou apesar de mencionarem consequências para a morte do proprietário do infoproduto, como na Monetizze, não dispõem efetivamente sobre a forma de transmissão desses bens.

Neste sentido, faz-se necessário desenvolver o conteúdo acadêmico sobre o tema e, conseqüentemente, os advogados que estão inseridos nesse mercado se dediquem em promover a evolução, na prática, da sucessão dos direitos patrimoniais relacionados aos infoprodutos em caso de falecimento dos proprietários.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todo o exposto, é relevante frisar que esta temática é nova no direito brasileiro e não possui, até o momento, jurisprudência específica ou exposições doutrinárias acerca da forma de destinação dos infoprodutos após a morte de seu titular. Sendo certo que ao analisar, por analogia, os infoprodutos podem ser classificados como bens digitais e, dessa forma, serem objeto de sucessão patrimonial em caso de falecimento de seu proprietário. Também não há, nos projetos de lei identificados, menção direta à destinação dos infoprodutos, mas tão somente em face dos bens digitais como um todo.

Para além disso, considera-se que é importante que as plataformas digitais possuam disposições específicas sobre o tema como a Monetizze possui em seus Termos de Uso, facilitando o procedimento de sucessão dos bens, mesmo que deixe em face do poder judiciário a autorização para que os saques da receita obtida com a venda dos infoprodutos sejam realizados pelos interessados.

Pode-se concluir com o presente trabalho que os infoprodutos, apesar de poderem ser considerados bens digitais por meio de uma análise extensiva, ainda não possuem, em relação ao Direito Sucessório, estudos efetivos sobre seu conceito, forma de sucessão, entre outros temas acessórios. Sendo necessário, portanto, que outros trabalhos acadêmicos, no campo do Direito Sucessório, sejam elaborados para que se contribua com o desenvolvimento do assunto.

## 6.REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A tutela jurídica dos bens digitais após a morte:Análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2017. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_AlmeidaJEv\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf)> Acesso em: 05 de nov. 2022.

BONASSER, Felipe Lopes. Projeto de Lei sobre Herança Digital. Rio Grande do Sul: Colégio Registral Rio Grande do Sul, 2022. Disponível em:

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8.562/17. Acrescenta o Capítulo IIA e os arts. 1.797-A a 1.979-C à Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”. Disponível em:<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=85B B792148C34CB1766D561F5E9715BD.proposicoesWebExterno1?codteor=1604326&filena me=Avulso+-PL+8562/2017](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=85B B792148C34CB1766D561F5E9715BD.proposicoesWebExterno1?codteor=1604326&filena me=Avulso+-PL+8562/2017)> Acesso em 10/06/2022.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Brasília: Senado, 2015

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de**

**outubro 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:

08/06/2022

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, 24abr. 2014. 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 22/05/2022

GUIMARÃES, Gustavo Neves. **O Avanço das Empresas Digitais: Estudo de caso de uma startup de infoprodutos**. Uberlândia: UFU, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/28084/4/Avanc%CC%A7oEmpresasDigitais.pdf>>. Acesso em: 27/09/2022.

HOTMART. **Termos Gerais de Uso da Hotmart**. Belo Horizonte: Hotmart, 2022. Disponível em: <<https://hotmart.com/pt-br/legal/termos-de-uso>> Acesso em: 25/10/2022.

LIMA, Rocha Isabella. **Herança Digital**. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6799/1/2013\\_IsabelaRochaLima.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6799/1/2013_IsabelaRochaLima.pdf)> Acesso em 10/10/2022.

MONETIZZE. **Termos e Condições de Uso (“Termos de Uso”)**. [s.l]: Monetizze, 2022. Disponível em: <<https://www.monetizze.com.br/termos#using>> Acesso em 25/10/2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Ver. Atual.** por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PRÁ, Gabriel. **Criação e Venda de Infoprodutos: Um estudo de caso sobre a Fórmula de Lançamento**. Santa Catarina: Unisul, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/10577/1/TCC%20GABRIEL%20NUNES%20PR%C3%80%20-%20SUBMISS%C3%83O.pdf>>. Acesso em: 20/09/2022

RAMOS, Lucas Cotta de. **Herança digital: sucessão do patrimônio cibernético**. Caratinga: BRASIL, 2019. Disponível em: <<https://lucascotta.jusbrasil.com.br/artigos/833289109/heranca-digital-sucessao-do-patrimonio-cibernetico/amp>> Acesso em: 10 de nov. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito das Sucessões – Vol. 6**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 15ª ed., 2022.

ZAMPIER, Bruno Torquato. **Bens Digitais**. Indaiatuba, SP: Editora Foco Jurídico, 2017.

## A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

**ALICE MAIRA SENHA DE SOUZA:**  
Graduanda em Direito pela Universidade  
Brasil5.

MARCO ANTONIO COLMATI LALO

(orientador)

**RESUMO:** O presente projeto de pesquisa tem como base analisar questões pertinentes a penhorabilidade do “bem de família”, uma vez que este instituto tenha sido criado com o objetivo de proteger o imóvel destinado a moradia de uma família, tornando-o impenhorável por determinação legal. Porém, apesar da impenhorabilidade do bem de família ser regra, a mesma não se torna absoluta, havendo exceções como a possibilidade de ser penhorado o único bem imóvel daquele que prestar fiança em contrato de aquisição de imóvel. A legislação brasileira prevê situações de exceções a impenhorabilidade dispostas na lei 8.009/90, onde tais dispositivos afrontam princípios e direitos fundamentais da dignidade humana, retirando por imposição judicial o único imóvel de uma família, colocando-a em vulnerabilidade. Para tanto, o presente abordará os beneficiários do bem de família, seu histórico, aspectos da fiança e a defesa inconstitucional da penhorabilidade do bem de família do fiador, alegando a preservação do direito da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Penhora. Moradia. Direitos Fundamentais.

**ABSTRACT:** The present research project is based on analyzing issues related to the attachment of the "family asset", since this institute was created with the objective of protecting the property destined for the family's residence, making it unteachable by legal determination. However, despite the unsuitability of the family asset being the rule, it does not become absolute, and there are exceptions, such as the possibility of seizing the only real estate of the person that provides a guarantee in a real estate acquisition contract. Brazilian legislation foresees situations of executions to the unsuitability disposed in law 8.009/90, where such devices affront principles and fundamental rights of human dignity, removing by judicial imposition the only property of a family, putting it in vulnerability. To this end, this paper will address the beneficiaries of the family asset, its history, aspects of the bail and the unconstitutional defense of the attachment of the guarantor's family asset, claiming the preservation of the right of the human person.

---

<sup>5</sup>Contato: alicesenha@hotmail.com

Keywords: Pledge. Housing. Fundamental rights.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2. DO BEM DE FAMÍLIA. 2.1 Conceito. 3 TIPOS DE BENS DE FAMÍLIA 3.1 Classificações. 3.2 Bem de família voluntário. 3.3 Bem de família legal. 4 CAPÍTULO III - DA PENHORA. 4.1 Conceito. 4.2 Exceções a impenhorabilidade do bem de família. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Consagrado em nosso ordenamento jurídico através de uma Emenda Constitucional nº 26 de 2000, o legislador brasileiro criou o instituto denominado bem de família, que tem por intuito proteger a entidade familiar das crises econômicas.

Bem de família se trata do bem imóvel em que reside uma família, seja ele urbano ou rural, desde que quitados, ou seja, um imóvel usado para abrigar os residentes e sendo assim, é protegido legalmente caso algum dos familiares adquira dívidas, não podendo o imóvel residencial ser penhorado.

Ocorre, no entanto, que a proteção conferida ao bem de família não é absoluta, uma vez que foram conferidas exceções em sua impenhorabilidade, como por exemplo, a exceção no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, onde o mesmo aborda a possibilidade de ser penhorado o único imóvel residente daquela família que prestar fiança em contratos de locação, (MENEZES, 2014) vejamos:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

A fiança aborda não somente de um contrato de garantia pessoal em que o fiador assume obrigações perante o credor de satisfazer uma prestação assumida pelo devedor, caso o mesmo não a cumpra.

Contudo, o presente trabalho pretende demonstrar a inconsistência do legislador e do judiciário nesta ocasião de criar e analisar um instituto que diz que é permitido a penhora do bem de família, dos fiadores no contrato de locação.

Com esse objetivo, foi empregado na realização do estudo a pesquisa bibliográfica, recorrendo-se a renomados autores no direito de família, decisões recentes do nosso tribunal, bem como trabalhos e artigos científicos que versam sobre o assunto.

## 2. DO BEM DE FAMÍLIA

O presente capítulo tem como finalidade expandir o conhecimento sobre o instituto do bem de família, trazendo uma abordagem sobre sua origem.

### 2.1 Conceito

Com o objetivo de proteger a entidade familiar de crises econômicas, o bem de família é considerado o imóvel destinado à moradia de uma família, que não pode ser objeto de penhora para pagamento de dívidas judiciais, visando reservar o direito à moradia, e outros valores primordiais como a dignidade e a personalidade da pessoa humana.

Conforme dispõe o artigo 1º da lei 8.009/90 "não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei" (BRASIL, 1990, [s.p]).

Nestes termos, a casa onde uma família reside realiza um dos principais direitos fundamentais e necessários à integridade da vida para viver com dignidade. Logo, pode-se observar que o bem de família é um instituto que visa dar maior força ao direito fundamental à moradia frente a outros direitos, uma vez que este possui natureza existencial, além de ser um direito social imprescindível para a pessoa humana, o qual o direito ao crédito não pode sobrepujar (LÔBO, 2011).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, em ação de execução fiscal, sobre a natureza jurídica do bem de família:

A natureza jurídica do instituto bem de família é de afetação de um bem que seja meio idôneo a atender as necessidades de moradia de uma determinada família. Ao longo do tempo, tem existido incerteza relacionada à amplitude objetiva desta afetação, sendo que, hodiernamente, a afetação do bem de família quebrou grilhões para abranger, além dos bens imóveis, os valores mobiliários." (Couto Filho. in Dívidas Condominiais e Bem de Família no Sistema Jurídico Brasileiro, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).

Álvaro Villaça de Azevedo, defende que o bem de família se trata de um patrimônio especial, que, apesar de não sair do patrimônio do instituidor, diferencia-se do restante do seu patrimônio pela sua função e pela regulamentação específica a que se sujeita. (2002, p. 235).

## 3. TIPOS DE BENS DE FAMÍLIA



O objetivo deste capítulo é classificar os tipos de bem de família. A finalidade do bem de família é proteger o instituto familiar, não somente o direito à habitação, sendo assim, não é qualquer pessoa que pode constituir um bem de família.

### **3.1 Classificações**

No Direito Brasileiro há duas modalidades sobre o bem de família, sendo o bem de família na forma involuntária, que também pode ser chamada de legal, e outra na forma voluntária.

O bem de família voluntária depende de vontade e providências jurídicas especiais, permitindo que se destine um imóvel para sua moradia, protegendo seu grupo familiar contra execuções por dívidas posteriores à instituição, com ressalva das execuções fiscais relativas ao próprio imóvel.

O bem de família legal é o que se aplica à todas as famílias, surgindo com o advento da Lei 8.009 de 1990, instituindo a impenhorabilidade como regra geral já em seu Artigo 1º:

Artigo 1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo Único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Portanto, existem atualmente duas classificações para bens de família: bem de família voluntário e bem de família legal, sendo este regulamentado especificamente pela lei 8.009 de 1990 e àquele pelo atual Código Civil.

### **3.2 Bem de família voluntário**

O bem de família voluntário, consiste em um imóvel residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinado ao domicílio familiar, assim como o legal. Podendo, ainda, abranger valores mobiliários, ou seja, aplicações financeiras, desde que vinculados à preservação física do imóvel ou ao sustento da família, para garantir a entidade familiar meios de prover a sua subsistência, desde que esses valores não ultrapassem o valor do imóvel (DUARTE, 2014).



O imóvel escolhido pela entidade familiar para se tornar bem de família voluntário, uma vez instituído, ficará revestido de inalienabilidade, tornando restrita a alienação, dependendo de consentimento dos interessados e do Ministério Público; e de impenhorabilidade com eficácia ex nunc, ou seja, somente oponível aos credores após registrar bem título no Registro de Imóveis, salvo execução de tributos relativos ao próprio imóvel e também pelas despesas condominiais (DUARTE, 2014).

### **3.3 Bem de família legal**

O bem de família legal surgiu através de uma edição da lei 8009 de 1990, tornando uma proteção automática ao imóvel residencial da entidade familiar, independente de qualquer ato de vontade do titular ou de ato formal de registro.

Enquanto a proteção jurídica do bem de família voluntário só começa a surtir efeitos após a averbação do gravame, a impenhorabilidade do bem de família legal pode ser oponível até mesmo nos processos de execuções que se encontravam em andamento antes da edição da lei 8009/90, “A Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência” (BRASIL, 1998, [s.p]). Assim, subsiste a proteção tanto para dívidas anteriores, quanto para posteriores à caracterização do imóvel como bem de família (MENESES, 2014).

As duas espécies de bem de família, deste modo, se divergem no sentido de que, o bem de família voluntário decorre da vontade dos interessados, sendo necessário, ainda, o atendimento de certas formalidades e requisitos para sua instituição. No tempo em que o bem de família legal não depende de manifestação do seu instituidor e não está condicionado a qualquer formalidade, bastando residir no imóvel para torna-lo, por força de lei, impenhorável (DIAS, 2009).

## **4. DA PENHORA**

O presente capítulo visa conceituar penhora, e ainda argumentar sobre as exceções à impenhorabilidade do bem de família, assim como suas consequências na ordem social e econômica.

### **4.1 Conceito**

A penhora se constitui em um ato em que se apreende um bem, de forma direta ou indireta, com o intuito de sanar o crédito do exequente. A mesma se fundamenta em quatro princípios, sendo eles o princípio da suficiência, o princípio da utilidade, o princípio da especificidade e o da humanização.

No princípio da suficiência há limitações na extensão da penhora, no qual recairá sob quantos bens forem necessários para garantir a quitação da execução.

O princípio da utilidade, a penhora deverá ser útil quanto a sua execução, ou seja, os produtos encontrados em nome do executado, serem totalmente absorvidos pelo pagamento das custas da execução, satisfazendo a dívida.

Consiste no princípio da especificidade, após a penhora, os bens ficaram a ela vinculada liberando os demais bens do patrimônio do devedor. Porém, a devida liberação não garante que o mesmo não poderá ser novamente convocado caso precise de reforço por insuficiência na penhora.

Por fim, o princípio da humanização protege alguns bens que, por motivos variados, como bens de necessidade ou apego emocional serão extraídos da responsabilidade executória, sendo eles dispostos nos artigos 833 e 834 do Código de Processo Civil.

A penhora de um bem de família será admitida em alguns tipos de dívidas, em especiais dívidas relacionadas à execução civil, execução fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, desde que seja movido por razão de créditos dos trabalhadores da própria residência e das devidas contribuições previdenciárias. (GASPARY, 2009).

#### **4.2 Exceções a impenhorabilidade do bem de família**

A impenhorabilidade do bem de família é a regra, porém, há exceções dispostas no artigo 3º da lei 8009 de 1990. Mesmo que se trate de um único bem de casal ou entidade familiar, àquele bem poderá responder de acordo com as hipóteses elencadas no mencionado artigo, sendo:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - (Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

VIII - para cobrança de crédito constituído pela Procuradoria-Geral Federal em decorrência de benefício previdenciário ou assistencial recebido indevidamente por dolo, fraude ou coação, inclusive por terceiro que sabia ou deveria saber da origem ilícita dos recursos. (BRASIL, 1990, [s.p]).

Os incisos II e IV tratam-se de contratos que têm como finalidade o financiamento da própria moradia do devedor, incluindo também financiantos para aquisição e reforma do bem. Sendo assim, caso se torne inadimplente em relação ao pagamento de algum dos valores de financiamento, a impenhorabilidade do bem de família não poderá ser usada, té que se prove ao contrário.

Créditos decorrentes a pensão alimentícia são considerados verbas alimentares pelo legislador, sendo então, prioritárias. Caso o devedor se torne inadimplente quanto a elas, não será aplicada a impenhorabilidade ao bem de família, no que rege o inciso III.

O inciso V trata-se de hipótese em que o bem de família é gravado voluntariamente como garantia de hipoteca. Portanto, o imóvel é voluntariamente oferecido em garantia, não podendo a impenhorabilidade ser oposta.

Gravado no inciso VI, outra exceção é de que a impenhorabilidade do bem de família não se aplica se o mesmo foi comprado com resultados de ações criminosas, ou então, quando se está diante de uma sentença penal.

Por fim, o inciso VII dispõe sobre a possibilidade da penhora dos bens de família do fiador em contratos de locação. Deste modo, são essas as exceções da impenhorabilidade do bem de família, sendo o principal enfoque deste trabalho.

## **5.CONCLUSÃO**

É inegável que a habitação desempenha um papel vital na vida de todos. Este direito não tem apenas a conotação de moradia, pois vai muito além de ter uma casa

própria. Inclui qualidade de vida, higiene e conforto porque preserva a intimidade pessoal e a privacidade familiar, a saúde, tempo livre e muito mais.

No decorrer do trabalho, foram demonstrados diversos aspectos que se tornaram evidentes que a intenção do legislador, pelo bem da família, visava maior proteção dignidade do indivíduo e sua entidade familiar, proteção da lei essencial para a vida em comparação com os outros que é de natureza existencial, além de ser um direito social básico da pessoa humana ao qual o direito crédito não pode exceder.

Mesmo que haja aprovação expressa do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a penhora dos bens da família do fiador em contratos de locação permitida, considera-se que o objetivo deste trabalho foi alcançado porque descobriu-se que essa constitucionalidade viola vários direitos fundamentais, como como garantia da herança mínima necessária a uma vida digna; O princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia e sobretudo princípio da habitação.

Uma intervenção melhor e mais consistente visa resolver o problema do Estado, quando o assunto é a habitação de indivíduos e seus familiares, prevalecendo este direito fundamental sobre a liberdade contratual, autonomia da vontade e interesses patrimoniais puramente individualistas credores e o mercado imobiliário. Em outras palavras, admitiremos que este instituto é realmente inconstitucional.

Sendo assim, chego ao fim dessa pesquisa após analisar claramente que tal impenhorabilidade, conforme já exposto, nada mais é que uma impenhorabilidade relativa, e não absoluta, fatos que comprovam conforme hipóteses já elencadas no artigo 3º da lei nº 8009/90.

Na realização deste estudo, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, recorrendo a autores renomados na área de direito de família, monografias, artigos científicos publicados em sites e revistas, além de decisões e entendimentos recentes de nosso tribunal.

## REFERÊNCIAS

ABREU, K. A. S. **Conceito de Família**. 13 de novembro de 2014 Fonte: Jus Brasil: <https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151335962/conceito-de-familia>. Acesso em 15 de maio de 2022.

BRASIL. **LEI Nº 8.009/90**. 29 de Março de 1990. Disponível em Planalto: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm) . Acesso em 14 de maio de 2022.

BRASIL. (08 de 02 de 2006). **Supremo Tribunal Federal STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 407688 SP, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 08/02/2006**. Fonte: Jusbrasil: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761975/recurso-extraordinario-re-407688-sp>. Acesso em 15 de maio de 2022.

LARA, J. **A flexibilização do conceito legal do bem de família**. 18 de Abril de 2017. Disponível em: Jus Brasil:<https://jhonatanlara.jusbrasil.com.br/artigos/449980360/a-flexibilizacao-do-conceito-legal-do-bem-de-familia> . Acesso em 14 de maio de 2022.

LÔBO, P. **Famílias**. São Paulo: Saraiva. 2011

MENESES, F. C. **Perspectivas acerca das exceções à impenhorabilidade do bem de família legal**. 22 de Outubro de 2014. Disponível em: Jus.com: <https://jus.com.br/artigos/33062/perspectivas-acerca-das-excecoes-a-impenhorabilidade-do-bem-de-familia-legal>. Acesso em 14 de maio de 2022.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA.2009.

GASPARY, Rafaela Gutschwager. A penhora online e a efetividade do processo de execução. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, novembro 2010. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009\\_1/rafaela\\_gaspar.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/rafaela_gaspar.pdf)>. Acesso: 24 de outubro de 2022.

DUARTE, G. A. **Conteúdo Jurídico**. 23 de Dezembro de 2014. Disponível em A evolução histórica do bem de família e a sua disciplina no ordenamento jurídico brasileiro: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-historica-do-bem-de-familia-e-a-sua-disciplina-no-ordenamento-juridico-brasileiro,51700.html>>. Acesso em 24 de outubro de 2022.

## **A INDÚSTRIA DO DANO MORAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS E O PAPEL DO MAGISTRADO NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS**

**DÉBORA PASCAL DE ALMEIDA:**  
Advogada. Especialização em direito tributário pelo IBET, bacharel em direito pela Universidade Federal de Pernambuco<sup>6</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo visa fazer uma análise crítica acerca do dano e suas espécies, bem como da importância do dano moral e de sua progressão histórica, com foco no direito brasileiro. Esse instituto deve ser analisado, cautelosamente, para prevenir indenizações que ultrapassem os limites razoáveis de punição para o prestador de serviços, bem como para buscar prevenir o pagamento de valores mínimos, que não fazem jus à extensão do dano causado, sob a alegação de se tratar de mero aborrecimento. Ademais, objetiva provocar o questionamento acerca da banalização do instituto do dano moral no direito brasileiro, sobretudo no âmbito dos Juizados Especiais e à luz do Código de Defesa do Consumidor, além do papel do magistrado na aferição do dano, motivos estes de grandes debates no âmbito jurídico do século XXI.

**Palavras chaves:** direito civil. Dano moral. Indenização. Banalização do dano moral. Juizados Especiais. Código de Defesa do Consumidor.

**ABSTRACT:** This article aims to make a critical analysis of the damage and its species, as well as the importance of moral damage and its historical progression, with a focus on Brazilian law. This institute must be carefully examined to prevent indemnities that exceed the reasonable limits of punishment for the service provider, as well as to seek to prevent payment of minimum amounts, which do not justify the extent of the damage caused, on the grounds that to deal with mere annoyance. In addition, it aims to provoke the questioning about the banalization of the institute of moral damages in Brazilian law, especially in the scope of the Special Courts and in light of the Code of Consumer Protection, besides the role of the magistrate in the measurement of the damage, these reasons of great debates in the legal framework of the 21st century.

**Keywords:** civil law. Moral damage. Indemnity. Banalization of moral damages. Special Courts. Code of Consumer Protection.

---

<sup>6</sup> Contato: [deborapdalmeida@gmail.com](mailto:deborapdalmeida@gmail.com)



**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE DANO MORAL. 3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DANO MORAL COM FOCO NO DIREITO BRASILEIRO. 4. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 5. INDÚSTRIA DO DANO MORAL: GANHO FÁCIL E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS. 6. O PAPEL DO MAGISTRADO NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 8. CONCLUSÃO. 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental preceituado no Direito Brasileiro, é o ponto de partida para a proteção jurídica do dano em âmbito moral, devendo este bem ser amplamente respeitado.

O artigo, então, abordará a problemática da banalização do dano moral no âmbito dos Juizados Especiais, à luz do Código de Defesa do Consumidor, que se deu a partir da previsão expressa pela Constituição Federal, promulgada em 1988, em seu artigo 5º, incisos V e X.

Ademais, visa provocar a reflexão acerca da função do magistrado na concessão das indenizações, em face das grandes demandas que, muitas vezes sem causa, contribuem para a morosidade do sistema judiciário brasileiro.

## 2. CONCEITO DE DANO MORAL

O dano consiste no prejuízo causado por um ato da natureza ou por um ser humano a outrem, subdividindo-se, por sua vez, em dano patrimonial e extrapatrimonial. Urge salientar, ainda, que parte da doutrina também subdivide o dano extrapatrimonial em dano moral e outras espécies. A doutrina majoritária opta por diferenciar os dois tipos de danos supracitados a partir da negativa de uma delas, ou seja, conceitua o dano patrimonial como aquele que atinge os bens materiais ou pecuniários de um ser humano, enquanto que o dano moral é aquele que atinge os bens imateriais dele, como a sua integridade psicológica ou a sua imagem. Assim, como a vida humana é regida de elementos imateriais, é mister a comprovação do atentado à dignidade da pessoa humana para a sua caracterização.

Neste sentido, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2015, p. 333), definem o dano moral como o “prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade).

Para Carlos Alberto Bittar, os danos morais são “os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato



violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação e da consideração pessoal). Ademais, na doutrina de Maria Helena Diniz, "o dano moral é a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo ato lesivo".

Em se tratando da indenização dos danos morais, são requisitos a efetividade ou certeza, pois a lesão ao bem jurídico não poderá ser hipotética, muito menos incerta e abstrata; a subsistência do dano, ou seja, a sua existência, ainda, sem ressarcimento; e a lesão a um interesse juridicamente tutelado, de natureza moral.

Como os objetivos e limites do dano moral não foram previstos, expressamente, no Código Civil de 2002, cabe à doutrina e à Jurisprudência analisá-los, à luz da primazia da pessoa humana, da justiça social e da solidariedade, com o fito de desestimular as práticas abusivas cometidas pelos fornecedores, à medida que previne e pune as mesmas.

### **3.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DANO MORAL COM FOCO NO DIREITO BRASILEIRO**

Com o desenvolvimento das relações interpessoais no desenvolvimento das sociedades, além da reparação pelos danos patrimoniais, em determinado momento, observou-se a necessidade de reparar, também, os danos extrapatrimoniais, surgindo, assim, o instituto do dano moral.

Ainda em 2140 a.C, o Código editado pelo imperador da suméria, Ur-Nammu, já previa em seu texto a reparação do dano moral, a medida em que as leis obrigavam o responsável por causar dano físico a um terceiro, a pagar o equivalente à vítima em mina de prata. O Código de Hamurabi, por sua vez, editado em 1700 a.C na Babilônia, adotava o critério corporal e não pecuniário, pois facultava ao agente a justiça com as próprias mãos, sob o lema "olho por olho, dente por dente".

No Direito Brasileiro, em se tratando do dano moral, a doutrina muito discutiu sobre a sua reparabilidade, vez que muitos juristas, antes da Constituição Federal de 1988, admitiam, apenas, a indenização pelos danos patrimoniais.

Grandes civilistas como Lafayette, Jorge Americano e Agostinho Alvim, defendiam teses contrárias ao ressarcimento pelo dano moral, influenciados pelo Código Napoleônico, em que o ser humano era visto pelas riquezas que possuía, não pelo ser que ele era. A caracterização, assim, da resistência dos setores conservadores do pensamento jurídico nacional, sustentava que se a lesão não se caracterizasse por ofensas, em sua essência, econômicas, não haveria o que se falar em dano extrapatrimonial, pois era impossível quantificar a sua extensão.

Com a fervorosa discussão doutrinária e à luz, também, da jurisprudência francesa, os tribunais brasileiros passaram a admitir a reparabilidade do dano moral, desde que houvesse reflexos patrimoniais. Também houve progresso em sua consolidação com a Súmula 37 do STJ, que prevê a cumulatividade das indenizações pelo mesmo fato, *in verbis*:

**Súmula 37, STJ:** *São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.*

Pondo fim às controvérsias, a Constituição Federal de 1988 admitiu expressamente a reparabilidade do dano moral, em seu art. 5º, V ("é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem) e 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").

Ademais, o Código Civil de 2002, em seu artigo 186, discorre, a saber:

**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.*

#### **4.O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

O Código de Defesa do Consumidor, de 1990, surge como instituto de proteção aos consumidores, tendo sua previsão respaldada na Constituição Federal, em seu art. 170, V, que traz como princípio a defesa do consumidor como forma de justiça social, pois são considerados hipossuficientes em comparação à máquina econômica do sistema capitalista, esta que é baseada no crescimento da ordem econômica em face da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa.

O referido código, em seus artigos 12 e 13, prevê a responsabilidade do fabricante, do produtor, do construtor e do comerciante se dá independentemente de culpa (responsabilidade objetiva), pela reparação dos danos causados aos consumidores por vícios e defeitos decorrentes de seus produtos.

#### **5.INDÚSTRIA DO DANO MORAL: GANHO FÁCIL E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS**

A indústria do dano moral, atualmente, pode ser tida como uma das grandes problemáticas acerca da matéria, tendo em vista a sua banalização. Esta se dá, assim, à medida em que a população judicializa situações que, a partir de um olhar crítico, não ensejariam dano moral, pois não tratam de meros aborrecimentos.

O instituto da indenização por dano moral, como conceituado anteriormente, visa respaldar a lesão a bens e interesses jurídicos imateriais, a princípio, pecuniariamente inestimáveis, em face de prejuízo certo e subsistente causados por alguém a um terceiro.

À luz da razoabilidade e da proporcionalidade, o dano moral não pode se dar por um mero aborrecimento, dissabor, mágoa ou irritação cotidiana, pois não pode gerar enriquecimento sem causa. Quanto ao tema, Antonio Jeová Santos (2001, p. 119-120), esclarece que:

*“Conquanto existem pessoas cuja suscetibilidade aflore na epiderme, não se pode considerar que qualquer mal-estar seja apto para afetar o âmagô, causando dor espiritual. Quando alguém diz ter sofrido prejuízo espiritual, mas este é subsequente de uma sensibilidade exagerada ou de uma suscetibilidade extrema, não existe reparação. Para que exista o dano moral é necessário que a ofensa tenha alguma grandeza e esteja revestida de certa importância e gravidade”.*

Exatamente com a ideia de ganho fácil, muitas pessoas buscam o judiciário invocando o dano moral por situações mínimas, ao passo que, as baixas indenizações imputadas aos fornecedores, na maioria das vezes, hiper suficientes, contribuem para a impunidade e para a continuidade das práticas abusivas. Sob o prisma da relação consumerista, a parte ofendida pode até enriquecer sem causa, todavia, tal fato deve se dar, excepcionalmente, quando a mesma for vítima de má-fé pelo agente causador do dano, quando não tiver dado causa ao prejuízo.

No âmbito dos Juizados Especiais, ante o *jus postulandi* das partes e ausência de custas iniciais, bem como a ausência de sucumbência no âmbito dos Juizados Especiais, tem-se uma maior facilidade de postular e o conseqüente aumento das demandas, dando continuidade ao ciclo vicioso da morosidade do sistema judiciário brasileiro e da cultura da banalização do dano moral.

## **6.O PAPEL DO MAGISTRADO NA SOLUÇÃO DO CONFLITO**

A “dor moral ou psicológica”, muito mencionada, acaba por deixar os magistrados sem um parâmetro concreto para mensurar a incidência e o grau do dano moral, vez que abarca conceitos muito subjetivos. Esta dor, entretanto, é consequência, e não o próprio direito violado (Paulo Lôbo, 2002, p; 364).

Tendo em vista a responsabilidade dos magistrados em reconhecer ações que visam apenas o enriquecimento ilícito, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 330), lecionam:

*“O dano deve ser devidamente comprovado na ação indenizatória ajuizada contra o agente causador do mesmo, sendo de bom alvitre exortar os magistrados a impedirem que vítimas menos escrupulosas, incentivadoras da famigerada “indústria da indenização”, tenham êxito em pleitos absurdos, sem base real, formulados com o nítido escopo, não de buscar ressarcimento, mas de obterem lucro abusivo e escorchante”.*

Em contrapartida, os réus dessas ações, ao tentarem minimizar os efeitos de sua atuação ilícita, procuram basear sua defesa no fato de que todos os danos causados não passam de meros aborrecimentos, cabendo aos juízes redobram a cautela nessas demandas, ao apreciarem as alegações, sob pena de, acolhendo o pedido do réu, corroborarem com uma injustiça ao causar prejuízo à vítima, ou, em defesa extrema ao consumidor, incentivar, cada vez mais, a banalização do enriquecimento por dano moral.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, o dano, desde os primórdios da sociedade, é um instituto que visa reparar o prejuízo sofrido por outrem, cabendo ao dano moral, especificamente, indenizar as lesões de caráter imaterial dos indivíduos.

O presente trabalho, assim, ressalta a banalização desse instituto, à medida em que, no âmbito dos Juizados Especiais e à luz do Código de Defesa do Consumidor, o mesmo é buscado pela população como forma de enriquecimento ilícito, vez que, meros aborrecimentos e chateações do dia a dia estão sendo levadas ao judiciário, com a sua consequente procedência, sem que o juiz analise, à rigor, os requisitos para o pleito do dano moral.

Tal aumento das demandas indenizatórias no âmbito dos Juizados, também se dá em face do *jus postulandi* das partes e da ausência de condenação em honorários sucumbenciais, o que, na teoria, é um grande avanço ao acesso à justiça, entretanto, na prática, é utilizado por muitos visando o lucro em si.

Neste sentido, urge salientar a figura do magistrado como essencial a essa problemática, pois devem analisar com cautela os requisitos para o pedido do dano, bem como, na análise do caso concreto, a dosagem do quantum indenizatório.

## **8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

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

BRASIL. **Lei N° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado, 1990.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 2. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto; *Reparação Civil por Danos morais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. V.7. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Marina Pereira. **A Banalização do Dano Moral**. Maio, 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132982,61044-A+banalizacao+do+dano+moral>>. Acesso em 13 de junho de 2018.

## **DESAFIOS DAS FACÇÕES CRIMINOSAS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO**

**LEONARDO LEMES DA SILVA:**  
Graduando em Direito pela  
Universidade Brasil<sup>7</sup>.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN.  
(orientador)

**RESUMO:** Este artigo tem objetivo estudar as facções criminosas e seus desafios no sistema processual penal brasileiro e no direito comparado. Expõe sobre as facções criminosas, suas origens, como essas facções agem, sua atuação no Brasil, como a legislação trata sobre essas facções, e como se é visto no direito comparado, como outros países agem a respeito.

**Palavras-Chave:** Facção. Organização. Criminosa. Ordenamento. Jurídico

**ABSTRACT:** This article aims to study criminal factions and their challenges in the Brazilian criminal procedural system and in comparative law. It exposes about criminal factions, their origins, how these factions act, their performance in Brazil, how the legislation deals with these factions, and how it is seen in comparative law, how other countries act about it.

**Keyword:** Faction. Organization. Criminal. Ordering. Legal

**SÚMARIO:** INTRODUÇÃO. 1 FACÇÕES CRIMINOSAS. 1.2 QUAIS SUAS ORIGENS. 1.3 O QUE É. 1.4 COMO AS FACÇÕES CRIMINOSAS AGEM. 2 FACÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL. 2.1 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE AS FACÇÕES CRIMINOSAS. 3 FACÇÕES CRIMINOSAS NO DIREITO COMPARADO. CONCLUSÃO. REFERENCIAS.

### **INTRODUÇÃO**

A ideia deste artigo é analisar as organizações criminosas no contexto do crime organizado. A facção criminosa é um grupo indivíduos, existe uma organização paramilitar, eles têm uma hierarquia A composição do crime e muitas disciplinas, principalmente o tráfico medicamento. Este tópico não é apenas sobre o tráfico de drogas e as organizações por trás dele este crime, mas também a forma de tráfico internacional e de drogas Chegando ao Brasil, o crime resultante e o financiamento Em geral, o tráfico de drogas e armas no Brasil vem tirando toda a paz sociedade. A ênfase dessa pesquisa é realizada por meio de

<sup>7</sup> Contato: leonardolemes7256@yahoo.com



compilações bibliográficas, e a jurisprudência e normas do ordenamento jurídico brasileiro. Então, acredita-se que este trabalho está sistematizado de forma pedagógica.

No contexto deste projeto, o objetivo é mostrar como surgiram as facções criminosas no Brasil e no mundo e a evolução dessas organizações e suas principais formas de atuação, e quais as principais áreas que esses grupos agem, onde são os berços do crime organizado e como os estados podem agir para reduzi-lo. Estatísticas do crime organizado notáveis e o que o nosso ordenamento jurídico pode estar melhorando para que o crime organizado possa ser combatido.

O tema escolhido não é muito debatido, e com o desenvolvimento deste, pretende-se colaborar ainda que apenas analisando de forma mais aprofundada o que realmente é Facções criminosas, quais são os seus principais crimes e porquê, como os criminosos agem, quais são suas táticas e rotas, e por que quais presos no Brasil não foram ressocializados para futura integração e como o governo brasileiro tem atuado diante desses acontecimentos, sobre como obter evidências mais concretas para continuar Investigações criminais, relacionadas às mudanças no novo Código de Processo Penal (CPP).

## **1 FACÇÕES CRIMINOSAS**

### **1.2 QUAIS SUAS ORIGENS**

As facções criminosas surgiram dentro das prisões como uma forma de auto-organização dos presos, cujo objetivo era, primeiro, buscar o aprimoramento interno e a sobrevivência no brutal sistema carcerário, e segundo, formar grupos de ação. para a prática do crime e a proteção de seus agentes.

A ideia se espalhou para além das prisões com o advento das panelinhas prisionais, gerando posteriormente um lucrativo mercado de drogas, armas e mensalidades pagas por facções em troca de proteção pessoal e familiar. A ineficiência do Estado é um ponto chave na formação dessas organizações. O Estado se mostrou e se mostra inerte há muito tempo em relação a segurança pública e políticas públicas em geral, dando margem para que as populações mais carentes e em vulnerabilidade criassem um apoio paralelo - as facções criminosas, que foram criadas inicialmente nas cadeias brasileiras com intenção de contrariar o sistema, que apesar de saber das violações, mais uma vez ficou estático (GURGEL; BASÍLIO; RODRIGUES, 2021).

### **1.3 O QUE É**

Muito comuns nos grandes centros urbanos, as facções criminosas são atualmente um grave problema social e político em todo o mundo. Sendo assim, trata-se de um problema atual que afeta vários países, inclusive aqueles classificados como países desenvolvidos.

O estudo das facções criminosas não é apenas um simples problema de violência urbana, mas envolve também uma análise social mais profunda e complexa. Por isso, neste artigo, explicaremos a você o que são as facções criminosas, como surgiram e onde estão concentradas. Uma facção criminosa é classificada como um grupo de pessoas que organizam atos criminosos como assassinato, roubo, discurso, etc. de forma organizada e planejada, destruição urbana e motins prisionais são a prática de cometer crimes a mando de um grupo de pessoas. Em outros casos, tem nome próprio, líder e hierarquia muito clara.

Parte da doutrina sustenta que o verbo “promover” corresponde apenas a fomentar ou lançar uma organização criminosa. Por outro lado, com a pregação doutrinária, o verbo “promover” significa anunciar; promover em termos de propaganda (reunir mais membros e simpatizantes); realizar; executar; testemunhar; fornecer; apaziguar; possibilitar; proporcionar; possibilitar; fazer com que seja realizado; nada é posto em prática; encorajar; avançar; promover; executar; acelerar; desenvolver; apoiar; facilitar uma organização criminosa. Além disso, embora a discussão tenha sido mencionada, a doutrina se divide pelo imediatismo e persistência de “facilitar” a conduta das organizações criminosas.

#### **1.4 COMO AS FACÇÕES CRIMINOSAS AGEM**

As facções criminosas que se instalaram nos presídios brasileiros são um dos maiores, senão o maior, problemas do século relacionados à segurança pública do país, e levaram a uma cadeia de eventos que tem mantido populações inteiras reféns de um crescente e crescente terrorismo, mais dramático. Jogue a população em uma luta real entre os líderes das facções e as autoridades.

Outros tipos de organizações – incluindo estados, forças armadas, forças policiais e corporações – podem às vezes usar o crime organizado para alcançar seus interesses, mas seu poder decorre de seu status de instituições sociais formais. As pessoas tendem a distinguir o crime organizado de outras formas de crime, como financeiro, político, de guerra, crime governamental, etc. Essa distinção nem sempre é clara, e ainda há debate acadêmico sobre o assunto. Por exemplo, em estados falidos (geralmente devido a grupos rebeldes ou pobreza extrema) que não podem mais desempenhar funções sociais básicas como infraestrutura, educação ou segurança, crime organizado, governança e guerra são frequentemente fatores complementares. O termo “máfia parlamentar” é

frequentemente atribuído a democracias cujas instituições políticas, sociais e econômicas estão sob o controle de algumas famílias e/ou oligarcas empresariais.

## **2 FACÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL**

Há pelo menos 53 facções criminosas operando no Brasil, com pelo menos 1 grupo criminoso registrado em cada estado e distrito federal. Organizações criminosas como Primeiro Comando da Capital (PCC) e Comando Vermelho (CV) competem em disputas territoriais e atuam em todo o país.

Não existe um local no Brasil em que não haja a presença e a atuação de organizações criminosas. O país tem pelo menos 53 facções criminosas em atividade, com registros de atuação nas 27 unidades federativas. Com base em investigações e monitoramentos de diferentes órgãos dos governos federal e estaduais – como Polícia Federal, Agência Brasileira de Inteligência (Abin) e secretarias de Segurança, além de promotorias e tribunais de Justiça (ADORNO; MUNIZ, 2022).

O Ministério Público de São Paulo informa que a maior organização criminosa do país tem pelo menos 35.000 membros. Nascido em 31 de agosto de 1993 em São Paulo, o PCC cresceu ao longo do tempo para outros estados e países, impulsionado, entre outros fatores, pelo massacre do Carandiru ocorrido em outubro de 1992. No processo de cartelização, a facção paulista tem tentado construir uma sofisticada operação de lavagem de dinheiro e vínculos com outras organizações criminosas ao redor do mundo, como a máfia italiana *Ndrangheta*, considerada pelas autoridades europeias a organização criminosa mais influente da atividade mundial. Não é segredo que o PCC é a maior facção do país com operações transnacionais. Ele não só comprava maconha e cocaína de países produtores, como também exportava grandes quantidades da droga para a Europa, África e Ásia por meio de navios cargueiros atracados na costa do Brasil.

O Comando Vermelho é a facção mais antiga do país e a segunda maior do Brasil. Apesar de ser o primeiro a chegar ao Paraguai, onde caçava drogas e armas, a CV não tem tradição de exportar cocaína para outros continentes – apesar dos registros de remessas de drogas para o exterior. Das 27 unidades federativas do país, apenas quatro têm uma única facção em seu território: São Paulo, Mato Grosso do Sul e Piauí têm o PCC como principal facção. Já o Mato Grosso é baseado apenas em currículos. Os dados do segundo semestre de 2021 mostram que pelo menos 11 estados registraram confrontos violentos em seus sistemas prisionais. E, no mesmo período, em pelo menos nove unidades da Commonwealth, facções se enfrentaram nas ruas. No entanto, esses registros são instáveis. Desde então, esses choques podem ter cessado, ampliado ou experimentado outras dinâmicas locais.

No Sudeste, além do PCC e do CV, as principais facções criminosas atuantes são os Amigos dos Amigos, Terceiro Comando Puro, Primeiro Comando de Vitória e Trem Bala. Os dados compilados não incluem milícias. Facções e milícias são organizações criminosas. Apesar das semelhanças, os dois grupos diferem pelo fato de que a facção está intrinsecamente ligada ao presídio, enquanto as milícias estão ligadas à polícia.

No Norte, o Amapá tem uma concentração de facções locais mais poderosas que o PCC e o CV – e mais violentas. Os locais são: Amapá *Horror Family*, *Friends Forever* e Amapá Crime *League*. Cinco facções e uma força policial que nunca teve policiais condenados por excesso de aplicação da lei são as razões pelas quais o Amapá está entre os estados mais violentos do país em escala anual.

Além da facção do Amapá, um dos principais players do norte do país é o Cartel do Norte (antiga Família do Norte), considerado um dos principais integrantes da região. Tem como base o rio Amazonas, mas também é registrado na região do Pará. No Acre, PCC, Bonde dos 13 e fara são as facções contra CV. Formado por Fernandinho Beira-Mar no presídio federal de Porto Velho, o CV é a facção criminosa mais antiga de Rondônia, com registros desde pelo menos 2009. Lá existem grupos hardcore nos municípios de Ariquemes e Vilhena. O PCC foi instalado em meados de 2012 com núcleos em Rolim de Moura e Cacoal. A competição entre PCC e CV é mais intensa na prisão do que na rua.

Roraima é dominado pelo PCC depois que facções exterminam membros do CV e CDN. As disputas territoriais são raras devido aos fracos mercados locais. Lá, o PCC se concentrou em fazer negócios com grupos na Venezuela e na Guiana. Os aborígenes são o público-alvo do tráfico de cannabis, de acordo com autoridades locais de segurança pública.

No Pará, o PCC foi descoberto em 2006 e está bem estruturado e segmentado. Seu principal inimigo é o CV, seu principal aliado é o comando de nível A, a facção paulista é muito influente no presídio, mas não domina as ruas. O CV foi descoberto em 2009 e atualmente é a principal facção do estado. Também no estado do Pará, existem CDNs menores que PCC e CV. Não há aliança, e está quase extinta localmente. O CCA, também conhecido pela sigla 331, surgiu em Altamira e é considerado muito poderoso até hoje.

No Tocantins, o PCC foi absoluto até 2009. Após a rebelião daquele ano, os líderes da facção foram transferidos para o sistema penitenciário federal. Como resultado, o CV se fortaleceu na região, tornando-se a maior facção até 2016. Em 2018, o PCC retomou sua recuperação na região e continua sendo a facção dominante na região até hoje. O estado é usado por duas facções como depósito de cocaína enviada dos países produtores. A atmosfera entre as duas facções dentro e fora da prisão é vista como tensa.

Já no Nordeste, no estado do Ceará, existem diferentes dinâmicas de comportamento das facções. Nos subúrbios de Fortaleza, liberdade não significa liberdade. Você pode estudar, trabalhar e ter uma família completa. E, mesmo assim, não há liberdade suficiente para atravessar a rua, ir à escola ou ir a um posto de saúde. Isso pode acontecer se você mora em uma comunidade dominada por uma facção e precisa viajar para uma comunidade dominada por outra facção. Este é um grande crime regulamentado pelas facções Guardiã Nacional, PCC e CV no Ceará.

No estado da Bahia, por outro lado, há uma forte ligação entre o crime organizado e o chamado "Novo Cangasso" – termo controverso. Alguns especialistas preferem chamar esse fenômeno de "tomada de domínio/cidade". A Bahia é o quinto maior estado da federação e possui um grande número de facções criminosas nas grandes cidades. No entanto, a sua ligação ao campo deveu-se principalmente à grande pilhagem das pequenas cidades. Entre as facções locais, uma é especializada em crimes desse tipo, inclusive em operações de mídia em outros estados do país. Este é um bonde louco.

As regiões central e oeste do Brasil são os principais pontos de entrada e saída do tráfico de drogas e armas no Brasil. Autoridades federais apontam que cerca de 80% da cocaína e maconha que entram no país passam por lá primeiro. Em Mato Grosso do Sul, o PCC domina. Em Mato Grosso, CV. Goiás entrou em uma disputa entre as duas facções e a facção local Família Monstro. Além dos dois distritos federais nacionais, o distrito federal também conta com a facção local Comboio do Cão.

## **2.1 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE AS FACÇÕES CRIMINOSAS**

Nossa própria legislação facilita a discussão desse conceito, pois não é abordado explicitamente na Lei 9.034/95, como veremos com mais detalhes ao final do estudo. Seria melhor se os legisladores conceituassem o termo explicitamente, dando ao fenômeno o reconhecimento específico que ele merece e encerrando qualquer discussão (BRASIL, 1995).

A maioria dos estudiosos remonta ao surgimento do crime organizado nos séculos XVII e XVIII. As atividades do contrabandista francês Louis Manderling, e as atividades de piratas e piratas da época, foram apoiadas por vários países, estabelecendo esquemas corruptos semelhantes aos que vemos hoje entre facções criminosas e as autoridades.

A Lei nº 12.850/2013 redefine legalmente o conceito de organização criminosa. De acordo com o artigo 1.º, n.º 1, deste diploma normativo, considera-se organização criminosa a organização de 4 (quatro) ou mais pessoas organizadas em estrutura e caracterizada por divisão de trabalho, ainda que informal, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, Qualquer benefício de qualquer natureza obtido pela prática de um

crime de pena máxima superior a 4 (quatro) anos ou de caráter transnacional (BRASIL, 2013).

Disponível na ORCRIM conforme definido pela Lei 12.850/2013, primeiramente, de acordo com a Lei nº 12.694/2012, o número de membros de uma organização criminosa foi alterado para 4 (quatro) ao invés de 3 (três), alterando assim o artigo 288, CP (crime de quadrilha ou quadrilha é chamado de associação criminosa) (BRASIL, 2012);

A sociedade brasileira é profundamente afetada pela criminalidade violenta, o que tem aumentado muito a insatisfação dos cidadãos com os serviços jurídicos e de segurança pública prestados pelo Estado. É, portanto, dever do Estado atender aos anseios da população e promover o bem-estar da sociedade, visando atender a esses anseios, ou seja, a Lei 13.964/19 visa aumentar a gravidade criminal, especialmente em relação ao crime organizado, e também para possibilitar processos mais rápidos (eficiência judicial), o que levaria à resolução do problema dos crimes violentos cometidos no Brasil em primeiro lugar (BRASIL, 2019).

Um dos alvos mais importantes do pacote anticrime é o órgão jurídico nacional contra o crime organizado, visto que o país já vive uma grave crise política e de segurança pública, um dos maiores males da sociedade brasileira.

Portanto, concluiu-se que um dos propósitos da Lei nº 13.964/19, comumente denominada de Pacote Anticrime, foi tornar o Estado juridicamente capaz de combater crimes mais complexos, como corrupção ou crimes cometidos por organizações criminosas, e também Devem ser respeitados os preceitos da constituição penal, o que tem suscitado no meio jurídico um debate sobre a responsabilidade do Estado em defender os direitos e garantias consagrados no ordenamento jurídico vigente, mesmo no exercício de seu poder de punir os infratores.

A dicotomia punitivo/salvaguarda trazida pelas leis estudadas será analisada, juntamente com as observações teóricas feitas sobre ela, analisando as principais mudanças legais que se seguiram ao surgimento do pacote anticrime.

Segundo seu criador, o ex-ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, o pacote anticrime visa alterar os códigos penais existentes para combater crimes mais graves, como crimes violentos, crime organizado e até grandes organizações criminosas Crimes de corrupção cometidos, como esquemas de desvio de grandes quantias de dinheiro dos cofres públicos (MORAES, 2019).

Outro objetivo da referida lei é aumentar a eficiência judicial e, assim, agilizar o processo. Para atingir esses objetivos, o sistema jurídico penal precisará passar por algumas mudanças notáveis.



A Lei nº 4.895/20 alterou o Código Penal e introduziu o delito de "intimidação violenta" para punir membros de organizações criminosas que tentam intimidar autoridades públicas por meio de atos de violência. A pena máxima é de 12 anos de prisão, que pode ser aumentada se uma pessoa for morta. O Deputado Subtenente Gonzaga (PDT-MG), disse que a nova categoria de crime foi criada para punir com mais severidade a queima de ônibus, a profanação de prédios públicos, as ondas de ataques a agentes de segurança pública e outros atos de violência que acabaria por impor toque de recolher aos residentes locais. Segundo ele, embora esses atos sejam punidos pela legislação vigente, é preciso criar uma infração única para enquadrar esse conjunto de atos.

Se houver crime conexo, se for causado ferimento ou morte, se a ação for cuidadosamente planejada sob a direção do preso ou do líder do grupo criminoso, ainda que o infrator principal induza menor à prática do ato, a punição será aumentada.

### **3 FACÇÕES CRIMINOSAS NO DIREITO COMPARADO**

Como o nome sugere, o direito comparado fornece uma forma de fazer comparações entre os sistemas jurídicos de vários países onde também existem facções criminosas e vários outros crimes. Criá-los requer, mais importante, a capacidade de desvendar as rotas do tráfico para entender quais países têm as ligações mais ilícitas.

Como o resto da Europa, a Alemanha está constantemente sob ataque de vários grupos do crime organizado transnacional, que estão envolvidos principalmente no tráfico de drogas, importando toneladas de drogas ilegais para a Alemanha e lavando grandes quantias de dinheiro sujo na economia legal da Alemanha. nação.

Na década de 1980, o Estado italiano promulgou uma "lei de prevenção de propriedade" que permitia o confisco de bens de origem ilícita suspeita sem a necessidade de provar um crime específico. A legislação permite o confisco de bens quando estes forem desproporcionais aos lucros declarados ao fisco.

De acordo com o Ministério da Justiça italiano, desde a adoção da lei, organizações criminosas como *Ndrangheta*, *Cosanostra* e *La Camorra* não mantêm mais ativos ilegais na Itália, pois existe um alto risco de que esses ativos sejam confiscados.

O Código Penal de Portugal pune no art. 299 menciona que qualquer pessoa que defenda, crie, adira ou apoie grupos, organizações ou associações destinadas a cometer crimes (PORTUGAL, 1995). A tipificação não determina um número mínimo de membros, que logicamente deve ser maior que dois. Assim, aplicam-se em Portugal as regras da Recomendação Rec (2001) do Conselho de Ministros da UE, nomeadamente que existe organização criminosa quando se estabelece um grupo estruturado de três ou mais

pessoas. Na verdade, o artigo 299.º do Código Penal utiliza a expressão grupo, organização ou associação destinada à prática de um crime, ou seja, mais do que um. Tanto a Convenção como a Recomendação referem-se ao “cometimento de um ou mais crimes”, ou seja, para as Nações Unidas e para a União Europeia, mesmo que apenas um crime seja cometido, trata-se de um crime conjunto. Há conflito entre as artes. Artigo 299º do Código Penal Português e Estatuto das Artes. Artigo 5 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Recomendação do Conselho de Ministros da União Europeia de 19 de setembro de 2001 Rec (2001). Arte, na verdade. O artigo 299.º do Código Penal utiliza a expressão grupo, organização ou associação destinada à prática de um crime, ou seja, mais do que um. Tanto a Convenção como a Recomendação referem-se ao “cometimento de um ou mais crimes”, ou seja, para as Nações Unidas e para a União Europeia, mesmo que apenas um crime seja cometido, trata-se de um crime conjunto. A Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro trata das medidas contra o crime organizado e os crimes económico-financeiros, prevendo um regime especial para a recolha de provas de vários crimes, especialmente os relacionados com o crime organizado (SOUZA, 2007).

O crime organizado transnacional sabe como se conectar globalmente, compartilhando seus ativos, infraestrutura e capital para crescer juntos e contornar as fronteiras nacionais. É um absurdo que as nações do mundo não tenham se unido, pelo menos continentalmente, com políticas comuns e abordagens legais coordenadas, compartilhando inteligência, infraestrutura e recursos para enfrentar essa ameaça.

## CONCLUSÃO

No contexto deste estudo, como surgiram as organizações criminosas no Brasil e no mundo, a evolução dessas Grupos criminosos e seus principais modos de operação, principais regiões de origem do crime organizado e como os países estão agindo para reduzir o crime O que importa são as estatísticas criminais e o impacto do ordenamento jurídico do nosso país. O objetivo deste projeto é demonstrar antes da pesquisa humildemente, com O ordenamento jurídico da luta nas fronteiras, favelas, lugares Tráfico, nas operações policiais e na criação de ferramentas de inteligência para facilitar, não Apenas investigações, mas depois de descobrir todas as vias criminais e Principalmente, os esforços do estado para punir esses líderes e integrantes das facções criminosas. O artigo também busca mostrar através do direito comparado como outros países lidam com essas facções e como são aplicadas suas penas.

## REFERENCIAS

ADORNO, Luis; MUNIZ, Tiago. **As 53 facções criminosas brasileiras**. 2022. Disponível em: <https://fontesegura.forumseguranca.org.br/as-53-faccoes-criminosas-brasileiras/>. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 9034, de 3 de maio de 1995 - Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.** 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9034-3-maio-1995-348988-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – código penal.** 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012 - Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas.** 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm). Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.** 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em: 29 ago. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 – aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto criminaliza intimidação violenta por organizações criminosas.** 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/704067-projeto-criminaliza-intimidacao-violenta-por-organizacoes-criminosas/#comentario>. Acesso em: 29 set. 2022.

EQUIPE ÂMBITO JURÍDICO. **O Crime Organizado Perante A Lei Penal Brasileira e a Constituição Federal.** 2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-crime-organizado-perante-a-lei-penal-brasileira-e-a-constituicao-federal/>. Acesso em: 29 ago. 2022.

GURGEL, Larissa Maria Duarte; BASÍLIO, Yasmim Alves; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **O sistema penitenciário brasileiro e o surgimento das facções criminosas: causa e consequência.** 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/92941/o-sistema-penitenciario-brasileiro-e-o-surgimento-das-faccoes-criminosas-causa-e-consequencia>. Acesso em: 20 out. 2022.

LEITÃO JUNIOR, Joaquim. **O que é preciso para a configuração do crime de organização criminosa?** 2018. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/600985323/o-que-e-preciso-para-a-configuracao-do-crime-de-organizacao-criminosa>. Acesso em: 09 nov. 2022.

LUZ, José William Pereira; CORDÃO, Rômulo Paulo. **Análise da evolução das facções e de sua constituição em organizações criminosas**. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/96766/analise-da-evolucao-das-faccoes-e-de-sua-constituicao-em-organizacoes-criminosas/2>. Acesso em: 29 set. 2022.

MORAES, Isabela. **Pacote anticrimes: saiba o que Sérgio Moro propõe!** 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lei-anticrime-saiba-o-que-sergio-moro-propoe/>. Acesso em: 28 set. 2022.

PODER. **Brasil tem atuação de 53 facções criminosas**. 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/brasil-tem-atuacao-de-53-faccoes-criminosas-diz-forum/>. Acesso em: 29 set. 2022.

PORTUGAL. Diário da República Eletrônica. **Código penal Português (CP) - Decreto-Lei n.º 48/95**. 1995. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. Acesso em: 17 nov. 2022.

SOUZA, Alexis Sales de Paula e. **Conceito de organização criminosa no direito comparado**. 2007. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2007-ago-14/conceito\\_organizacao\\_criminosa\\_direito\\_comparado?pagina=3](https://www.conjur.com.br/2007-ago-14/conceito_organizacao_criminosa_direito_comparado?pagina=3). Acesso em: 08 set. 2022.

STOODI. **Facções criminosas: o que é, no Brasil e no mundo**. 2022. Disponível em: <https://www.stoodi.com.br/blog/atualidades/faccoes-criminosas-o-que-e/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

ULBRA. Blog. **18 frases para quem quer fazer direito se inspirar!** 2022. Disponível em: <https://blog.ulbra.br/frases-para-quem-quer-fazer-direito/#:~:text=%E2%80%9CA%20justi%C3%A7a%20%C3%A9%20o%20direito%20do%20mais%20fraco.%E2%80%9D&text=%E2%80%9CA%20for%C3%A7a%20do%20direito%20deve%20superar%20o%20direito%20da%20for%C3%A7a.%E2%80%9D&text=%E2%80%9CO%20fim%20do%20Direito%20n%C3%A3o, preservar%20e%20ampliar%20a%20liberdade.%E2%80%9D&text=%E2%80%9CA%20ess%C3%Aancia%20dos%20Direitos%20Humanos%20%C3%A9%20direito%20a%20ter%20direitos.%E2%80%9D>. Acesso em: 29 set. 2022.

WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. **Crime organizado**. 2022. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Crime\\_organizado](https://pt.wikipedia.org/wiki/Crime_organizado). Acesso em: 29 set. 2022.

## A LEGALIDADE DO DIREITO AO PORTE DE ARMAS À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

**ROSEMBERG PADIAL DA SILVA:**  
graduando em Direito pela  
Universidade Brasil<sup>8</sup>.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo discorrerá acerca da temática: A Legalidade ao Porte de Armas à Luz do Direito Penal Brasileiro, abordando a evolução histórica da Lei n 10.826/03, o Estatuto do Desarmamento; instituto da flexibilização do porte de arma de fogo; conceito legal e diferenças existentes entre o porte de arma e a posse de arma; previsão segundo a Constituição Federal; legítima defesa; índice quantitativo de mortes provocadas por usuários de arma de fogo nos últimos anos. Visando apontar as consequências sociais, políticas e jurídicas bem como os princípios que regem tal estatuto, conforme ordenamento jurídico penal brasileiro. Tal Estatuto dispõe de institutos que proíbem o armamento, a fim de enfatizar o modelo de uma sociedade livre de armas. A presente pesquisa utilizará o método de revisão bibliográfica em artigos, teses, doutrinas e jurisprudências, por meio do buscar Google Acadêmico como banco de dados, objetivando coletar dados que fundamentem e embasem a referente pesquisa.

**Palavras-chave:** Arma de fogo; Posse x Porte; Estatuto do Desarmamento; Direito Penal Brasileiro.

**ABSTRACT:** This article will discuss the theme: The Guns Possession Legality, read by the sight of the Brazilian's Criminal Law Code, abording the historical Evolution of Law n. 10.826/03, the Statute of Non-Gun-Possession; flexibilization of the gun's possession institute; the legal concept and the differences around the guns possessing and owning; it's sight about the State Main Law. The person's own protection, quantitative index of gun wielder's deaths accidents in the last years. Attending to aim social, political, juridical consequences and its principles that rules that statute, according to the Brazilian juridical criminal ruleset. That statute disposes institutes that forbids the gun's possession, aiming to emphasize a model of a gun possessing free society. The recent research is going to use the bibliographic revisions based in articles, thesis, doctrines and jurisprudences methods,

---

<sup>8</sup> Contato: [rosebergps@gmail.com](mailto:rosebergps@gmail.com)

by the use of Google Academics as database, objectifying to collect data that focuses and supports this research.

**Keywords:** Firearm; Carry x Possess; Disarmament Statute; Brazilian Criminal Law.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo discorre acerca da legalidade do porte de arma de fogo à luz do direito penal brasileiro, atualmente previsto pelo Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826/2.003. Há diversas opiniões entre os juristas sobre o referido tema, que tratam de sua efetiva aplicação, sanções, eficácia no seio social brasileiro, apontando índice de mortes por arma de fogo nos anos de 2019 a 2022, abordando as consequências jurídicas e sociais do referido dispositivo legal junto à sociedade.

Considerando-se que atualmente há incidência de calorosos debates sobre o tema armas de fogo, bem como seus reflexos na violência social como um todo. As opiniões são deveras divergentes, visto que há defensores de medidas que sejam mais rígidas quanto ao porte e comércio de armas de fogo, e outros que defendem o direito e a acessibilidade ao porte e a posse de armas de fogo ao “cidadão de bem” como medida de sua própria segurança e de sua família.

Verifica-se, após breve análise, que a edição e respectiva aplicação dos dispositivos da Lei nº 10.286/03, tornou-se mais rígida e, portanto, difícil, a autorização para aquisição legal de munições e arma de fogo.

O supracitado dispositivo legal prevê como requisito para aquisição de arma de fogo, de uso permitido, declarar necessidade concreta, comprovar idoneidade, residência fixa, capacidade técnica e psicológica.

Dentro desse contexto, no Capítulo 1, será apresentado o conceito de arma de fogo, evolução histórica na sociedade brasileira, estatuto do desarmamento, diferenças entre porte e posse.

O Capítulo 2 discorrerá sobre o instituto da legítima defesa, pesquisa do índice de mortes provocadas por arma de fogo, referente aos anos de 2019 a 2022, fundamentando-se em dados estatísticos oficiais.

Por fim, o Capítulo 3 abordará a previsão Constitucional a respeito do porte de armas de fogo, sua previsão legal no Direito Penal, bem como sua aplicabilidade.

A metodologia adotada na presente pesquisa é a revisão bibliográfica em doutrinas, jurisprudências, artigos científicos, *sites* oficiais, utilizando como banco de dados o



buscador Google Acadêmico e Scielo, com a finalidade de enriquecimento e melhor fundamentação do presente artigo.

## 2. CONCEITO DE ARMA DE FOGO

A definição conceitual, e atual, para descrever uma arma de fogo, foi inserida no artigo 3º, inciso XIII, do Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000, que definia:

[...] arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil. (Artigo 3º, inciso XIII, DECRETO n. 3.665, 2000).

Para Reimer (2009), conforme a legislação brasileira, divide-se armas de fogo em duas espécies, armas de uso restrito e armas de uso permitido. Porém, entende-se que qualquer arma seria de uso permitido, sendo que a utilização de toda e qualquer arma de fogo possui restrições, incluindo as armas de fogo de uso permitido.

O Decreto nº 3.665/2000 define as armas de fogo de uso restrito em seu artigo 16 e as de uso permitido em seu artigo 17, classificando as armas de maior potência e calibre, armas que possuem semelhança com as utilizadas pelo exército brasileiro, bem como as automáticas, que são armas que realizam diversos disparos ao pressionar o gatilho uma única vez.

Já a lei 10.826/2003 prevê em seu artigo 26:

“São vedadas a fabricação, a venda, a comercialização e a importação de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas se possam confundir.

Parágrafo único. Excetua-se da proibição as réplicas e os simulacros destinados à instrução, ao adestramento, ou à coleção de usuário autorizado, nas condições fixadas pelo Comando do Exército. (BRASIL, Lei nº 10.826/2003, art.26)

Vale citar que a legislação brasileira regula, também, a aquisição de determinados artefatos considerados armas, mesmo não possuindo potencial lesivo, porém em razão do ato intimidatório que pode vir a ocasionar, no caso de esportes como o “paintball” e “airsoft”. Necessita-se para a prática destes esportes a utilização de equipamentos

classificados como armas, regulamentadas por meio da Portaria nº 006-D LOG, de 29 de novembro de 2007.

A fabricação de réplicas reais de armas de fogo, mas que não possuem poder de disparo, necessita de autorização do Comando do Exército, podendo ser adquiridas somente mediante a fiscalização e autorização da DFPC (Diretoria de Fiscalização de Produtos Controlados) para finalidades específicas de adestrar, instruir ou colecionar, devendo o usuário ser devidamente cadastrado no Exército Brasileiro.

Diante de tal contexto, constata-se que há grande preocupação acerca da fabricação, do comércio e utilização, tanto de armas de fogo que possuem potencial lesivo quanto as réplicas.

### **3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

O porte de armas em território nacional vem sendo debatido e legislado desde a Era do Império, que já considerava crime a utilização de armas restritas.

No ano de 1830, a Lei de 16 de Dezembro, denominada como Código Criminal do Império, já previa a temática, dispondo em seu Capítulo V, artigos 297 a 299, a utilização de armas, com a seguinte redação:

“Art. 297. Usar de armas ofensivas, que forem proibidas. Penas – de prisão por quinze a sessenta dias, e de multa correspondente à metade do tempo, além da perda das armas.

O uso, sem licença de pistola, bacamarte, faca de ponta, punhal, fivelas ou qualquer outro instrumento perfurante, será punido com a pena de prisão com trabalho por um a seis meses, duplicando-se na reincidência. (PUPIN; PAGLIUCA,2002, p.03).

No ano de 1831, já após a independência, a utilização de armas de fogo era restrito aos ofícios de justiça e pessoas que possuíam autorização de um juiz de paz.

Logo após a proclamação da República, em 1890, os crimes passaram a possuir como agravantes a “superioridade em armas”, a fabricação de armas ou pólvoras somente eram permitidos com licença policial.

Em 1934, por meio de um decreto, o Exército Brasileiro tornou-se responsável por controlar e administrar a fabricação e a comercialização de armas, munições e artefatos explosivos.

No ano de 1941, por meio de um decreto, possibilitou pela primeira vez o porte simples de arma de fogo. Desta forma, transitar com arma de fogo fora de seu domicílio passou a ser crime em território nacional. (ROCHA, 2019)

Em 1997, o então presidente Fernando Henrique Cardoso, por meio da Lei nº 9437, instituiu o SINARM (Sistema Nacional de Armas), no qual passou a ser responsável por cadastrar apreensões de armas de fogo, incluindo as armas vinculadas a procedimentos judiciais e policiais. Ademais, a referida lei exigia requisitos para o porte de armas, sendo necessário a comprovação de idoneidade, comportamento social produtivo, aptidão física e psicológica. (ROCHA, 2019)

“Art. 1º Fica instituído o Sistema Nacional de Armas - SINARM no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal, com circunscrição em todo o território nacional.

Art. 2º Ao SINARM compete:

I - identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro;

II - cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País;

III - cadastrar as transferências de propriedade, o extravio, o furto, o roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados cadastrais;

IV - identificar as modificações que alterem as características ou o funcionamento de arma de fogo;

V - integrar no cadastro os acervos policiais já existentes;

VI - cadastrar as apreensões de armas de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais e judiciais. ” (BRASIL, Lei 9437, de 20 de novembro de 1997)

No ano de 2003, foi sancionada a Lei n. 10.826, conhecida como Estatuto do Desarmamento, visando a redução da circulação de armas, objetivando evitar o porte ilegal, como também o contrabando. Ainda, proporcionando mais atribuições ao SINARM, permitindo a posse de armas de fogo exclusivamente para formação profissional e por necessidade de comprovação do cumprimento das atividades profissionais. (ROCHA, 2019)

Já no ano de 2019, o atual presidente Jair Messias Bolsonaro flexibilizou a posse de armas alegando “comprovada necessidade” para a utilização de armas de fogo, até então não sendo especificada no Estatuto do Desarmamento. (ROCHA, 2019)

Ficando permitido a posse de armas de fogo para moradores de área urbana que residam em estados com alto índice de homicídios que superem a taxa de 10 a cada 100 mil habitantes, moradores das áreas rurais, abrangendo todo o território nacional. Mais ainda, sendo liberada a posse para servidores públicos com funções policiais, proprietários de estabelecimentos industriais ou comerciais, sendo ainda aumentado a validade do registro passando de 5 para 10 anos de validade. (ROCHA,2019)

#### **4. ESTATUTO DO DESARMAMENTO**

No ano de 2003 foi promulgada a Lei nº 10.826/03, conhecida como Estatuto do Desarmamento, resultante do pedido da população.

Facciolli (2010) afirma que: “ pressão intensa da mídia e de ONGs promoveram a ilusão de que a proibição da venda e da restrição ao porte de armas de fogo poderia acabar com a violência que domina os grandes centros urbanos”.

Para a aprovação do Estatuto do Desarmamento foi realizado um referendo no qual consultou a população nacional, possuindo as mesmas características de uma eleição política, objetivando buscar a opinião da população a respeito da proibição ou não do comércio de armas de fogo. (WADOW, 2018)

Em 2005 o governo promoveu um referendo relacionado a proibição do comércio de armas de fogo bem como as munições. Porém sendo rejeitado pela população, não entrou em vigor.

Tal referendo apontou um índice nacional de votos de 63,94% dos votos sendo contrários ao desarmamento, e 36,06% a favor do desarmamento. Estados como o Rio Grande do Sul apontou que 86,83% da população votaram por possuir armas de fogo. (FOLHA UOL, 2012, p.1)

Destaca-se que a Lei 10.826/03 foi um marco de grande importância, sendo de caráter principalmente restritivo, visando dificultar o acesso da população às armas de fogo.

Faccioli (2010, p.19) comenta: “Infelizmente, a cultura que se desenvolveu em torno das armas de fogo no Brasil é a de repulsa, aversão – ‘visão antiarmas’. O instrumento em si (arma) não é venal; o que torna nocivo é o seu mau uso[...]”

A Lei 10.826/03 traz em seu bojo alguns empecilhos para a aquisição de arma de fogo para a população brasileira, que em seu artigo 3º prevê:

“Art. 3º - É obrigatório o registro de arma de fogo no órgão competente. Parágrafo único. As armas de fogo de uso restrito serão registradas no Comando do Exército, na forma do regulamento desta Lei.”

Assim constata-se a necessidade do registro da arma de fogo, já o artigo 4º traz os requisitos necessários para possuir armas de fogo de uso permitido:

“Art. 4º - Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos: I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos;” (Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008)

I – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa; III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.

Diante de tal contexto, o referido artigo, bem como seus incisos, estabelece que o cidadão deve comprovar a essencial necessidade para adquirir uma arma de fogo.

Já o inciso II, prevê que é necessário que o indivíduo demonstre idoneidade, por meio de certidões negativas, bem como de antecedentes.

Ainda, o inciso III trata da capacitação técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma da Lei.

Porém, em relação aos criminosos, seu acesso a armas de fogo não exige burocracia, é prático e rápido, possuindo valores bem abaixo do valor comercial legal.

A supracitada Lei é regulamentada pelo Decreto nº 5.123/04, artigo 12, que traz:

“Art. 12. Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá: I - declarar efetiva necessidade; II - ter, no mínimo, vinte e cinco anos; III - apresentar original e cópia, ou cópia autenticada, de documento de identificação pessoal; (Redação dada pelo Decreto nº

6.715, de 2008). IV - comprovar, em seu pedido de aquisição do Certificado de Registro de Arma de Fogo e periodicamente, a idoneidade e a inexistência de inquérito policial ou processo criminal, por meio de certidões de antecedentes criminais da Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral, que poderão ser fornecidas por meio eletrônico; (Redação dada pelo Decreto nº 8.935, de 2016) V - apresentar documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa; VI - comprovar, em seu pedido de aquisição do Certificado de Registro de Arma de Fogo e periodicamente, a capacidade técnica para o manuseio de arma de fogo; e (Redação dada pelo Decreto nº 8.935, de 2016) VII - comprovar aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestada em laudo conclusivo fornecido por psicólogo do quadro da Polícia Federal ou por esta credenciado.”

Tal dispositivo legal deixa claro ser essencial a declaração da necessidade para a aquisição de arma de fogo, bem como impõe a idade mínima de 25 anos. O primeiro parágrafo do referido artigo estabelece que é necessário explicitar fatos e circunstâncias que justifiquem o pedido, que deverão ser analisadas pela Polícia Federal, embasando-se nas orientações do Ministério da Justiça.

## **5. CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

O artigo 5º da Carta Magna afirma que todos são iguais perante a lei, não fazendo qualquer distinção, o que garante aos cidadãos brasileiros bem como aos estrangeiros o direito à vida, liberdade, segurança e igualdade.

Os incisos X e XI trazem em seu escopo a inviolabilidade da honra, imagem, da vida privada, bem como a inviolabilidade de sua residência.

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

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”(BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm))

Diante de tal contexto, o próprio enunciado contido na Carta Magna permite a utilização de formas necessárias para defesa de tais direitos expostos.



Há, ainda, divergências acerca da limitação destas formas de defesa, decorrentes da interpretação do texto contido no artigo 144 da Constituição Federal, somado ao dever do Estado em garantir a de segurança.

Mello (2005) explana:

“Dessarte, ou o Estado oferece ao cidadão um padrão ao menos razoável de segurança, para que ele possa desfrutar da sensação de que está medianamente protegido contra assaltos, agressões e riscos de vida, ou, se não é capaz de fazê-lo, não pode pretender impedi-lo que disponha, por si próprio, daquele mínimo de meios necessários para que não se sinta inerme, exposto à sanha do banditismo sem qualquer possibilidade de salvação. (...) Se, em tais circunstâncias, o Poder Público se abalançasse a despojá-lo de meios de defesa própria estaria atentando à força aberta contra os ditames constitucionais assecuratórios dos direitos à vida, à integridade física, a dignidade pessoal e à proteção do patrimônio” (MELLO, 2005)

Assim, o direito de defesa está associado ao contexto constitucional, apesar dos limites impostos interferindo na sociedade e na realidade do cidadão.

O autor afirma:

“É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas. E esta especificação tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciadoras do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas. Deveras, disciplinar certa matéria não é conferir a outrem o poder de discipliná-la. Fora isto possível, e a segurança de que “ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algumas 27 coisas senão em virtude de lei” deixaria de se constituir em proteção constitucional. · Em suma: não mais haveria a garantia constitucional aludida, pois os ditames ali inculpidos teriam sua valia condicionada às decisões infraconstitucionais, isto é, às que resultassem do querer do legislador ordinário.”(BANDERIA MELLO, 2021, p. 363-364)

Bandeira de Mello (2021, p.353) faz uma ligação à regulamentação expressa no artigo 5º, II, da Constituição Federal, no qual prevê que: **“II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”**.

Para o autor somente a lei pode instituir obrigações aos cidadãos, não sendo concedido ao poder executivo tal feito, embasando-se nos dispositivos legais supracitados.

O autor ainda determina que o poder para regulamentar “é o que se exerce sem criação de regras jurídicas que alterem as existentes e sem alteração da própria lei regulamentada”

## **6. LEGÍTIMA DEFESA**

A Constituição Federal expressa em seu artigo 5º o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade e à segurança, especificamente o direito à segurança, que no caso é garantido por intermédio da polícia e à sociedade, em casos específicos, pelos cidadãos que em razão de situações de extrema urgência envolvendo o direito à propriedade, levando ao emprego da legítima defesa e do esforço imediato.(COLHADO; BUZZETTI, 2018)

No Brasil o direito à segurança é assegurado pelas polícias civis e militares, que detém o poder, visto que possuem amparo na legislação e são preparadas para tal mister.

Além de tais direitos supracitados, o cidadãos ainda possuem o direito à legítima defesa, que exclui a ilicitude prevista no Código Penal brasileiro, em seus artigos 23, inciso II e 25, que fundamentam e legitimam ao cidadão utilizar-se moderadamente dos meios necessários para afastar a injusta agressão, atual ou iminente, a seu direito ou de outrem.(COLHADO; BUZZETTI, 2018)

No que tange à vítima, Cleber Massom afirma:

“O instituto da legítima defesa é inerente à condição humana. Acompanha o homem desde o seu nascimento, subsistindo durante toda a sua vida, por lhe ser natural o comportamento de defesa quando injustamente agredido por outra pessoa. Em razão da sua compreensão como direito natural, a legítima defesa sempre foi aceita por praticamente todos os sistemas jurídicos, ainda que muitas vezes não prevista expressamente em lei, constituindo-se, dentre todas, na causa de exclusão da ilicitude mais remota ao longo da história das civilizações. De fato, o Estado avocou para si a função jurisdicional, proibindo as pessoas de exercerem a autotutela, impedindo-as de fazerem justiça pelas próprias mãos. Seus agentes não podem, contudo, estar presentes simultaneamente em todos os lugares, razão pela qual o Estado autoriza os indivíduos a defenderem direitos em sua ausência, pois não seria correto deles exigir a instantânea submissão a um ato injusto para, somente

depois, buscar a reparação do dano perante o Poder Judiciário.”(MASSOM, 2014, p. 197)

Já Fernando Capez entende:

“A legítima defesa consiste em uma causa de exclusão da ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Não há, aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dois ou mais bens, na qual um deles deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa.” (CAPEZ, 2012, p. 311)

Ocorre que os criminosos estão, cada vez mais, bem armados, com armamentos que não possuem registros nos órgãos competentes, que torna propício para que facções criminosas adquiram e possuam grandes arsenais. Em contrapartida a população ordeira não possuem ou detêm meios escassos de defesas em suas residências, visto que a aquisição de armas de fogo, de forma legal para a posse ou porte, tornou-se extremamente burocrático e demanda alto valor aquisitivo, sendo este fato uma decorrência imposta pelo Estatuto do Desarmamento.

Desta forma, destaca-se a necessidade de que a agressão sofrida seja injusta, ocorrida naquele exato momento ou prestes a ocorrer.

Teles (2006) afirma:

“Só é admitida a reação quando o bem jurídico já está sendo agredido ou quando estiver prestes a sofrer a lesão. Quando houver perigo concreto de lesão, não quando este perigo é apenas uma suposição, distante ainda no tempo, de modo que pode sequer instalar-se”. (TELES 2006).

Outra questão importante é quanto ao uso moderado dos meios necessários, ou seja, quando exagerado a reação for, será desqualificada a excludente.

Conforme Ney Moura Teles (2006) “só é legítima a repulsa praticada com utilização dos meios necessários para fazer cessar, ou impedir que ocorra a agressão injusta, atual ou iminente, a qualquer direito, próprio ou de terceiros”

A doutrina traz em seu bojo:

“Uma arma de fogo pode ser o meio necessário para obstar uma agressão praticada com os próprios punhos. Um sujeito franzino, raquítico, que tenha uma arma de fogo à sua disposição, agredido a murros por um lutador de artes marciais, deve utilizar o revólver como o meio necessário para se defender, ainda que junto dele exista um porrete, ou uma barra de ferro. Tais instrumentos, nas mãos do frágil cidadão, podem, a toda evidência, ser aquém do necessário para impedir a agressão do exímio lutador. Se o sujeito tem a seu dispor vários instrumentos, ou pode utilizar-se de vários meios contra a agressão, deve, é evidente, escolher aquele que, com eficiência, resulte no menor dano ao agressor” (TELES, 2006).

Diante de tal contexto, é de suma importância que haja moderação, sem excessos, para sanar a agressão, desta forma fica subentendido que para legitimar a excludente de ilicitude necessita-se que haja reação proporcional à agressão sofrida, devendo sempre atentar-se aos excessos empregados.

## **7. CONCLUSÃO**

A temática que envolve o porte e a posse de armas de fogo geralmente está fundamentada pelos argumentos do direito à defesa, o que lembra dos direitos individuais.

Todavia, as análises dos capítulos expostos nesta pesquisa demonstra claramente tratar-se de uma questão de interesse público, no tocante a segurança pública.

É necessária a compreensão e debates, sem viés político, que versem sobre todo o espectro envolvido com a efetiva liberação e de como afeta a sociedade, incluindo a população que é contrária ao porte e posse.

Assim, é impossível tratar a questão como direito objetivo sem discutir as questões advindas do conflito existente entre a autotutela e o bem comum.

Apesar das armas serem instrumentos utilizados para o combate ao crime, a finalidade de sua criação é única, ou seja, foi elaborada para matar, mesmo que a escolha de tal feito dependa de quem está manuseando o objeto.

Assim, se o cidadão não possui a intenção de atirar ao manusear a arma de fogo, não há necessidade nem razão para sua efetiva posse.

Em se tratando da legítima defesa, não há como calcular a reação de um indivíduo, muito menos o decorrer de uma situação, uma vez que toda situação envolve particularidades e que será analisada por um julgador que não presenciou a dinâmica na qual se desenrolaram os acontecimentos.

Portanto, lastreado pelo disposto na Lei Maior, conclui-se que cabe ao Estado garantir o mínimo para uma vida segura ao cidadão brasileiro, mas, mais que isso, estabelecer os princípios que regem o direito à segurança, bem como o direito de se defender. Estas medidas podem ocorrer por meio de acesso a armas de fogo de uso permitido, com uma legislação mais permissiva que a atual em vigência no Brasil. O Governo já se reveste com os apontamentos mais avançados no tocante à matéria, porém o avanço demanda uma uniformidade cultural no que se refere aos hábitos criados pela recorrente impunidade em todos os setores da sociedade.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLLI, Ângelo Fernando. Lei das Armas de Fogo. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 35ª ed. Malheiros. São Paulo: 2021.p. 363-364

BRASIL. —CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. II 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **DECRETO Nº 5.123, DE 1º DE JULHO DE 2004.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5123.htm). Acesso em 30 de out. 2022.

BRASIL. Decreto-lei 3.665, de 20 de novembro de 2000. Dá nova redação ao regulamento para a fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2000/decreto-3665-20-novembro-2000-366249-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 setembro de 2022.

BRASIL. Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 23 dez. 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 setembro de 2022.

BRASIL. **LEI Nº 9.437, DE 20 DE FEVEREIRO DE 1997.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9437.htm). Acesso em: 17 de setembro de 2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: volume 1 : parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 311.

FOLHA UOL. Diferença entre “não” e “sim” supera 27 pontos. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br> . Acesso em: 18 setembro de 2022.

MASSON, Cleber. Código Penal comentado. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 197.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Direitos fundamentais e armas de fogo. 13 de outubro de 2005. <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI17173,101048-Direitos+fundamentais+e+armas+de+fogo>. Acesso em: 19 de outubro de 2022.

PUPIN, Aloisio A. C. Barros; PAGLIUCA, José Carlos G. Armas: aspectos jurídicos e técnicos. 1ª edição. São Paulo, Ed. Juarez, 2002.

QUINTELA, Flávio; BARBOSA, Bene. Mentiram para mim sobre o desarmamento. São Paulo: Vide Editorial, 2015.

REIMER, Jorge Felipe. Estatuto do Desarmamento, controle da circulação e utilização de armas de fogo e seus efeitos na ocorrência de Crimes Violentos. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. São Paulo: 2009. Disponível em: <https://jorgereimer.wordpress.com/2009/12/02/monografia-de-jorge-felipe-reimer-graduacao-em-direito-puc-campinas/>. Acesso em: 04 de setembro de 2022.

Rocha, Jade. Primeira Restrição a Armas no Brasil é de 1603. Como a Lei Mudou. Publicado em 22 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://exame.com/brasil/lei-armas-brasil-1603/>. Acesso em: 15 setembro de 2022.

TELES, Ney Moura. DIREITO PENAL: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 540 p.

WADOW, Heitor. LEI DO DESARMAMENTO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO COMÉRCIO, PORTE E POSSE DE ARMA DE FOGO NO BRASIL. Publicado em outubro de 2018. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/5375/HeitorWaldow.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 de setembro de 2022.



## O DIREITO DE PROPRIEDADE E AS SUAS LIMITAÇÕES

**DAIANE MAZIERO NOGUEIRA:**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ivaiporã-PR – UNIVALE. Pós-graduada em Direito Constitucional. Advogada<sup>9</sup>.

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo analisar o direito de propriedade e sua função social, bem como as sanções pelo seu descumprimento. Também tem como finalidade a de demonstrar as limitações expostas na lei e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Direito de propriedade. Função social. Limitações. Desapropriação. Impenhorabilidade. Jurisprudência.

**Sumário:** Introdução. 1. Direito de propriedade. 2. Conceito e função social. 3. As limitações impostas ao direito de propriedade. 4. Desapropriação. 5. Impenhorabilidade. 6 – Julgados mais recentes sobre a matéria. Conclusão. Referências.

### Introdução

O estudo do direito de propriedade é de suma importância, principalmente da função social que deve ser cumprida, sob pena do proprietário sofrer sanções.

Tendo em vista que não há direito fundamental absoluto, é válido demonstrar as limitações que podem ocorrer do direito de propriedade.

Serão expostos casos na jurisprudência que indicam se o direito de propriedade está sendo violado ou não.

Também serão analisadas as disposições da lei sobre o direito de propriedade, função social, descumprimento desta e limitações.

Destarte, para melhor entendimento do assunto, inicialmente, será analisado o direito de propriedade. Em seguida, a função social e as sanções pelo descumprimento, as limitações ao direito de propriedade, a possibilidade de desapropriação e impenhorabilidade. Também serão disponibilizados julgados mais recentes sobre o assunto em tela.

---

<sup>9</sup> Contato: [daianeeruy@hotmail.com](mailto:daianeeruy@hotmail.com)

## 1. Direito de propriedade

O Código civil aponta que o proprietário tem o poder de usar, gozar, dispor ou reivindicar de quem injustamente a possua ou detenha, porém não conceitua o direito de propriedade.

Pinto (2013) conceitua o direito de propriedade da seguinte maneira: “É o poder jurídico concedido pela lei a algum para usar, gozar, dispor de um determinado bem e de reavê-lo, de quem quer que injustamente o esteja possuindo”.

Vale observar, que o direito de propriedade é um direito fundamental descrito na Constituição Federal.

Art. 5º, XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

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;

XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; (BRASIL, 1988).

## 2. Conceito e função social

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 indica que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à propriedade.

A obrigação de obediência à função social da propriedade também está descrita no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.

A propriedade e sua função social também são princípios da ordem econômica e financeira, nos termos do art. 170, II e III, da Constituição Federal.

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II – propriedade privada; III – função social da propriedade privada. (BRASIL, 1988).

Consigne-se que o direito de propriedade não é absoluto, mas sim relativo, razão pela qual deve cumprir a função social. Descumprida esta, o proprietário poderá até mesmo perder a propriedade.

Nesse viés, denota-se que o direito de propriedade exige do proprietário e do Poder Público o cumprimento da função social com fundamento no princípio da supremacia do interesse público, ou seja, em prol dos interesses da coletividade.

Assim segue a afirmação da doutrina:

Para cumprir a função social da propriedade, o proprietário deve tanto respeitar limitações (dimensão negativa da função social da propriedade) quanto parâmetros de ação (dimensão positiva), agindo em prol do interesse público. Logo, o objetivo do direito de propriedade não é mais restrito aos interesses egoísticos do seu titular, mas sim é vinculado ao interesse de toda a coletividade. (RAMOS, 2019, p.1200).

Importante salientar, que a função social da propriedade urbana ou rural são diferentes. A função social da propriedade urbana está prevista no plano diretor e da rural está expressa na Constituição Federal.

De acordo com o art. 182, parágrafo 2º, da CF, a propriedade urbana cumpre a função social quando obedece às diretrizes fundamentais de ordenação da cidade fixadas no plano diretor. Esse é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana e somente é obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, nos termos do artigo 182, parágrafo 1º, da CF.

Por outro lado a propriedade rural cumpre a sua função social quando atende, ao mesmo tempo, algumas determinações descritas no artigo 186, da CF.

Tal dispositivo estabelece que:

A propriedade rural cumpre sua função social quando 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. (BRASIL, 1988).

Com isso, o proprietário tem limitações com relação à sua propriedade em nome do princípio da relatividade.

### **3. As limitações impostas ao direito de propriedade**

Em razão do interesse público e das condições mínimas de sobrevivência, o Poder Público pode impor restrições e regular o direito de propriedade individual, bem como interferir nas atividades econômicas privadas.

A Constituição de 1988 distingue a forma e a intensidade de tais restrições e regulações, como se vê abaixo:

- 1) Propriedade que esteja cumprindo sua função social. A Constituição prevê que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV). No mesmo sentido, as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro (art. 182, § 3º).
- 2) Propriedade que não esteja cumprindo a sua função social. A Constituição prevê a desapropriação para fins de reforma agrária no caso da propriedade rural (ver abaixo), com pagamento ao desapropriado por meio de títulos da dívida pública. No caso de imóvel urbano, a Constituição determina que o Poder Público municipal, mediante lei específica para a área incluída no plano diretor, possa exigir nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano (i) não edificado, (ii) subutilizado ou (iii) não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento (função social da propriedade urbana), sob pena, sucessivamente, ou seja, da punição menos gravosa a mais gravosa, de: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre propriedade predial e territorial progressivo no tempo; III – desapropriação com o pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate em até dez anos, em

parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurado o valor real da indenização e os juros legais.

3) Propriedade que esteja sendo utilizada para produção de plantas psicotrópicas ilegais. Excepcionalmente, a Constituição prevê caso de confisco, ou seja, de perda da propriedade sem indenização, para punir o proprietário que determina ou deixa que ocorra a cultura ilegal de plantas psicotrópicas (art. 243). Em 2016, o STF fixou tese com repercussão geral, pela qual a expropriação prevista no art. 243 da Constituição Federal pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa (in vigilando ou in eligendo). (STF, RE n. 635.336, Plenário, julgamento em 14.12.2016).

4) Propriedade que seja indispensável para combater iminente perigo público. A Constituição prevê que, no caso de iminente perigo público, o Estado poderá usar a propriedade particular, sendo assegurada indenização posterior de danos causados ao proprietário (art. 5º, XXV). O perigo não precisa ser atual, basta a alta probabilidade de ocorrência (iminência).

5) Propriedade indispensável para a preservação do patrimônio histórico-cultural do Brasil. O patrimônio cultural brasileiro consiste no conjunto de bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. A Constituição prevê que o Estado, com a colaboração da comunidade, deve promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. A própria Constituição determinou o tombamento de todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216 e seus parágrafos). (RAMOS, 2019, p. 1201).

Conclui-se que a Constituição Federal indica as limitações em possíveis restrições ao direito de propriedade em nome de uma vida digna por todos os seres humanos.

#### **4. Desapropriação**

Tem-se que a Constituição Federal descreve que é possível a perda da propriedade pelo proprietário para atender o interesse público, a função social da propriedade urbana ou rural.

A desapropriação ordinária ou comum é a perda da propriedade para atender o interesse público. Essa espécie de desapropriação resulta na transferência compulsória da propriedade ao Poder Público. Os motivos podem ser a necessidade, utilidade pública ou o interesse social. A indenização deve ser justa prévia e em dinheiro, na forma do artigo 5º, XXIV, da Constituição Federal.

A desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária é aquela em decorrência do descumprimento da função social da propriedade rural. Essa desapropriação deve ser realizada pela União, 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.

É importante salientar, que as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

O artigo 185 da Constituição Federal dispõe que nem todas as propriedades rurais são insuscetíveis de desapropriação:

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; e II – a propriedade produtiva. (BRASIL, 1988).

O artigo 186 da Constituição Federal indica os requisitos para o cumprimento da função social da propriedade:

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. (BRASIL, 1988).

O rito sumário para a desapropriação para fins de reforma agrária está previsto na Lei Complementar nº 76/93, que expõe o procedimento contraditório especial.



Por outro lado, a desapropriação por descumprimento da função social urbana da propriedade é a perda do direito de propriedade sobre imóvel urbano não edificado, não utilizado ou subutilizado.

A Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) também rege a desapropriação para fins de política urbana.

Cita-se o artigo 182, parágrafo 4º, da CF:

É possível que o Poder Público exija do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que este promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- a) parcelamento ou edificação compulsórios;
- b) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- c) finalmente, a última e mais drástica sanção (só após a ineficácia das duas anteriores): a desapropriação mediante pagamento com 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. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, a desapropriação somente ocorrerá em casos excepcionais, pois primeiramente serão empregados os meios menos gravosos, que consistem em parcelamento ou edificação compulsórios, em segundo lugar o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e por último a desapropriação.

## **5. Impenhorabilidade**

De acordo com o art. 5º, XXVI, da CF, a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

Ressalte-se que há divergência quanto ao encargo de provar os requisitos da impenhorabilidade da pequena propriedade rural.

Parte da jurisprudência entende que o devedor deve mostrar os requisitos. Outra parte diz que o devedor deve provar que é pequena a propriedade, não havendo necessidade de demonstrar que é trabalhada pela família, pois essa se presume.

Segue o julgado do site buscador dizer o direito:

O art. 5º, XXVI, da CF/88 e o art. 833, VIII, do CPC preveem que é impenhorável a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família. Assim, para que o imóvel rural seja impenhorável, são necessários dois requisitos: 1) que seja enquadrado como pequena propriedade rural, nos termos definidos pela lei; e 2) que seja trabalhado pela família. Quem tem o encargo de provar esses requisitos? Quem tem o encargo de provar os requisitos da impenhorabilidade da pequena propriedade rural? 3ª Turma do STJ: o devedor. Para o reconhecimento da impenhorabilidade, o devedor tem o ônus de comprovar que além de pequena, a propriedade destina-se à exploração familiar. STJ. 3ª Turma. REsp 1843846/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 02/02/2021. STJ. 3ª Turma. REsp 1913236/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/03/2021 (Info 689). 4ª Turma do STJ: • Requisito 1: comprovar que o imóvel se trata de pequena propriedade rural: trata-se de ônus do executado (devedor). Requisito 2: comprovar que a propriedade rural é trabalhada pela família: não é necessário que o executado faça prova disso. Existe uma presunção juris tantum (relativa) de que a pequena propriedade rural é trabalhada pela família. STJ. 4ª Turma. REsp 1408152-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 1/12/2016 (Info 596). STJ. 4ª Turma. AgInt no REsp 1826806/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 23/03/2020. (CAVALCANTE, 2020).

Com isso, o magistrado pode adotar qualquer dos posicionamentos acima.

## **6. Julgados mais recentes sobre a matéria**

O síndico não pode impedir o acesso do proprietário ao imóvel em razão da pandemia, de forma absoluta, sob pena de violar o direito de propriedade.

O propósito recursal é decidir se o síndico do condomínio de prédio comercial pode impedir o proprietário de entrar em sua unidade condominial, a fim de evitar a disseminação da doença COVID-19, diante da situação de pandemia. O direito de propriedade confere ao seu detentor 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, sendo ele um direito fundamental (art. 1.228 do CC/2002 e art. 5º, XXII, da CRFB). Considerando que o síndico é o administrador do condomínio, com a competência para praticar os atos necessários à defesa dos interesses comuns (arts. 1.347 e 1.348, II, do CC/2002 e 22, caput e § 1º, da Lei nº 4.591/1964), cabe a ele adotar as medidas necessárias para proteger a saúde e a vida dos condôminos, ainda que isso implique em restrições a outros direitos, como o de propriedade, especialmente em situações excepcionais, como na pandemia da doença COVID-19, desde que tais restrições sejam proporcionais. Na hipótese de conflitos entre direitos fundamentais, para avaliar se é justificável uma determinada medida que restringe um direito para fomentar outro, deve-se valer da regra da proporcionalidade, a qual se divide em três subregras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A medida restritiva ao direito de propriedade, consistente em impedir, de forma absoluta, o proprietário de entrar em sua unidade condominial é adequada para atingir o objetivo pretendido, qual seja, evitar a disseminação da COVID-19, assegurando o direito à saúde e à vida dos condôminos. Entretanto, a medida não é necessária, tendo em vista a existência de outros meios menos gravosos e igualmente adequados, como a implementação, pelo síndico, de um cronograma para que os proprietários possam acessar suas respectivas unidades condominiais em horários pré-determinados, mantendo vedado o acesso ao público externo. Hipótese em que o STJ reconheceu a indevida restrição ao direito de propriedade do recorrente pela medida adotada pelo síndico do condomínio recorrido de vedar totalmente o acesso do prédio aos proprietários; e, conseqüentemente, o direito de o recorrente adentrar em sua unidade condominial. (SÃO PAULO (SP). STJ. 3ª Turma. REsp 1.971.304/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 14/06/2022).

Se o imóvel era objeto de copropriedade entre o falecido e outra pessoa, esta tem direito ao recebimento de aluguel da viúva, que não tem vínculo de parentalidade com o cônjuge supérstite, no que tange à sua fração ideal.

Nesse viés, se a copropriedade ocorrer antes da abertura da sucessão, não haverá o direito real de habitação. Esse somente ocorrerá se a propriedade for integral do *de cuius*.

Situação hipotética: João faleceu. Regina, a viúva, ficou morando no apartamento a título de suposto direito real de habitação. Esse imóvel pertencia a João e sua filha Letícia, em copropriedade. Letícia não é filha de Regina. Letícia terá direito de receber alugueis referente à sua fração ideal. Vale ressaltar que “a copropriedade anterior à abertura da sucessão impede o reconhecimento do direito real de habitação, visto que de titularidade comum a terceiros estranhos à relação sucessória que ampararia o pretendido direito” (STJ. 2ª Seção. EREsp 1.520.294/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 02/09/2020. Info 680). Em verdade, o direito de habitação só existe sobre bem que pertence, em sua integralidade, ao de cujus. A existência de coproprietários impede o uso pelo sobrevivente. No caso, além da preexistente copropriedade, a parte, filha do primeiro casamento do de cujus, não guarda nenhum tipo de solidariedade familiar em relação à cônjuge supérstite, não havendo se falar em qualquer vínculo de parentalidade ou até mesmo de afinidade. Nessa linha de inteligência, portanto, não lhe cabe suportar qualquer limitação ao seu direito de propriedade, que é, justamente, a essência do direito real de habitação. STJ. 3ª Turma. (REsp 1830080-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/04/2022 (Info 734).

Se a vítima que sofrer violência doméstica for coproprietária do bem, tem direito de permanecer no imóvel sem pagar aluguel, desde que tenha sido fixada medida judicial protetiva de urgência de afastamento do lar. Tal determinação judicial está em consonância com o direito de propriedade.

Em regra, a utilização ou a fruição da coisa comum indivisa com exclusividade por um dos coproprietários, impedindo o exercício de quaisquer dos atributos da propriedade pelos demais consortes, enseja o pagamento de indenização àqueles que foram privados do regular domínio sobre o bem, tal como o percebimento de aluguéis. É o que prevê o art. 1.319 do Código Civil. Contudo, impor à vítima de violência doméstica e familiar obrigação pecuniária consistente em locativo pelo uso exclusivo e integral do bem comum constituiria proteção insuficiente aos direitos constitucionais da dignidade humana e da igualdade, além de ir contra um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro de promoção do bem de todos sem preconceito de sexo, sobretudo porque serviria de desestímulo a que a mulher buscasse o amparo do Estado para rechaçar a violência contra ela praticada, como assegura a Constituição Federal

em seu art. 226, § 8º, a revelar a desproporcionalidade da pretensão indenizatória em tais casos. A imposição judicial de uma medida protetiva de urgência - que procure cessar a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher e implique o afastamento do agressor do seu lar - constitui motivo legítimo a que se limite o domínio deste sobre o imóvel utilizado como moradia conjuntamente com a vítima, não se evidenciando, assim, eventual enriquecimento sem causa, que legitime o arbitramento de aluguel como forma de indenização pela privação do **direito de propriedade do agressor**. STJ. 3ª Turma. (REsp 1966556-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 08/02/2022 (Info 724).

Se o condomínio possuir destinação exclusivamente residencial, poderá ser proibida a locação de unidade autônoma por curto período de tempo, em nome do direito de propriedade.

A exploração econômica de unidades autônomas mediante locação por curto ou curtíssimo prazo, caracterizada pela eventualidade e pela transitoriedade, não se compatibiliza com a destinação exclusivamente residencial atribuída ao condomínio. A afetação do sossego, da salubridade e da segurança, causada pela alta rotatividade de pessoas estranhas e sem compromisso duradouro com a comunidade na qual estão temporariamente inseridas, é o que confere razoabilidade a eventuais restrições impostas com fundamento na destinação prevista na convenção condominial. O direito de propriedade, assegurado constitucionalmente, não é só de quem explora economicamente o seu imóvel, mas sobretudo daquele que faz dele a sua moradia e que nele almeja encontrar, além de um lugar seguro para a sua família, a paz e o sossego necessários para recompor as energias gastas ao longo do dia. STJ. 3ª Turma. (REsp 1884483-PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/11/2021). (BRASIL, 2021)

Nesse viés, há outro julgado, que permite, por meio de convenção condominial, em condomínios residenciais, a proibição de locação de imóveis por Airbnb com a finalidade de proteger o direito de propriedade das pessoas do local.

Existindo na Convenção de Condomínio regra impondo destinação residencial, mostra-se indevido o uso de unidade condominial para

fins de hospedagem remunerada, com múltipla e concomitante locação de aposentos existentes nos apartamentos, a diferentes pessoas, por curta temporada (ex: locação pelo Airbnb). Vale ressaltar que existe a possibilidade de os próprios condôminos de um condomínio edilício de fim residencial deliberarem em assembleia, por maioria qualificada (2/3 das frações ideais), permitir a utilização das unidades condominiais para fins de hospedagem atípica, por intermédio de plataformas digitais ou outra modalidade de oferta, ampliando o uso para além do estritamente residencial e, posteriormente, querendo, incorporarem essa modificação à Convenção do Condomínio. STJ. 4ª Turma. REsp 1819075/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 20/04/2021 (Info 693). Julgado correlato: O condomínio que possui destinação exclusivamente residencial pode proibir a locação de unidade autônoma por curto período de tempo A exploração econômica de unidades autônomas mediante locação por curto ou curtíssimo prazo, caracterizada pela eventualidade e pela transitoriedade, não se compatibiliza com a destinação exclusivamente residencial atribuída ao condomínio. A afetação do sossego, da salubridade e da segurança, causada pela alta rotatividade de pessoas estranhas e sem compromisso duradouro com a comunidade na qual estão temporariamente inseridas, é o que confere razoabilidade a eventuais restrições impostas com fundamento na destinação prevista na convenção condominial. O direito de propriedade, assegurado constitucionalmente, não é só de quem explora economicamente o seu imóvel, mas sobretudo daquele que faz dele a sua moradia e que nele almeja encontrar, além de um lugar seguro para a sua família, a paz e o sossego necessários para recompor as energias gastas ao longo do dia. STJ. 3ª Turma. REsp 1.884.483-PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/11/2021 (Info 720). (CAVALCANTE, 2021)

Não viola o direito de propriedade o dispositivo da Lei Geral de Antenas que proíbe os Estados, Distrito Federal e os Municípios de cobrarem contraprestação das concessionárias pelo direito de passagem em vias públicas, de faixas de domínio e outros bens públicos de uso comum na instalação de infraestrutura e redes de telecomunicação.

A Lei nº 13.116/2015 estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações. Esse diploma normativo ficou conhecido como Lei Geral das Antenas. O art. 12 dessa Lei proíbe que os Estados, o Distrito Federal e os



Municípios cobrem contraprestação das concessionárias pelo direito de passagem em vias públicas, faixas de domínio e outros bens públicos de uso comum na instalação de infraestrutura e redes de telecomunicações. O regramento do direito de passagem previsto no art. 12, caput, da Lei Geral das Antenas (Lei nº 13.116/2015) se insere no âmbito da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (art. 22, IV, da CF/88) e sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa (art. 22, XXVII, da CF/88). O art. 12 da Lei Geral das Antenas respeita os princípios constitucionais da eficiência e da moralidade administrativa. O ônus real advindo da gratuidade do direito de passagem estabelecido no art. 12 da Lei nº 13.116/2015 é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, considerando o direito de propriedade restringido. Do ponto de vista material, não é compatível com a ordem constitucional vigente o entendimento de que o direito de propriedade — mesmo que titularizado por ente político — revista-se de garantia absoluta. Logo, não se pode dizer que essa restrição imposta pelo art. 12 tenha violado o direito constitucional de propriedade. STF. Plenário. ADI 6482/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/2/2021 (Info 1006). (CAVALCANTE, 2021)

Tendo em vista que o direito de propriedade não é absoluto, é possível a edição de leis ambientais que restringem o uso da propriedade, pois se trata de limitação administrativa. Tal disposição não caracteriza desapropriação indireta.

Consigne-se que se houver dano à propriedade, o proprietário pode ajuizar ação de indenização dentro do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, pois se trata de limitação administrativa e não desapropriação indireta.

As restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, ainda que esvaziem o conteúdo econômico, não configuram desapropriação indireta. A desapropriação indireta só ocorre quando existe o efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público. Logo, as restrições ao direito de propriedade impostas por normas ambientais configuram limitações administrativas. STJ. 1ª Turma. AgInt no AREsp 1443672/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 11/02/2020. O prazo prescricional para exercer a pretensão de ser indenizado por limitações administrativas é de 5 anos, nos termos do art. 10 do Decreto-Lei 3.365/1941, disposição de regência específica da

matéria. STJ. 2ª Turma. EDcl no REsp 1784226/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 06/06/2019. (CAVALCANTE, 2019)

A cláusula de inalienabilidade instituída pelo genitor sobre o imóvel doado ao filho após a morte é uma restrição ao direito de propriedade. Essa restrição pode ser cancelada pelo filho.

É possível o cancelamento da cláusula de inalienabilidade de imóvel após a morte dos doadores se não houver justa causa para a manutenção da restrição ao direito de propriedade. A doação do genitor para os filhos e a instituição de cláusula de inalienabilidade, por representar adiantamento de legítima, deve ser interpretada na linha do que prescreve o art. 1.848 do CC, exigindo-se justa causa notadamente para a instituição da restrição ao direito de propriedade. Caso concreto: decidiu ser possível o cancelamento da cláusula de inalienabilidade após a morte dos doadores, considerando que já se passou quase duas décadas do ato de liberalidade e tendo em vista a ausência de justa causa para a manutenção da restrição. Não havendo justo motivo para que se mantenha congelado o bem sob a propriedade dos donatários, todos maiores, que manifestam não possuir interesse em manter sob o seu domínio o imóvel, há de se cancelar as cláusulas que o restringem. STJ. 3ª Turma. REsp 1631278-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19/03/2019 (Info 646). (CAVALCANTE, 2019).

O abuso do direito de propriedade pode levar ao afastamento da proteção de impenhorabilidade do bem de família.

A regra de impenhorabilidade do bem de família trazida pela Lei nº 8.009/90 deve ser examinada à luz do princípio da boa-fé objetiva, que, além de incidir em todas as relações jurídicas, constitui diretriz interpretativa para as normas do sistema jurídico pátrio. Assim, se ficou caracterizada fraude à execução na alienação do único imóvel dos executados, em evidente abuso de direito e má-fé, afasta-se a norma protetiva do bem de família, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação dos devedores em desconformidade com a boa-fé objetiva. STJ. 3ª Turma. REsp 1575243/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/03/2018. STJ. 2ª Turma. AgRg no AREsp 510970/SC, Rel. Min. Aussete Magalhães, julgado em 18/04/2018. (CAVALCANTE, 2018).

Se o proprietário do bem não tem a posse, não é parte legítima para ajuizar embargos de terceiros contra a decisão judicial transitada em julgado, proveniente de ação de reintegração de posse da qual não participou e não apresentou discussão sobre a titularidade do domínio.

O proprietário sem posse a qualquer título não tem legitimidade para ajuizar, com fundamento no direito de propriedade, embargos de terceiro contra decisão transitada em julgado proferida em ação de reintegração de posse, da qual não participou, e na qual nem sequer foi aventada discussão em torno da titularidade do domínio. STJ. 3ª Turma. REsp 1417620-DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 2/12/2014 (Info 553). (BRASIL, 2014).

Assim, a jurisprudência apresenta casos que asseguram o direito de propriedade e limitam de acordo com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

## Conclusão

Diante do estudo acima, verifica-se que o direito de propriedade é um direito fundamental descrito na Constituição Federal.

Denota-se que o direito de propriedade deve obedecer a função social descrita na Constituição Federal se o imóvel for rural e no Estatuto da Cidade se o imóvel for urbano.

Caso seja descumprida a função social da propriedade, o proprietário pode sofrer sanções, inclusive, em última hipótese a desapropriação.

No mais, o direito de propriedade pode ter limitações, como por exemplo, a desapropriação para atender o interesse público.

Dessa forma, foram explanados casos que a jurisprudência e a lei admitem a limitação do direito de propriedade, pois como todo direito fundamental, não é absoluto.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 26 de outubro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – N° 0553.** Distrito Federal. 2014. <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/listar/?palavra=>

[chave=direito+de+propriedade&criterio=pesquisa=texto literal&forma-exibicao=todos&ordenacao=data-julgado](#). Acesso em 23 de outubro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1884483-PR**, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/11/2021. Informativo de Jurisprudência. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Quem tem o encargo de provar os requisitos da impenhorabilidade da pequena propriedade rural?** 2020. Buscador Dizer o Direito, Manaus.

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6c250b592dc94d4de38a79db4d2b18f2?palavra-chave=impenhorabilidade&criterio=pesquisa=texto literal&forma-exibicao=apenas-com-informativo&ordenacao=data-julgado>>. Acesso em 26 de outubro de 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Afasta-se a proteção conferida pela Lei nº 8.009/90 ao bem de família, quando caracterizado abuso do direito de propriedade, violação da boa-fé objetiva e fraude à execução.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. 2018. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d1e39c9bda5c80ac3d8ea9d658163967>>. Acesso em 23 de outubro de 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Possibilidade de cancelamento de cláusula de inalienabilidade instituída pelos pais em relação ao imóvel doado aos filhos.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. 2019. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/751f915c24612ce66dba400a86a0909b>>. Acesso em 23 de outubro de 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Desapropriação indireta não se confunde com limitação administrativa.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. 2019. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6c524f9d5d7027454a783c841250ba71>>. Acesso em 23 de outubro de 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É constitucional o art. 12 da Lei Geral das Antenas.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. 2021. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/f880d0d6a01ba52fcfe6475defc13e0f>>. Acesso em 23 de outubro de 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O condomínio que possui destinação exclusivamente residencial pode proibir a locação de unidade autônoma por curto período de tempo.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. 2021. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c9bc734c0663a142b7bec265098f8dbf>>. Acesso em 23 de outubro 2022.

PINTO, Luiz Fernando de Andrade. Direito de propriedade. **Curso de direitos reais**, 2013. [https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais\\_75.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_75.pdf). Acesso em 23 de outubro de 2022.

Ramos. André de Carvalho. **Curso de direitos humanos. 6ª edição** – São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019.

## **A RELEVÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE IMPACTO AMBIENTAL E DANO AMBIENTAL PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL**

**AMANDA VIEIRA ABREU:**

Graduada pelo Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduada pelo Curso de Direito Penal da Faculdade Signorelli. Atualmente Servidora Pública Federal no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.<sup>10</sup>

**RESUMO:** O presente artigo almeja fazer uma análise acerca da distinção entre dano ambiental e impacto ambiental e sua relevância para a configuração da responsabilidade ambiental. A responsabilidade civil por dano ambiental possui um regime jurídico próprio, uma vez que os danos ambientais são regidos pela teoria do risco integral. Não é qualquer alteração no meio ambiente que consubstancia, por si só, o dano ambiental. Caso contrário, restaria inviabilizado o desenvolvimento socioeconômico através de atividades antrópicas.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil por dano ambiental; impacto ambiental; licenciamento ambiental.

### **1. INTRODUÇÃO**

A respeito do tema, inicialmente, impende destacar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem comum de uso do povo, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

A Constituição Federal trata da proteção ao meio ambiente em seu art. 225, *in verbis*:

Art. 225. **Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.**

Quanto à reparação do dano ao meio ambiente, o ordenamento jurídico pátrio agasalha a responsabilidade objetiva e impõe o dever de recomposição integral dos prejuízos por parte dos agentes infratores.

A responsabilidade civil por dano ambiental possui um regime jurídico próprio. Os danos ambientais são regidos pela teoria do risco integral. Trata-se de uma responsabilidade civil extremada

---

<sup>10</sup> Contato: amandavabreu@gmail.com



que não admite excludentes do nexo causal, como força maior, fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima.

Assim, o poluidor deve assumir todos os riscos inerentes à atividade que pratica, uma vez que a pessoa que explora a atividade econômica ocupa a posição de garantidor da preservação ambiental, sendo sempre considerado responsável pelos danos vinculados à atividade.

A responsabilidade ambiental objetiva possui assento constitucional no art. 225, § 3º, da CF/1988, o qual prevê: *"As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."*

No mesmo sentido, há disposição na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, n.º 6.938/81, cujo art. 14, § 1º, reza que *"o poluidor é obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade"*.

A responsabilidade por dano ambiental, portanto, possui evidenciado caráter objetivo, independentemente do caráter volitivo do agente.

Todavia, necessário destacar que, para a atribuição do dever de indenizar, deve-se demonstrar o dano e o nexo de causalidade entre a lesão ambiental e a ação ou omissão dos responsáveis, de modo que a violação da norma, por si, não pressupõe o dano ao meio ambiente, na esteira do já decidido pela 2ª Turma do STJ ( REsp 1.140.549 , Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 6.4.2010).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que *"a responsabilidade civil objetiva por dano ambiental não exclui a comprovação da efetiva ocorrência de dano e do nexo de causalidade com a conduta do agente, pois estes são elementos essenciais ao reconhecimento do direito de reparação"* ( REsp 1378705/SC , Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2013, DJe 14/10/2013, grifos acrescidos).

## **2. DESENVOLVIMENTO**

Nessa ambiência, imperioso ressaltar que não é qualquer alteração no meio ambiente que consubstancia, por si só, o dano ambiental. Caso contrário, restaria inviabilizado o desenvolvimento socioeconômico através de atividades antrópicas.

A vedação de toda e qualquer interferência em processos ecológicos ou correlatos, bem como a completa ausência de impacto da atividade humana na natureza não se compatibiliza com a noção de desenvolvimento sustentável.

Tratando-se da questão ambiental, não há como desconsiderar fatores heterogêneos também constitucionalmente tutelados, dentre eles o desenvolvimento nacional em todas as suas esferas e o atendimento das necessidades básicas das gerações atuais e futuras.

A ponderação e conciliação dessa multiplicidade de valores devem nortear as políticas públicas e tomadas de decisões no âmbito da proteção ambiental, com vistas à satisfação de outros interesses legítimos.

Nesse sentido, segue trecho da ementa do julgado da Suprema Corte na ADC 42-DF:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO. DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OUTROS VETORES CONSTITUCIONAIS DE IGUAL HIERARQUIA. ARTIGOS 1º, IV; 3º, II E III; 5º, CAPUT E XXII; 170, CAPUT E INCISOS II, V, VII E VIII, DA CRFB. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. JUSTIÇA INTERGERACIONAL. ALOCAÇÃO DE RECURSOS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA GERAÇÃO ATUAL. ESCOLHA POLÍTICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. EXAME DE RACIONALIDADE ESTREITA. RESPEITO AOS CRITÉRIOS DE ANÁLISE DECISÓRIA EMPREGADOS PELO FORMADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INVIABILIDADE DE ALEGAÇÃO DE VEDAÇÃO AO RETROCESSO. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. [...] 11. **Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc . Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, caput , CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de retrocesso ambiental, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas. 12. Deveras, não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, a reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; art. 170, VII), a proteger a propriedade (art. 5º, caput e XXII; art. 170, II), a buscar o pleno emprego (art. 170, VIII; art. 6º) e a defender o consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) etc . 13. O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita o duelo valorativo entre a tutela ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum da pessoa humana no cenário de escassez. É dizer, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsecamente antagônicas. 14. A análise de compatibilidade entre natureza e obra humana é ínsita à ideia de desenvolvimento sustentável, expressão popularizada pelo relatório Brundtland, elaborado em 1987 pela**

**Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. A mesma organização eficiente dos recursos disponíveis que conduz ao progresso econômico, por meio da aplicação do capital acumulado no modo mais produtivo possível, é também aquela capaz de garantir o racional manejo das riquezas ambientais em face do crescimento populacional. Por conseguinte, a proteção ao meio ambiente, no contexto de um desenvolvimento sustentável, não equivale a uma visão estática dos bens naturais, que pugna pela proibição de toda e qualquer mudança ou interferência em processos ecológicos ou correlatos. A história humana e natural é feita de mudanças e adaptações, não de condições estáticas ou de equilíbrio. 15. A preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode significar a ausência completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes. 16.** Meio ambiente e Desenvolvimento Econômico encerram conflito aparente normativo entre diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam. (REVESZ, Richard L.; STAVINS, Robert N. Environmental Law. In : Handbook of Law and Economics . A. Mitchell Polinsky; Steven Shavell (ed.). V. 1. Boston: Elsevier, 2007. p. 507). [...] (STF - ADC: 42 DF 0052507-87.2016.1.00.0000, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 28/02/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13/08/2019)

No direito pátrio, embora o conceito de dano ambiental não esteja expressamente definido em lei e seja objeto de acentuada discussão doutrinária, o impacto, negativo ou positivo, ao meio ambiente é um fato previsto pela legislação ambiental (art. 1º e art. 6º da Resolução CONAMA 01/1986) e aceito socialmente, devendo ser gerenciado pelo processo administrativo de licenciamento ambiental. Assim vejamos:

**Art. 1º** Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

- I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- II - as atividades sociais e econômicas;
- III - a biota;
- IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V - a qualidade dos recursos ambientais.

[...]

**Art. 6º** O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: **os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.**

III - Definição das medidas mitigadoras dos **impactos negativos**, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.

IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos **impactos positivos e negativos**, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.

Parágrafo único. Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental, o órgão estadual competente, ou a SEMA ou, quando couber, o Município fornecerá as instruções adicionais que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área.

Portanto, não se confundem as noções de impacto e de dano ambiental. Veja-se, nesse sentido, a distinção defendida por Edis Milaré:

É dizer: não se confundem as noções de impacto, em sentido estrito, e de dano ambiental, propriamente dito: o primeiro decorre dos efeitos que qualquer atividade humana causa ao ambiente; o segundo decorre do grau maior, isto é, de agravos mais sensíveis que essa mesma atividade acarreta (TJSP Ap 0143810-58.2008.8.26.0000)

[...]

Pelo exposto, cabe considerar que o conceito de impacto ambiental, previsto nos art. 1º da Res. CONAMA 1/1986, que remete a alterações das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente causada pela interferência humana, distancia-se do conceito jurídico de dano ambiental, pois, como dito, “o impacto pode consistir em um dano ou não”, de modo que “pode perfeitamente haver impactos sem que haja dano”.<sup>11</sup>

Noutras palavras, é possível que haja impacto sem que haja dano, não se podendo falar neste último quando se promove o gerenciamento dos impactos pelo licenciamento ambiental.

Segundo os ensinamentos do doutrinador Siqueira<sup>12</sup>, o impacto implica ao empreendedor um custo de mitigação que decorre do princípio do poluidor-pagador, ao passo que o dano enseja a responsabilização, *in verbis*:

Os danos ambientais geram a responsabilização ambiental civil objetiva prevista expressamente no art. 14 da Lei n. 6.938/81 (sem prejuízo da responsabilidade ambiental administrativa e penal). Os impactos ambientais *stricto sensu*, decorrentes de atividades empreendedoras praticadas em absoluta regularidade, implicam a aplicação do princípio do poluidor-pagador, pelo qual os órgãos licenciadores impõem a adoção, pelo empreendedor, de medidas mitigatórias e compensatórias dos impactos. (SIQUEIRA, 2017)

### 3. CONCLUSÃO

Desse modo, o impacto ambiental causado pelos empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, nos casos previstos em lei, será devidamente

---

11 MILARÉ, Edis. Direito do ambiente. 10. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 320/321. Apud Siqueira.

12 SIQUEIRA, Lyssandro Norton. Qual o Valor do Meio Ambiente? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

aferido pelos órgãos ambientais competentes, que apreciarão *in concreto* os custos e benefícios da atividade.

Nessa contextura, a distinção entre dano e impacto ambiental tem suma relevância na análise da presença dos requisitos aptos a configurar a responsabilidade civil ambiental e, por conseguinte, fixar o dever de indenizar. Se inexistir o dano, não há que se falar em responsabilidade ambiental.

#### **4.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

MILARÉ, Edis. Direito do ambiente. 10. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 320/321. Apud Siqueira.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. Qual o Valor do Meio Ambiente? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DE PINHO, INARA. A responsabilidade ambiental tripla: um fato e três possíveis consequências. Disponível em: < <https://www.ibijus.com/blog/487-responsabilidade-ambiental-tripla-por-danos-ambientais>>. Acesso em: 11 dez. 2022.

CERRI NETO, Mauro. Impacto ambiental, degradação ambiental, poluição, contaminação e dano ambiental: comparação entre conceitos legal e técnico. 2008. 125 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Instituto de Geociências e Ciências Exatas, 2008. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/92757>>. Acesso em: 11 dez 2022.

DE SOUZA, MARIA CLÁUDIA DA SILVA ANTUNES. REFLEXÕES SOBRE O LIMITE DE TOLERABILIDADE E O DANO AMBIENTAL. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aa49af1072b367b0>>. Acesso em: 11 dez. 2022.



## **A UTILIZAÇÃO DO TELETRABALHO NO DECURSO DA PANDEMIA DA COVID-19: DIREITOS DOS TELETRABALHADORES**

**JOÃO VITOR DOS SANTOS BORGES:**  
Graduando do curso de Direito pela  
Universidade Brasil.<sup>13</sup>

**Resumo:** O teletrabalho foi inserido no regulamento jurídico por meio da reforma trabalhista, (Lei 13.467/2017), que entrou em vigor em 2017. Contudo, essa prática se popularizou a partir de 2020, quando surgiu a pandemia da Covid-19, que obrigou empresas a se adaptarem a este sistema. A principal característica do teletrabalho é a prestação de serviço a distancia, exercido fora das dependências do empregador, sendo desempenhado através de tecnologias de informação e de comunicação. O presente trabalho tem como finalidade o estudo do teletrabalho, levantando questões sobre a sua utilização em meio à pandemia da COVID-19. Será tratado também sobre a sua regulamentação na lei, realizando o levantamento dos dispositivos previsto na legislação trabalhista. Para realizar o presente artigo foi utilizado como base a pesquisa integrativa em artigos científicos e livros, através de bases de dados, como: Google Acadêmico, SCIELO (Scientific Eletronic Library Online), Navus: Revista de Gestão e Tecnologia, Ânima Educação. Sendo selecionadas publicações entre os anos de 2011 a 2021. Após o levantamento desta pesquisa, verificou-se que o teletrabalho vem proporcionando uma melhora na qualidade de vida dos empregados, porem, ainda existem vícios relacionados à sua utilização que precisam ser sanados, para que se possa evitar possíveis danos e prejuízos.

**Palavras-chave:** Teletrabalho; COVID-19; legislação.

**ABSTRACT:** Teleworking was included in the legal regulation through the labor reform (Law 13.467/2017), which came into force in 2017. However, this practice became popular even after 2020, when the Covid-19 pandemic emerged, which forced companies to adapt to this system. The main characteristic of teleworking is the provision of services at a distance, generally performed outside the employer's premises, being performed through the use of information and communication technologies. The present work aims to study the modality of teleworking, raising questions about its use in the midst of the COVID-19 pandemic. It will also be discussed about its regulation in law, carrying out a survey of the provisions provided for in labor legislation. To carry out this article, integrative research was used in scientific articles and books, through databases such as: Google Scholar,

---

<sup>13</sup> Contato: joaovitor17jb@gmail.com

SCIELO (Scientific Electronic Library Online), Navus: Revista de Gestão e Tecnologia, Ânima Educação. Publications were selected between the years 2011 to 2021. After the survey of this research, it was possible to verify that teleworking has been providing an improvement in the quality of life of employees, however, there are still vices related to its use that need to be remedied, so that possible damages and losses can be avoided.

Keywords: Telework; COVID-19; legislation.

## 1- INTRODUÇÃO

O Teletrabalho (também conhecido como trabalho remoto ou Home Office) é uma modalidade de trabalho a distância, exercida fora das dependências do empregador, segundo Rosenfield e Alves (2011), o Home Office é caracterizado por atividades geralmente desenvolvidas nas residências dos trabalhadores, sendo exercido através da tecnologia de informação e de comunicação.

Conforme Silva e Silva (2021), O Home Office proporciona certa praticidade, tanto para os empregados quanto para os empregadores, contudo, o teletrabalho passou a ser mais utilizado após o início da pandemia da covid-19, que conseqüentemente tornou o home office um modo alternativo para que as pessoas pudessem respeitar o distanciamento social estabelecido pelo (CNS) Conselho nacional de saúde, e ao mesmo tempo continuar a desempenhar suas atividades laborais, sem que houvessem prejuízos, evitando possíveis falências e demissões.

A respeito do COVID-19, Segundo Oliveira, Lucas e Iquiapaza (2020), em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, na China, registrou-se o primeiro caso de coronavírus, um vírus que pode ser transmitido pelo contato com pessoas infectadas ou até mesmo pelo contato em superfícies utilizado pelos mesmos. O vírus se espalhou rapidamente, expandindo-se para outros países, tornando-se um surto viral de nível global, sujeitando a OMS (organização mundial da saúde) a declarar emergência da saúde pública de importância internacional, com o intuito de que os países pudessem agir e se preparar para uma possível pandemia.

No Brasil, o ministério da saúde adiantou-se em relação às medidas de contenção em face do novo coronavírus, decretando, em três de fevereiro de 2020, estado de emergência em saúde pública. No entanto em 26 de fevereiro, foi registrado o primeiro caso do novo coronavírus no Brasil, o que levou o ministério da saúde a reforçar as medidas de prevenção, como a utilização obrigatória de máscaras, proibição de certos eventos para evitar a aglomeração, imposição de distanciamento social e orientação para que as pessoas respeitassem um distanciamento de pelo menos um metro uma das outras, e até a utilização de medidas mais drásticas, como a imposição da quarentena.

Ainda sobre o teletrabalho, Segundo Lopes (2019), antes da reforma trabalhista, os empregados que atuava em home-office, eram amparados pelo regulamento geral do contrato de trabalho, desta forma, sendo equiparado ao trabalho presencial, mas com o passar do tempo, se fez necessário distinguir o Home Office do trabalho presencial.

Desta forma, em 13 de julho de 2017 ocorreu à chamada reforma trabalhista, que teve esta denominação devido aos inúmeros artigos inseridos e modificados na legislação trabalhista, dentre estes artigos, houve a imposição do art. 75-A ao 75-E da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), que regulamentou os direitos dos teletrabalhadores, definindo o home-office como uma atividade laborativa exercida fora das dependências do empregador, Contendo como principal elemento, o uso da tecnologia de informação e de comunicação.

Ademais, também foi sancionada a medida provisória Nº 1.108, de 25 de março de 2020, inseriu na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), o art. 75-F, modificou o art. 75-B, inserindo o §1º ao §9º e também modificou o art. 75-C.

De acordo com Hau e Todescat (2018), o teletrabalho é dotado de diversas vantagens, tanto para os trabalhadores como para os empregadores, neste contexto percebe-se que uma destas vantagens refere-se ao fato de que o trabalhador não terá que se deslocar ao seu local de trabalho diariamente, podendo o mesmo trabalhar na comodidade da sua própria casa, tendo assim mais flexibilidade em relação ao seu horário de trabalho, sendo facultativa a escolha do horário em que deseja realizar as suas atividades laborativas. Já para o empregador, as vantagens estão voltadas ao fato de que o mesmo economizará com gastos em relação ao espaço físico, antes utilizado pelos empregados, economia na manutenção dos equipamentos de trabalho e um possível aumento de produtividade em relação aos colaboradores.

Diante de tantas vantagens em relação ao teletrabalho, Hau e Todescat (2018) afirmam que existem muitos pontos negativos, que podem dificultar o processo do teletrabalho, para o empregado, como: o isolamento social do funcionário, problema para organizar a rotina de casa com o trabalho, falta de local apropriado em suas residências e a falta de equipamentos específicos para que os funcionários possam desempenhar suas atividades.

Em um modo geral, muitos trabalhadores estão sendo submetidos a migrar-se do trabalho presencial para o home Office, seja para se adequar ao distanciamento social ou por razões de ser mais benéfico para o empregador, entretanto, quais são as consequências que o teletrabalho poderá gerar para o trabalhador?

A presente pesquisa tem como objetivo explicar sobre a utilização do teletrabalho após a pandemia da covid-19, e expor sobre os benefícios e as consequências que o home-office poderá gerar para os empregados.

## **2- METODOLOGIA**

Para a composição desta pesquisa, foi utilizada como base a pesquisa integrativa em artigos científicos e bibliografias, que oportunizou extrair os principais pontos relacionados ao teletrabalho. Depois de concluída a pesquisa, foi realizada a leitura destes artigos, buscando uma análise do conteúdo, com o propósito de buscar a compreensão do tema abordado, para a realização do presente trabalho.

Contudo, para que fosse possível o estudo em face de artigos científicos, se fez necessário pesquisar-se em bases de dados, como: Google Acadêmico, SCIELO (Scientific Electronic Library Online), Navus: Revista de Gestão e Tecnologia, Ânima Educação.

Para melhor concretizar o conceito de teletrabalho, foi inserida nesta pesquisa a legislação que regulamenta o teletrabalho no ordenamento jurídico, tal qual está inserido no artigo 75-A ao 75-F, da CLT (Consolidação Das Leis Do trabalho).

Por fim, vale destacar que para a realização desta pesquisa, foram selecionadas publicações entre os anos de 2011 a 2021.

## **3- DESENVOLVIMENTO**

Para a incorporação desta pesquisa, foram encontrados 20 artigos científicos publicados entre 2011 e 2021, dentre estes artigos mencionados, 13 artigos foram encontrados na base de dados Google Acadêmico.

### **3.1 Conceito de Teletrabalho**

De acordo com Junior e Silva (2015) o teletrabalho é uma prestação de serviço exercida fora das dependências do empregador, sendo desempenhado na própria residência do empregado, utilizando-se de tecnologias e recursos eletrônicos.

Para melhor expor o conceito de teletrabalho, o artigo 75-B da Consolidação das Leis do trabalho, discorre que:

Artigo 75-B: Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo.

§ 1º O comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho ou trabalho remoto.

Ainda sobre o conceito de teletrabalho, Junior e Silva (2015), discorre que sempre haverá a necessidade de conter características predominantes, que demonstre a existência de trabalho remoto, como por exemplo: o exercício das atividades laborais fora das dependências do empregador; o emprego da telemática como meio para desenvolver as atividades; e a mudança na organização do trabalho.

### **3.2 Teletrabalho e a Pandemia da COVID-19**

O ano de 2020 foi marcado pelo surto da pandemia do covid-19, cujo surgimento do primeiro caso se deu no final de 2019, na cidade de Wuhan, na China. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 18 de março de 2020, os casos confirmados da Covid-19 já haviam ultrapassado 214 mil em todo o mundo.

Segundo Losekann e Mourão (2020), a pandemia submeteu as pessoas ao isolamento social, obrigando muitas empresas a adotarem o teletrabalho como um modo alternativo que possibilite aos seus empregados a exercerem suas funções em suas residências sem que haja prejuízo na realização das atividades laborativas.

Destaca-se que o teletrabalho se tornou mais utilizado após a pandemia do covid-19, de acordo com Silva e Silva (2021):

Em decorrência da pandemia do COVID-19, o teletrabalho se tornou a solução, a fim de se evitar a propagação do vírus, e a tendência é que esta modalidade de trabalho remoto cresça cada vez mais no país, mesmo após a pandemia, o que torna importante uma análise detalhada.

Ademais, os empregadores foram amparados temporariamente pela (MP 1046/21) que “permitia que o empregador alterasse o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determine o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos”.

Desta forma, os empregadores ganharam mais flexibilidade em relação aos seus funcionários, podendo decidir sobre a adoção do regime de trabalho a distancia.

A pandemia do covid-19 elevou o número de pessoas que se encontram laborando no regime de teletrabalho, de acordo com o IBGE, apenas 5,2% da força de trabalho nacional encontrava-se em regime de teletrabalho em 2018. Com o surgimento da pandemia COVID-19, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) determinou recentemente que 13,3% da população ocupada do país encontra-se em regime de teletrabalho

#### **4.0 Vantagens e Desvantagens do Teletrabalho**

##### **4.1 Possíveis vantagens**

O teletrabalho passou a ser uma realidade para muitas pessoas, o que era pra ser uma medida com o intuito de reverter à crise econômica e evitar a falência de muitas empresas, acabou sendo algo que agradou tanto os empregados quanto aos empregadores, desta forma, nota-se que grande parte das pessoas que adotaram o trabalho remoto temporariamente durante a pandemia-19, hoje já passam a exercer o teletrabalho de forma definitiva.

Para expor de forma mais abrangente as vantagens do home office, Santos, Miranda e Junior(2020), expõe que:

O teletrabalho na maioria dos casos tem favorecido a eficiência e o aumento na produtividade dos funcionários além de reduzir os custos para o empregador o empregado na maioria dos casos vê a sua qualidade de vida aumentar, pois se vê livre de encarar o trajeto de sua casa ao escritório e assim reduzindo os custos com transportes além de ter total controle sobre a sua carga horária o empregado pode escolher o horário que mais se enquadra no seu dia a dia e não interfere na sua vida pessoal dando-lhe uma sensação de bem-estar.

Em relação às vantagens para o empregador, de acordo com Silva (2018), pode-se concluir que este será beneficiado pela redução de vários custos, como: vales transportes destinados aos empregados; pagamento imobiliário relacionado ao estabelecimento onde se operavam as atividades; aumento de produtividade; maior facilidade para recrutamento de funcionários independentemente do seu local de residência, etc...

##### **4.2 Possíveis Desvantagens.**

É de se pensar que apesar de ser uma modalidade de trabalho que trouxe muitas vantagens, ainda existem pontos negativos, como: o isolamento social do funcionário, dificuldade na identificação de possíveis horas extras, problema para organizar a rotina de



casa com o trabalho falta de local apropriado em suas residências, dificuldade para o empregador supervisionar o desempenho de seus empregados, etc.

Para o empregador, é possível elencar certos empecilhos que dificulta a utilização do teletrabalho, de acordo com Castor (2019, p. 33):

As desvantagens para o empregador incidem, portanto, no fato de se ter principalmente dificuldades de supervisão do empregado, necessidades de investimentos específicos, quais sejam, tecnologias da informação e da comunicação, e facilidade na divulgação de dados confidenciais por estarem estes disponíveis fora dos domínios da empresa.

Contudo, em relação às dificuldades enfrentadas pelos empregados, pode-se destacar que além do problema de adaptação na rotina de trabalho, o empregado também pode encontrar dificuldades no que se refere ao excesso de trabalho, pois na maioria dos casos, os funcionários não “batem ponto”, o que dificulta o acompanhamento de horas trabalhadas e que conseqüentemente poderá acarretar em certos empecilhos no pagamento de possíveis horas extras.

Segundo Castor (2019, p. 47): A maior desvantagem seria indubitavelmente, a exclusão do teletrabalhador do controle de jornada, que conseqüentemente afeta o direito à percepção de remuneração por horas extraordinárias.

Em regra, o art. 62, inciso III, estabelece que os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa, são excluídos do controle de jornada.

Por fim, é importante destacar que diante das mudanças nas rotinas dos empregados que são submetidos ao teletrabalho, Coneglian (2020) faz uma abordagem, levantando certo questionamento sobre a saúde mental destes, destacando em sua obra que o home-office por mais que seja uma forma que demonstra certa eficiência, ainda existem empecilhos que podem trazer conseqüências futuras para o teletrabalhador, conseqüências que estão diretamente ligadas com a saúde mental do empregado.

O que se pode perceber em uma transição de trabalho presencial para o trabalho remoto, é que a rotina do trabalhador muda drasticamente, transformando totalmente a sua forma de trabalhar, podendo este se adaptar ou não.

Coneglian (2020), ainda ressalta sobre a falta de comunicação pessoal entre os funcionários:

As consequências desse processo de virtualização das relações têm causado um processo de afastamento entre as pessoas, não só físico, mas afetivo também. Os teletrabalhadores relataram que não conseguem saber o que as outras pessoas sentem quando se comunicam, pois perdem a possibilidade de sentir e ver as expressões dos outros, eles perdem possibilidades de terem momentos informais juntos, o que acarreta em uma dificuldade de construir relações de amizade no trabalho.

Tomamos como exemplo o fato da pessoa que é habituada a exercer a sua atividade laboral em grupo, sempre estando na companhia de alguém, mas após a imposição do home-office, esta mesma pessoa passa a trabalhar de forma isolada, sem poder comunicar-se diretamente com outros colegas de trabalho. Desta forma, levanta-se certo questionamento sobre a possibilidade do empregado encontrar dificuldades para se adaptar, acarretando em sérios danos a saúde mental, entre outros problemas que pode vir a surgir.

## **CONCLUSÃO**

Conclui-se que, o teletrabalho é uma ferramenta de extrema importância, que foi criada com o intuito de abranger a flexibilidade e a praticidade no desenvolvimento de determinadas atividades laborais, visando uma melhoria na qualidade de vida dos trabalhadores.

Percebe-se que após a pandemia do covid-19, houve um aumento considerável no número de pessoas atuando no teletrabalho. Esse aumento foi resultado de uma ação temporária, movida pelos empregadores, a fim de combater a disseminação do vírus.

Contudo, grande parte das empresas que aderiram a essa modalidade de trabalho em combate ao covid-19, perceberam uma grande vantagem em permanecer seus empregados em teletrabalho, mesmo após a pandemia.

Entretanto, percebe-se que apesar do home Office ser uma ótima possibilidade de melhorar as condições de trabalho para os empregados, ainda há a existência de vícios, como por exemplo: excesso de horas trabalhadas, espaço adequando para o desenvolvimento das atividades laborais e a adequação do funcionário ao novo ambiente de trabalho.

Desta forma, conclui-se que o teletrabalho ainda necessita passar por grandes modificações, a fim de sanar os vícios existentes, começando pela necessidade da existência de um suporte mais incisivo fornecido pela empresa aos seus funcionários, a fim de poder apoiar e sanar qualquer problema que estes venham a ter.

E por fim, é de extrema importância destacar a necessidade de complementar a legislação trabalhista, abrangendo de uma forma mais ampla em relação ao dispositivo que regulamenta o teletrabalho, a fim de garantir os direitos dos teletrabalhadores, desta forma, evitando todo e qualquer tipo de prejuízo que o home Office poderia acarretar aos que dele venham a utilizar.

## Referencias

BRASIL. LEI N° **5.452, DE 1° DE MAIO DE 1943**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm)>. Acesso: 31 de outubro de 2022.

BRASIL. Medida provisória nº 1.046, de 27 de abril de 2021. **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, 27 de abril de 2021. Seção 1, dia 28 de abril de 2021.

CASTOR, Juliana Soares. A EFETIVIDADE DO TELETRABALHO: ESTUDO DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JORNADA E FIXAÇÃO DE HORAS EXTRAS EM BENEFÍCIO DO TRABALHADOR. 2019.

CONEGLIAN, T. N. M. **Teletrabalho home Office, identidade, subjetividade e saúde mental dos trabalhadores**. Editora CRV. Curitiba-2020.

DA SILVA, Guilherme Elias. Teletrabalho: nova configuração de trabalho flexível e possíveis efeitos à subjetividade e saúde mental dos teletrabalhadores. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 18, n. 209, p. 44-55, 2018.

DA SILVA SANTOS, Fabrício Henrique; DOS SANTOS MIRANDA, Mauricio; JUNIOR, Braulio Monti. A importância do contrato de teletrabalho durante a pandemia do COVID-19. **Revista InterCiência-IMES Catanduva**, v. 1, n. 4, p. 2-2, 2020.

FREITAS, André Ricardo Ribas; NAPIMOGA, Marcelo; DONALISIO, Maria Rita. Análise da gravidade da pandemia de Covid-19. **Epidemiologia e serviços de saúde**, v. 29, p. e2020119, 2020.

GÓES, Geraldo Sandoval; MARTINS, Felipe dos Santos; ALVES, Vinicius de Oliveira. **A Distribuição dos rendimentos do trabalho remoto potencial no Brasil por características individuais**. IPEA, 2022. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2022/07/a-distribuicao-dos-rendimentos-do-trabalho-remoto-potencial-no-brasil-por-caracteristicas-individuais/>>. Acesso em: 20 de outubro de 2022

GONÇALVES CALDEIRA BRANT LOSEKANN , R.; CARDOSO MOURÃO, H. DESAFIOS DO TELETRABALHO NA PANDEMIA COVID-19: QUANDO O HOME VIRA OFFICE. **Caderno de Administração** , v. 28, p. 71-75, 5 jun. 2020.

HAU, Francieli; TODESCAT, Marilda. O teletrabalho na dos teletrabalh e seus gestores: benefícios e percepção em um estudo de caso. **Navus: Revista de Gestão e Tecnologia** , v. 8, n. 3, pág. 37-52, 2018.

JUNIOR, Irineu Francisco Barreto; DA SILVA, Josiane Machado. Novas tecnologias e relações de trabalho na sociedade da informação: o teletrabalho. **REVISTA DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS**, v. 15, n. 24, p. 21-50, 2015.

OLIVEIRA, Adriana Cristina de; LUCAS, Thabata Coaglio; IQUIAPAZA, Robert Aldo. O que a pandemia da covid-19 tem nos ensinado sobre adoção de medidas de precaução?. **Texto & Contexto-Enfermagem**, v. 29, 2020.

ROSENFELD, Cinara L.; ALVES, Daniela Alves de. Autonomia e trabalho informacional: o teletrabalho. **Dados** , v. 54, p. 207-233, 2011.

SILVA, Gustavo Martinato Gonçalves; SILVA, Ricardo Talles Cotta. Teletrabalho no contexto da pandemia do covid-19. 2021.

## **AS CRIPTOMOEDAS E A LAVAGEM DE DINHEIRO: UMA ANÁLISE JURÍDICA DAS MOEDAS DIGITAIS NO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO.**

**DANILO SOARES MARQUES:**  
graduando em Direito pela  
Universidade de Gurupi.<sup>14</sup>

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI

(orientadora)

**RESUMO:** O objetivo desse estudo está em responder uma determinada dúvida de pesquisa: a ausência de regras específicas para as criptomoedas tem relação direta com a ascensão da criminalidade no âmbito virtual? Para solucionar a referida problemática, é necessário abordar o conceito de criptoativos, sua expansão, o papel dos Bancos Centrais, as limitações jurídicas acerca desse assunto. Partimos do pressuposto de que a criação das criptomoedas em si não caracteriza uma conduta criminosa pela falta de regulamentação pelo Banco Central, mas sim, pode vir a se enquadrar na tipificação penal pelo mal uso dos *softwares*. A abordagem é qualitativa, com suporte em revisão de literatura e análise descritiva dos fenômenos buscados, além da consulta sobre a legislação sobre o tema. É inegável que o ineditismo e a importância do tema no contexto financeiro e jurídico das transações realizadas em modalidade virtual são relevantes. Conclui-se que não é possível associar diretamente o uso de bitcoins com a expansão das modalidades criminosas, mas que há relação subjacente entre a falta de regulamentação e a especialização de práticas criminosas que usam o espaço virtual como ambiente.

**Palavras-chave:** Criptomoedas. Bitcoins. Tratamento jurídico dos bitcoins e relações adjacentes. Lavagem de dinheiro.

**ABSTRACT:** The objective of this study is to answer a certain research question: is the absence of specific rules for cryptocurrencies directly related to the rise of crime in the virtual environment? To solve this problem, it is necessary to address the concept of crypto-assets, its expansion, the role of Central Banks and the legal limitations on this subject. We start from the assumption that the creation of cryptocurrencies in itself does not characterize criminal conduct due to the lack of regulation by the Central Bank, but rather, it may fall within the criminal classification for the misuse of software. The approach is qualitative, supported by a literature review and descriptive analysis of the phenomena sought, in addition to consultation on the legislation on the subject. It is undeniable that

---

<sup>14</sup> Contato: danilosoaresmarques10@hotmail.com

the novelty and importance of the topic in the financial and legal context of transactions carried out in virtual mode are relevant. It is concluded that it is not possible to directly associate the use of bitcoins with the expansion of criminal modalities, but that there is an underlying relationship between the lack of regulation and the specialization of criminal practices that use the virtual space as an environment.

**Keywords:** Cryptocurrencies. Bitcoins. Legal treatment of bitcoins and adjacent relationships. Money laundry.

## INTRODUÇÃO

O objetivo desse estudo está em responder uma determinada dúvida de pesquisa: a ausência de regras específicas para as criptomoedas tem relação direta com a ascensão da criminalidade no âmbito virtual? Para solucionar a referida problemática, é necessário abordar o conceito de cripto-ativos, sua expansão, o papel dos Bancos Centrais as limitações jurídicas a cerca desse assunto. Compreender a dinâmica e o fluxo dos cripto ativos, seu uso juntamente com suas modalidades de negociação, além de tratar também das consequências jurídicas que desencadeiam da má-fé em relação ao uso dessa tecnologia no mercado financeiro.

### 1- Uma breve história do dinheiro

#### 1.1- Um idioma compreendido por todos

Grana, din-din, cascalho, metal, capital, patrimônio, pecúlio, bufunfa; dê a ele o nome que preferir, mas uma coisa é fato, ele tem uma das histórias mais impressionantes e peculiares já relatadas. No ponto de vista religioso, o apego a ele é a raiz de todo o pecado; para os militares, é o que sustenta suas guerras; para os revolucionários, é fruto de um acúmulo de riqueza injusta advindo do suor alheio.

Mas o que é o dinheiro? Bom, se você perguntasse a um soldado romano no sec. II d.C, ele diria que são pequenos pedaços de ouro e prata usados como meio de troca. Se a mesma pergunta fosse direcionada a um senhor feudal, ele responderia que sacas de milho, feijão, ovo e outros produtos agrícolas eram sua forma de fazer comércio com outros indivíduos. Num cenário atual, já que passamos muito tempo conectados à internet, o dinheiro acaba deixando sua forma física do papel impresso e do metal um pouco de lado e se torna apenas números numa tela de um celular.

A despeito do preconceito social profundamente enraizado contra o “lucro imundo”, o dinheiro tem uma parte muito importante no desenvolvimento humano. A evolução do débito e do crédito foi tão necessária quanto qualquer avanço tecnológico na escala da civilização, da antiga Babilônia até a atual Hong Kong. O renascimento italiano



se deu por conta dos bancos e mercado de ações. A finança corporativa foi um alicerce fundamental para o Império Britânico e Holandês.

Todo avanço ou fenômeno histórico de grande escala, tem um segredo financeiro. E nos tópicos a seguir você irá acompanhar cada ponto da história da civilização humana onde a evolução do dinheiro será o ponto principal desse estudo.

## 1.2- Chocolate

Nessa fase da história, os astecas usavam o chocolate como meio de troca, ou mais especificamente a semente do cacau como dinheiro, comumente chamada de grão. Com essas sementes era suficiente para comprar diversos elementos, dentre eles verduras e legumes como milho, tomate, amendoim etc. Produtos como sandálias, roupas, armas, e cestos, até então manufaturados também não ficavam de fora dessa lista.

Geralmente os locais onde eram feitas essas trocas entre os indivíduos astecas ficavam ao lado de edifícios do governo, pois eram constantemente vigiados pelos agentes públicos daquela civilização. Esse império tinha um modo de operação com base nos tributos, os mercados funcionavam como uma parte que subsidiava os governos e nele haviam vários artigos padronizados que serviam como meio de pagamento, dinheiro propriamente dito.

Nesse sistema tributário, os mercados locais tinham um papel importantíssimo na distribuição de produtos. De todas as formas de dinheiro da civilização asteca, o cacau foi o meio que mais se perpetuou naquele meio pois era o mais fácil de usar e facilmente disponível.

## 1.3 Escambo

### ***“ Você tem troco para uma vaca? ”***

Pode soar como piada a frase acima, mas era dessa forma que se fazia comércio antes da criação do dólar, euro e outras moedas fiduciárias que conhecemos hoje. De todas as invenções da humanidade, o dinheiro foi a mais genial, útil e a mais difundida até hoje. Provavelmente não passa um dia sem pensar ou utilizar ele. É difícil até de imaginar como indivíduos de séculos passados conseguiam viver sem ele.

Antes que o dinheiro fosse criado, e em realidades em que ele era totalmente inútil ou escasso, o escambo servia como meio de troca entre indivíduos com a finalidade de obter o que desejavam. O escambo é nada mais que trocar bens e serviços por outros bens e serviços. É inerente a esse modelo de comércio que ele tenha suas desvantagens,

justamente porque essa troca só irá ocorrer se ambas as partes queiram o que a outra tem a oferecer. O que os economistas chamam de dupla coincidência de desejos.

Ao longo da história da humanidade, vários objetos foram usados como meio de troca como tabaco, sal, metais preciosos e não preciosos, tecidos, couro, cigarro etc. O dinheiro é uma mercadoria em si mesmo, representação de mercadoria ou símbolo abstrato de valor.

#### **1.4 Metal como dinheiro (ouro e prata)**

Inicialmente a atividade basilar do governo deveria assumir era nem tanto de fazer o dinheiro mas sim de dar a garantia de que determinado metal foi cunhado da maneira correta, no peso ideal, tendo assim a pureza necessária dos materiais usados como moeda.

As moedas de metal só eram consideradas genuínas se nelas estivessem cravadas a efígie do governante competente, no caso do império romano era Marco Aurelio, Cezar, Comodo, dentre outros cada um no seu respectivo tempo de reinado. Era essa autoridade competente que dava a segurança de que as moedas tivessem o peso e pureza adequados.

Ainda na Idade Média, surgiu uma superstição de que era por conta de atos governamentais que o dinheiro adquiria valor. Contudo, enquanto a tarefa de cunhagem de moedas era algo complexo, o governo se responsabilizava pela padronização na criação do dinheiro de metal, embora não deixemos de considerar isso como algo útil.

#### **1.5 Moedas Fiduciárias**

Moeda Fiduciária é o dinheiro que a gente conhece hoje, criado pelo Estado, produzido tanto em papel impresso quanto em moedas (não mais em ouro e prata como no Império Romano) mas sim com metais menos valiosos e encontrados em maior abundância. Alfred Mill dizia que a moeda fiduciária só é dinheiro porque o governo diz que é e a população acredita. E para que isso aconteça, é necessária uma certa confiança na moeda por parte do indivíduo de que ela não irá perder valor de repente ou que o governo não caia da noite pro dia.

Esse padrão de moeda fiduciária que conhecemos hoje soa como ficção científica. É um dinheiro sem valor e só é resgatado por mais dele mesmo. O que respalda o dinheiro é apenas a fé, o governo impõe e todos coletivamente acatam.

Como esse dinheiro é resguardado pela fé de que o usa, qualquer coisa que corra essa crença pode ser prejudicial a sua existência, um exemplo disso é o aumento da inflação.

No que se refere a inflação e seu aparecimento na economia é basicamente o aumento da circulação de dinheiro em um determinado país. É a velha e conhecida história do aumento da oferta sobre a diminuição da demanda. Outro male que causa inflação é a impressão desenfreada de papel-moeda, muitas vezes para subsidiar gastos públicos e bancar inúmeros auxílios para a população. O excesso de moeda circulante numa economia é algo por si só perigoso, pois representa uma diminuição do valor daquele dinheiro em relação as demais moedas de outros países.

## 2- Criptomoedas

O monopólio da emissão de notas e moedas, torna os governos capazes de usarem a inflação ao seu bel prazer e impor suas vontades e exercer suas políticas. Mas um ponto positivo é que isso acabou consolidando o controle de instituições financeiras. As criptomoedas como no caso do Bitcoin e Ethereum nasceram com o intuito de circularem no meio digital sem sofrer com esses custos da inflação aplicados pelo Banco Central e que as moedas fiduciárias são subordinadas. Isso acontece por conta de uma tecnologia chamada de *criptografia*. O uso de dinheiro de forma digital já é uma realidade, o que se verifica desde operações simples como depósitos por *internet banking* até as mais avançadas como a recente implementação do *pix*.

Portanto, as moedas digitais tem um conceito diferente do uso do dinheiro digital, já que a primeira são como moedas reais mas descentralizadas, isso quer dizer que elas não são produzidas por bancos centrais e tampouco são sustentadas por moedas nacionais, como o dinheiro digital. Com isso, a emissão desse modelo de dinheiro não é influenciada por políticos, mas sim por questões técnicas que são muito bem definidas. Os bitcoin por exemplo usam algoritmo criptográfico para gerar a moeda, são os cálculos matemáticos de extrema complexidade chamados de mineração.

Essa criptografia confia ao dinheiro a credibilidade, segurança, rapidez, confidencialidade e autenticação necessárias para uma transação. Projetada com objetivo de tornar as criptomoedas uma alternativa interessante e ao mesmo tempo segura, dando liberdade de pagamento, taxas muito baixas, e menos riscos para comerciante já que a inflação não existe nesse meio.

Enquanto os investimentos em ações, fiis, tesouro direto, exigem uma análise periódica, oferecendo segurança do capital no longo prazo, juros previsíveis, riscos menores, além de expectativa quanto ao crescimento do mercado, as criptomoedas se assemelham a especulação ou trade, e não obedecem os mesmos critérios, além do risco ser maior.

Ainda cabe ressaltar a segurança de dados: funciona da seguinte forma, é uma enorme cadeia de assinaturas digitais, possibilitando que as carteiras ou wallets operem em largo alcance na internet. Chamamos de hash cada transferência feita de um indivíduo a um próximo, com uma chave pública do próximo proprietário, sendo essas adicionadas ao final da moeda. Para evitar a duplicidade de envios de uma mesma moeda é inserida uma autoridade confiável cujo nome é *mint*, criado para verificar gastos duplos e possíveis erros em transações de criptoativos.

Para que determinada linha de código seja denominada como criptomoeda, é necessário cumprir alguns requisitos básicos como escassez, durabilidade, ter portabilidade, ser divisível (o bitcoin é composto por até oito casas decimais) ser simples de armazenar, dificuldade de ser falsificado. Os principais pontos positivos das criptomoedas são: a não incidência de taxas na transação, sem influências de agentes políticos. Portanto, tem valor instável, o que afeta a experiência de novos usuários deixando-os inseguros, e a facilidade em manipular esses indivíduos.

### **3- A lavagem de dinheiro**

#### **3.1 – Evolução histórica**

De acordo com a corrente defendida por Jonh Mandinger e Sydney Zalopany em *Money Laundering: a guide for criminal investigators*, deixa explícito que a prática da lavagem de dinheiro iniciou-se no sec. XVI, com piratas que saqueavam embarcações e usavam o fruto desse roubo para fins de negociação com mercadores americanos, onde eram trocadas por mercadorias que eram pilhadas em moedas.

Outros autores vão mais além e pregam que a lavagem de dinheiro surgiu na China a 3000 anos atrás, quando mercantes adotavam técnicas muito parecidas às usadas hoje pelos criminosos, para proteger seus próprios patrimônios dos governantes da época.

A teoria mais aceita até então diz respeito a um passado próximo e bastante popular, ocorrido em meados da década de 1920 com a máfia americana. Foi nesse contexto em que o termo "lavagem de dinheiro" ou *money laundering* começou a ser utilizado.

O ex-primeiro-ministro britânico Peter Lilley disse que os fundos usados por essas gangues foram direcionados para atividades criminosas de empresas de lavanderia porque o fluxo de recursos era mais suave e rápido. Mais precisamente, explica Denise Frossard, o termo "lavagem de dinheiro" originou-se em Chicago em 1920, quando Al Capone investiu sua riqueza por meio de atividades ilícitas da máfia em lavanderias.

A preocupação com o crescente consumo do tráfico internacional de drogas na década de 1970 levou ao nascimento da primeira lei contra a lavagem de dinheiro no

cenário internacional, com o objetivo de eliminar a arma do tráfico por meio de seus meios financeiros.

Na data de 20 de dezembro de 1988, ocorreu na cidade de Viena, capital da Áustria a Convenção das Nações Unidas cujo foco estava pautado contra o Tráfico de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas quando os Estados finalmente entenderam combate ao tráfico de drogas deve passar, necessariamente, pela obstrução à sua movimentação financeira.

No Brasil, a criminalização da *lavagem* ou ocultação de capitais foi acrescentada ao nosso sistema legislativo com a aplicação da Lei 9.613, de 03 de março de 1998, conhecida como “Lei de *Lavagem* de Dinheiro”, que resulta do comprometimento acordado pelo Brasil com a comunidade internacional, ao firmar a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena, ratificada pelo Decreto Legislativo 154, de 26 de junho de 1991.

Aludida Convenção tem a seguinte redação no artigo 3º:

Art. 3º Cada uma das partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito, quando cometidos internacionalmente:

b) i) a conservação ou a transferência de bens, com o conhecimento de que tais bens procedem de algum ou alguns dos delitos tipificados em conformidade com o inciso a) do presente parágrafo, ou de algum ato de participação em tal delito ou delitos, com objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens ou de auxiliar a qualquer pessoa que participe na comissão de tal delito ou delitos a iludir as consequências jurídicas de suas ações; ii) a ocultação ou o encobrimento da natureza, a origem, a situação determinada, o destino, o movimento ou a propriedade real de bens ou de direitos relativos a tais bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos tipificados em conformidade com o inciso a) do presente parágrafo ou de um ato de participação em tal delito ou delitos.

A Convenção de Viena foi o ponto inicial, logo após surgiram outros como: a apresentação de princípios da Declaração da Basiléia, a criação do GAFI – Grupo de Ação Financeira sobre *Lavagem* de Dinheiro, a Convenção sobre *Lavagem*, Identificação, Apreensão e Confisco de Produtos de Crimes dentre outros.

### 3.2- Conceito de Lavagem de dinheiro

O termo lavagem é de origem francesa, que simboliza a ação de limpar, era usada nos garimpos espalhados pelo país e serviu de inspiração para o termo americano *money laundering*. Que em seu sentido figurado significa limpar direitos e valores ou bens de origem criminosa, com a finalidade de tirar qualquer resquício da origem daquele produto do crime.

O advogado criminal, Celso Sanchez define o termo lavagem de dinheiro:

A *lavagem* de dinheiro é o processo no qual o criminoso busca introduzir um bem, direito, ou valor oriundo de um dos crimes antecedentes na atividade econômica legal, com a aparência de lícito (reciclagem). Este processo, em regra, é formado por três etapas distintas: a da ocultação, em que o criminoso distancia o bem, direito ou valor da origem criminosa; a etapa da dissimulação, através da qual o objeto da *lavagem* assume aparência de lícito, mediante algum tipo de fraude; e a etapa da reintegração. Feita a dissimulação, o bem, direito ou valor reúne condições de ser reciclado, ou seja, reintegrado no sistema, como se lícito fosse

De acordo com a Comissão de Controle de Atividades Financeira (COAF), a *lavagem* de dinheiro simboliza um conjunto de operações financeiras que buscam a introdução na economia de cada país dos recursos, bens e serviços de origem ilegal.

### 4- O crime de Lavagem de dinheiro no ambiente virtual

Por ser uma atividade bastante lucrativa, a bitcoin imputou um novo modelo de relação com vendedores e compradores, impondo o mercado eletrônico a se atualizar e adaptar a esta nova modalidade. Como a utilização de bitcoins é estritamente virtual e sem o controle pelos Bancos Centrais, a descentralização expõe a dificuldade de regulamentação.

As identidades do vendedor, operador(minerador) e do comprador ficam em sigilo e a transação, uma vez feita, não pode ser alterada entre as partes. O valor da bitcoin acompanha regras de mercado: quanto maior a demanda, maior a cotação.

Entretanto, a possibilidade de um alto lucro e também o livre acesso podem chamar a atenção de criminosos, cujas condutas podem levar à realização de crimes reais, praticados na internet. Para confirmar a criminalização de uma determinada ação, cabe ao legislador observar os princípios penais, político-criminais e aspectos criminológicos.



O processo de fiscalização de compra e venda na modalidade criptografada se torna difícil e mais confusa por conta dos seguintes fatores: ausência de comunicação entre as partes no ambiente real; existência de empecilhos para rastreamento, como automatizações de misturadores de criptografia; possibilidades de criação de um número ilimitado de contas, muitas delas criadas apenas para uma única venda e falta de regulamentação.

Os ciber-criminosos usufruem do meio virtual para aplicar fraudes ao mercado financeira e manipular a perspectiva de lucro sobre as suas operações, justamente porque operações com criptoativos não possui contato com o ambiente real e por existir meios de ocultar uma eventual fonte ilegal do dinheiro.

## **5- Considerações finais**

Respondendo ao problema desse presente estudo e a partir da análise obtida pelo artigo, não é possível correlacionar o uso de bitcoins como a única e exclusiva variável de peso em relação à conduta criminosa da lavagem de dinheiro. Portanto, não sobra dúvidas de que a falta de regulamentação legislativa para as criptomoedas, associada à descentralização e anonimato das transações, possui relação com a expansão e especialização das modalidades criminosas.

Na medida em que as características do uso dessa modalidade se materializam pela desestatização junto com a ausência de instituições como Bancos Centrais que impõem tributação, as transações financeiras por meio de bitcoin são anônimas e de complexa identificação dos usuários, o que um espaço fértil para todos os tipos de pessoas, inclusive, as que utilizam o ciberespaço para a realização de práticas fraudulentas.

A capacidade de promover segurança monetária vinculada à vantagem da privacidade financeira a seus usuários, e pelos governos não aplicarem tributos, faz com que o uso de criptoativos se intensifique como uma tendência para as operações eletrônicas realizadas via ciberespaço; o que aponta um desafio para a compreensão em termos políticos, e jurídicos (dadas as incertezas quanto ao seu futuro, as moedas digitais representam uma modificação com consequências para a legislação, uma vez que é impossível falar sobre a conduta humana sem abordar possíveis desvios de comportamento que devam ser previstos pela norma jurídica. É necessário aplicar sobre essa modalidade financeira a segurança jurídica e a idoneidade das partes e das transações financeiras e, para isso, os usuários de criptomoedas e o sistema judiciário devem se preparar; sob o risco de uma eventual desatualização causar efeitos negativos para o mercado financeiro.

## **REFERÊNCIAS**

ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

ALBUQUERQUE, Bruno Saboia de; CALLADO, Marcelo de Castro. Understanding Bitcoins: Facts and Questions. *Revista Brasileira de Economia*, v. 69, n. 1, p. 3-16, mar. 2015

BITCOINS. *Bitcoin (USD) Price*. Disponível em: <<https://www.coindesk.com/price/>>.

BITCOINS. *Bitcoin Legality by Country Report*. Disponível em: <<https://coin.dance/poli#legalitybycountry>>.

AZEVEDO, Rita. Entenda o que é bitcoin. *Revista Exame*, 12 jul. 2017. Disponível em: <[http://exame.abril.com.br\\_mercados](http://exame.abril.com.br_mercados)>

AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Salvador: Jus Podivum, 2012.

BRASIL. *Lei n. 9.613 de 03 de março de 1998*. Lei sobre a lavagem de dinheiro. Brasília: Senado, 1998.

BRASIL. *Lei n. 12.683 de 09 de julho de 2012*. Lei que torna mais eficiente a persecução dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília: Senado, 2012.

HOCHSTEIN, Marc. Why Bitcoin Matters for Bankers; Savvy observers are looking beyond Bitcoin as currency and seeing its potential as a new set of payments rails. But that's not even the half of it. *American Banker Magazine*, v. 124, n. 2, p. 18 -29, mar. 2014

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2008. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>.

TROPINA, Tatiana. Fighting money laundering in the age of online banking, virtual currencies and internet gambling. *ERA Forum*, v. 15, n. 1, p. 69-84, 2014.

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO DONO OU DETENTOR DO ANIMAL**

**RAINY DOS SANTOS BENTO OLIVEIRA:**  
graduando em Direito pela Universidade  
de Santa Fé do Sul – UNIFUNEC.<sup>15</sup>

**FELIPE APARECIDO PAES SILVA**

**JULIA PEREIRA LIMA DA SILVA**

**JOÃO PEDRO LIRUSSI**

(coautores)

**JANAÍNA GUIMARÃESMANSILIA<sup>16</sup>**

(orientadora)

**RESUMO:** Os animais fazem parte do espaço terrestre desde sempre, contudo, ao longo da história da humanidade sempre foram considerados como renegados a “coisas”. Atualmente os animais são protegidos pelo ordenamento jurídico. Todavia, em que pese a importância em proteger esses seres, eles também podem causar danos aos seres humanos. Nesse caso, o presente trabalho tem como objetivo analisar as responsabilidades civis decorrentes de danos provocados por animais, especificamente os domésticos. A metodologia aplicada foi a pesquisa bibliográfica em doutrinas, artigos científicos, na legislação brasileira e na jurisprudência relacionada a temática. Existem posicionamentos favoráveis e desfavoráveis a respeito da aplicação da responsabilidade civil aos donos de animais domésticos, quando estes causarem danos a outrem. É de primordial importância ressaltar que a responsabilidade civil não recai apenas para animais domésticos, sendo eles os mais conhecidos como cães e gatos, como também em cobras, aranhas, aves, gados, e outros que estão sob tutela de uma pessoa e causam danos a outrem também se adequam ao artigo 936 do Código Civil, trata-se da responsabilidade objetiva que o dono tem pelos danos e prejuízos causados por seus animais. Não há necessidade de prova da culpa do proprietário do animal, basta que o animal cause um prejuízo que seu dono responde pela reparação.

**Palavras chaves:** Responsabilidade civil; Detentor; Animal; Dano.

**ABSTRACT:** Animals have always been part of terrestrial space, however, throughout human history they have always been considered as renegade “things”. Currently, animals

---

<sup>15</sup> Contato: rainy.bent@gmail.com

are protected by the legal system. However, despite the importance of protecting these beings, they can also cause harm to human beings. In this case, the present work aims to analyze the civil liabilities resulting from damages caused by animals, specifically domestic animals. The methodology applied was bibliographic research on doctrines, scientific articles, Brazilian legislation and related jurisprudence on the subject. There are favorable and unfavorable positions regarding the application of civil liability to the owners of domestic animals, when they cause harm to others. It is of paramount importance to emphasize that civil liability does not fall only on domestic animals, the best known of which are dogs and cats, but also on snakes, spiders, birds, cattle, and others that are under the guardianship of a person and cause damage to others also comply with article 936 of the Civil Code, it is the objective responsibility that the owner has for the damages caused by his animals. There is no need to prove the fault of the animal's owner, it is enough that the animal causes damage and its owner is responsible for the reparation.

**Keywords:** civil liability; holder; animal; damage; domestic.

## 1 INTRODUÇÃO

De modo geral, o ordenamento jurídico brasileiro determina regras necessárias para o bom convívio no corpo social, visando o cuidado da responsabilidade civil e garantindo a retratação de danos.

A responsabilidade civil se embasa na ação ou omissão em que se constitui um descumprimento de uma norma jurídica legal ou contratual, desta forma, gerando, uma obrigação de compensação. Perante esse contexto, a responsabilidade civil se fundamenta em princípios e leis para preservar a sociedade prejudicada e corrigir os sujeitos que não seguem regras, desse modo, gerando, tende haver uma sociedade justa, com limitações e espaço para todos

Assim sendo, deve-se evidenciar a quem pertence a responsabilidade civil por prejuízos provocados por animais. Em conformidade com o "Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior".

Após as considerações dessa esfera, fica claro a obrigação declarada no artigo exposto, cujo, se refere a uma responsabilidade objetiva, na qual não há precisão de evidencia da culpa do proprietário do animal, dessa maneira, é suficiente que o animal provoque perdas para que o seu responsável compensa, visto que, as normas atuais concedem isso na devida hipótese.

Nesse caso, o presente trabalho tem como objetivo analisar as responsabilidades civis decorrentes de danos provocados por animais, especificamente os domésticos. A

metodologia aplicada foi a pesquisa bibliográfica em doutrinas, artigos científicos, na legislação brasileira e na jurisprudência relacionada a temática.

Em segundo lugar, cabe mencionar, que o novo Código Civil lida com essa matéria, empregando a suposição objetiva, isto é, independe da validação do dolo ou da culpa do causador do evento, exclusivamente do nexos de causalidade, entre o comportamento realizado pelo animal e o dano causado à vítima, conseqüentemente, mesmo que o agente responsável não tenha agido com dolo ou culpa, deverá indenizar a vítima.

Por fim, o presente trabalho se divide em quatro capítulos; contexto histórico que busca fatos antecedentes para explicar o cenário atual como um todo, o conceito que tende esclarecer e introduzir o tema abordado, em terceiro face a abrangência da legislação aplicada no conteúdo, e o último, mas não menos importante, a jurisprudência, ou seja; um conjunto de decisões sobre a decisão da lei em questão.

Para compreender os próximos passos, é importante distinguir que a responsabilidade civil não incide simplesmente para animais domésticos, como cães e gatos, isto posto, é primordial concretizar que cobras, aranhas, aves, gados, e outros que estão sob tutela de uma pessoa e causam danos a outrem também se adequam ao artigo 936 do Código Civil. Visando ao mesmo objetivo, cabe aos donos de animais uma atenção maior nos cuidados do cotidiano para, assim, não causar acidentes a terceiros.

## **2 CONTEXTO HISTÓRICO**

Gradativamente se fala sobre as circulações de notícias que envolvem pessoas que são padecentes de disfunções por animais, sendo assim, antes de iniciar o presente assunto deve-se precisamente observar a conjuntura que se encontra no nexos entre os indivíduos e os animais, com isso precisa-se se atentar como se deu a evolução concomitante dos gêneros no decorrer dos anos.

Anos à frente a irmos se assegurando sobre a ideia de deslocamento as pessoas resolveram não se limitar a questões relacionadas a otimização, em agregação com esse avanço da humanidade, passou-se a possuir no momento da subversão criativa e tecnológica, o advento da domesticação dos animais, estimando-se que o cão se identificou do lobo a cerca de 135.000 anos. Porém com todo o contexto estudado, os explorados apontam que a domesticação dos animais, em específico o cachorro, tenha ocorrido apenas por volta de 15.000 a 10.000 anos.

Essa suposição atualmente é a mais aceita pela sociedade tecnológica, através da percepção da qual há sinais de que foi nessa mesma altura que os seres humanos deixou de ser nômade, para formar-se como uma sociedade. E foi a partir desses avizinhamento

que os animais, conservaram uma separação inferior de fuga dos homens, começando a conviver mais próximo das aldeias humanas, mantendo comportamentos sociais entre as espécies.

Assim, o que facilitou o trato do homem com a espécie, deu-se em razão da manutenção, manejo e criação em cativeiro. Principiando para os felinos, observou-se que o adestramento desse grupo pelos homens sucedeu-se há 9.000 anos, não muito atrás dos costumes da atual espécie passarem a ser conhecidos como sedentários.

Com a chegada da agricultura, muitas variáveis passaram a conviver de forma conjunta com a população, porém algumas amostras ainda eram consideradas pragas.

Cientistas da hereditariedade e da domesticação dos animais, declararam que, os bichos ampararam parcialmente os humanos em sua educação, comprovando através dos seus dados que os animais se aclimataram aos seres humanos antes mesmo desses intervirem em seu modo de vida. Para grande parte dos primeiros animais domesticados, cães; porcos; ovelhas; cabras, houve também por parte dos humanos uma inicial manipulação não proposital para com essas espécies.

É importante atentar-se que o princípio da domesticação não ocorreu de forma controladora e ensaiada, mas sim fundamentado em uma série de abrangências que mudaram as propensões dos animais domesticados para com o convívio com a raça humana.

Dessa forma a humanidade almejou sua propensão à domesticação de outras espécies. Porém com o passar dos anos as relações entre animais e humanos se diferenciaram, fazendo que a posição do animal estivesse em uma escala altíssima de idolatria, colocando-os em um novo mundo de "cuidados", essa nova posição fez com que eles passassem por momentos difíceis ou com extremo aconchego.

Não obstante, apenas no ano de 1998 foi promulgada a Lei Federal nº 9.605 contra crimes ambientais, trazendo um progresso importante para o combate à crueldade contra os animais domésticos e silvestres.

Aliás, deve-se levar em consideração que a primeira lei contra os maus tratos aos animais que se tem registro é de 1635 na Irlanda, a qual proibia que arados fossem amarrados aos rabos dos cavalos, e que fossem arrancados os pelos das ovelhas ao invés de tosquia-las, seguindo proibiu as rinhas de galo, brigas de cachorro e touradas.

Por fim, foi apenas na Constituição de 1988 que ocorreram avanços importantes no tocante à proteção dos animais pela legislação brasileira.

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL**



### 3.1 Conceito

Referente a responsabilidade extracontratual de danos causados por animais existe uma transgressão do dever legal, na qual não há nenhuma conexão jurídica entre os envolvidos. Apesar disso, considera-se que, surge o encargo de ressarcir o, pela quebra de um dever legal, ou pelo descumprimento de um dever contratual.

A responsabilidade civil pelos acontecimentos provocados por animais com junção a terceiros localiza-se estabelecida no artigo 936 do Código Civil de 2002; dispondo que “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.”

Como já fora reportado acima, o presente artigo do Código Civil parte as duas personalidades que são capazes de declarar a responsabilidade desempenhadas pelo animal.

Dessa forma, tanto o dono quando o detentor do animal poderá ser tachado pelas falhas que o próprio der causa. Compreendendo-se que, a personalidade responsável do animal é de tal maneira a que efetua o controle em cima do ser, durante o tempo que o detentor é somente o possuidor da guarda do ser irracional, logo é acerca dele a autoridade de cautela e prudência momentânea no caso de equiparado ao possuidor. Como exemplo da situação apresentada a acima, citemos

A doutrinadora Maria Helena Diniz relata que (2007, págs. 481-482):

Ao exercer seus poderes sobre o animal, o seu dono ou detentor poderá causar, indiretamente, dano tanto aos bens pertencentes a terceiros como à integridade física de alguém, caso em que deverá ser responsabilizado, tendo obrigação de indenizar os lesados. (...) Sua responsabilidade causada pelo animal na integridade física ou patrimonial de outrem tem por base a presunção de culpa, (...) estabelecida no fato de que lhe incumbe guardar e fiscalizar o animal (...).

Isso ocorre por que, o proprietário do animal ou seu detentor atende pelos malefícios causados por eles há alguém. A responsabilidade do dono do animal não transcorre precisamente da condição de possuinte, contudo, do próprio defensor, vale enfatizar, que, que caso o animal se encontrar com o representante, ele se torna automaticamente o responsável. O protetor possui a responsabilidade de efetuar a proteção na extensão proposta perante a situação de ameaça em que o animal se encontra.

Geralmente esse cuidado busca estabelecer uma conduta contra possíveis ataques do animal sobre terceiros, geralmente esse método de segurança pode afastar a culpabilidade pelo evento danoso. Por outro lado, é importante frisar que as vezes o proprietário do animal pode escapar da responsabilidade, destacando que caso o animal esteja sobre a tutela de alheios no momento do fato. Conforme o site Jus Brasil (2016, p 4.1):

Um exemplo interessante, que seria com o dono de um circo, em um momento eventual com animal, um terceiro, sendo este o domador, improvisando seus números e durante o evento verifica-se a ocorrência de lesões em espectadores, o proprietário há de responder por dois motivos, mesmo o animal estando sobre poder de outrem: a condição de empregador obriga-o a responder pelos atos do empregado que não soube conduzir com destreza o animal e a imprudência de confiar à pessoa inexperiente a condução de um animal perigoso.

Neste passo é importante reforçar que, as causas excludentes de responsabilidade civil são circunstâncias que, ao efetuar-se, havendo como consequência um evento danoso, não instituem, contra o autor, pretensões indenizatórias, nestes artigos geralmente as eliminatórias da responsabilidade civil acontecem pela razão da retirada do nexo causal, onde teremos a ocorrência da supressora por força maior, que em tese significa, uma ação provocada pelo homem decorrente do destino ou do acaso.

Sobre a culpa da vítima, é necessário a apresentação de devidas provas nos instrumentos do procedimento, pelo o autor em desabono do réu, no qual o criminado poderá expor em sua defesa o afastamento da responsabilidade, explicando que a culpa do dano acarretado pelo seu animal foi puramente culpa da vítima, pois agiu imprudentemente.

No tocante ao regime da responsabilidade, é necessário fortificar que o Novo Código Civil, opera através da teoria do risco, determinada, no parágrafo único, artigo 927 que fixa "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Similarmente dá-se a excludente por autoria única da vítima, nas quais não há o que proferir em nexo causal do dano com o gerador, porém, poderá verificar-se concorrência de culpas, que dá ao agente a concessão de deprimir a idoneidade da indenização a ser paga ao padecente, conforme o Código Civil: "Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

Em reforço da tese responsabilidade objetiva por animal, é plausível a finalização de aplicação do código de Defesa do consumidor, em razão da Lei 8.078/1990 que traz o seguinte direito "Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias". Podendo ser sobreposta aos casos de distrações, como circos, hotéis, que disponibilizam animais domesticados para atração, como em parques de diversão, rodeios, entre outros.

Com efeito nos feitos de acidentes veiculares produzidos por animais em vias públicas compelidas à concessão, o aspecto jurídico da matéria troca de figuração. Tratando-se de rodovias conduzidas por particulares, em que os motoristas, além da contraprestação tributária que já dispõe ao Estado, têm que saldar a tarifa, ou taxa ao particular concessionário "o chamado pedágio", o que acontecera, francamente, é a prestação de um serviço, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Recurso especial - Acidente em estrada - Animal na pista - Responsabilidade Objetiva da concessionaria de serviços públicos - Código de defesa do consumidor - Precedentes. Conforme jurisprudência desta Terceira Turma, as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas a legislação consumerista. Portanto, respondem, objetivamente, por qualquer defeito na prestação do serviço, pela manutenção da rodovia em todos os aspectos, respondendo, inclusive, pelos acidentes provocados telepresença de animais na pista. (Recurso especial provido."STJ, REsp 647.710/RJ, Rel. Min. Castro Filho, 3.ª Turma, j. 20.06.2006, DJ 30.06.2006, p. 216).

Por fim, como tudo que fora manifestado, o cliente tem como um direito fundamental o restauro dos efeitos por eles causados, visando um reequilíbrio da conexão jurídica abalada por um ato antijurídico.

### **3.2 Responsabilidade do detentor do animal doméstico**

A guarda de potencial animais perigosos, em sua maioria, não são tomados os cuidados necessários para a posse do mesmo, gerando inúmeras situações com vítimas e a preocupação da população, que espera a responsabilização aos donos dos animais. Nos tempos antigos, especificamente no Direito Romano, já existiam a responsabilização dos donos pelos danos causados por seus animais.

O artigo 1.527 do presentemente revogado Código Civil de 1916, havia estabelecido a presunção do *juris tantum* da responsabilidade do portador do animal, não dispensando

a culpa como hipótese da responsabilidade. Com a responsabilidade do portador de animais sendo presumida, bastava a vítima provar o dano causado a relação de causalidade do mesmo por ela sofrido, assim, caberia ao dono provar se agiu ou não culposamente.

A responsabilidade referida no artigo 936, do em vigor Código Civil trata-se da responsabilidade objetiva que o dono tem pelos danos e prejuízos causados por seus animais. Não havendo necessidade de provar a culpa do dono, apenas que o animal o cause algum dano.

A lei permite que, caso o proprietário prove culpa da vítima, ou que o dano decorreu de força maior, ele não seja responsabilizado. Mesmo com todos os cuidados do responsável, se o animal atacar alguma pessoa ou patrimônio, ainda assim o responsável respondera pelo dano causado pelo animal, pois a responsabilidade civil por fato do animal é objetiva, ainda que não haja culpa, dolo, o dono é o guardião presuntivo do animal, e por assim ser, o dono do animal responde pelo fato do animal.

Ainda no artigo 936, afirma que a responsabilidade civil por fato do animal deve ser imputada ao dono do animal ou ao detentor, sendo ele um terceiro, como veterinário, adestrador, cuidador. Desta forma, não é solidária a culpa, pois a mesma não é presumida, decorrendo, assim, da lei ou das vontades das partes.

*É a condição na qual o guardião de um animal de companhia aceita e se compromete a assumir uma série de deveres centrados no atendimento das necessidades físicas, psicológicas e ambientais de seu animal, assim como prevenir os riscos (potencial de agressão, transmissão de doenças ou danos a terceiros) que seu animal possa causar à comunidade ou ao ambiente, como interpretado pela legislação vigente (SANTANA et al., 2004:544).*

Conforme decisão proferida pelo 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, o cuidado do dono do animal não é o cuidado comum, mas o necessário para que não ocorrer possível dano. Havendo dano significa que o dono do animal não tomou os devidos cuidados para evitar que os danos fossem causados, o mesmo deve se preocupar com todas as possíveis situações, assim, tomando os cuidados necessários. Neste sentido é a lição de Aguiar Dias (2000, p.57): "Cuidado preciso é a diligência indispensável para evitar determinado resultado, a qual está longe da diligência do homem prudente, é o cuidado eficiente, adequado".

Neste sentido destaca-se a decisão proferida pelo Tribunal de Alçada e Minas Gerais em 11.10.2000: O dono de cães ferozes, da raça rottwieller, treinados para atacar pessoas, deve estar sempre atento sobre os mesmos, para resguardo, notadamente, de pessoa contratada para executar serviços na casa onde permaneciam animais, não podendo ser

exigido que o trabalhador escolha o melhor momento, durante o horário de trabalho, para entrar na casa

Os doutrinadores têm entendido que mesmo sob a vigia de terceiros ou de um pressuposto a responsabilidade de todos os prejuízos que seu animal causar é do dono do animal, cabendo-lhe responder por todos os mesmos. A única forma de exonerar a responsabilidade civil do dono do animal será quando presente uma das excludentes, conforme art. 936, do CC/2.002.

A legislação atribui a responsabilidade também àquele que detiver a posse do animal, portanto, embora não sendo o dono, deveria ter o controle efetivo do animal, devendo guardá-lo como cuidado necessário para não causar dano a outrem.

## 4 LEGISLAÇÕES

### 4.1 Lei estadual paulista (nº 11.531/2003)

A Lei estadual número 11.531, de 11 de novembro de 2003 estabelece regras de segurança para posse e condução responsável de cães. Em seu artigo primeiro ele estabelece "A condução em vias públicas, logradouros ou locais de acesso público de cães das raças pitbul, rottweiler e mastim napolitano, além de outras especificadas em regulamento, deverá ser feita sempre com a utilização de coleira e guia de condução".

Assim garantindo a proteção dos cidadãos que trafegam em via pública, calçadas, canteiros dentre outros. Em seus caputs, essa lei dispõe as medidas de segurança no qual os proprietários dos cães deveram adotar para mantê-los em condições adequadas de segurança que impossibilitem a evasão dos animais.

Os possuidores dos cães de raça citada no artigo 1º desta lei podem solicitar concurso policial, quando verificada a condição de cães das raças de que trata o primeiro artigo da lei 11.531.

A infração disposta na lei sujeitará o possuidor ou proprietário do animal ao pagamento de multa no valor de 10 (dez) UFESPs tal valor que no cenário atual notasse a importância de **R\$ 31,97** (trinta e um reais e noventa e sete centavos), sendo a multa de valor dobrado caso ocorra reincidência.

## 5 JURISPRUDÊNCIAS

### 5.1 Favoráveis

No julgado abaixo, nota-se que a jurisprudência julgada na comarca de Sertãozinho-SP, no caso de um cachorro deixado pelo dono para que ficasse hospedado sob os cuidados do estabelecimento, porém veio a óbito enquanto estava sob a responsabilidade dos mesmos:

Apelação - Ação de indenização por danos morais - Prestação de serviços - Cachorro de estimação deixado em hospedagem - Óbito do animal - Dano moral configurado - Redução. A perda de cachorro deixado sob a guarda de prepostos de estabelecimento especializado no cuidado desse tipo de animal doméstico, o qual vivia com seus donos há uma década, é, sim, situação passível de indenização por dano moral, cuja quantificação deve pautar-se pela razoabilidade - De reduzir-se o valor da indenização. Apelação provida em parte. (TJSP; Apelação Cível 1007317-31.2016.8.26.0597; Relator (a): Lino Machado; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sertãozinho - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/02/2019; Data de Registro: 15/02/2019).

Desta forma, ficou determinado a casa de hospedagem restituir os danos morais causados ao dono do animal com o falecimento do mesmo sob seus cuidados, por meio de indenização, se tratando de um estabelecimento especializado nos serviços aos animais.

Outro caso também, na comarca de São José, sua 3ª Câmara Civil do TJ confirmou a sentença condenando um veterinário ao pagamento de indenização R\$ 2.000,00 (dois mil reais) à dona de um gato. No ano de 2014 o gato foi deixado na clínica veterinária para que pudesse passar por um procedimento cirúrgico, após o procedimento o animal acabou fugindo da clínica. Apenas após dois meses o animal foi encontrado pela própria dona, que o procurou incansavelmente.

O desembargador Fernando Carioni, relator da matéria, considerou o valor arbitrado adequado e reconhecendo a clínica como responsável na fuga do animal de estimação, mesmo se servindo de prontidão ao auxílio nas buscas.

Observa-se o apego e o cuidado que a autora possuía com o gato, motivo pelo qual procurou um profissional especializado para realizar a intervenção cirúrgica. Além disso, sabe-se que, nos dias atuais, os animais domesticados adquiriram status de membro familiar, ante o carinho e estima dispensados a eles por seus donos", finalizou o magistrado (Apelação Cível n. 0302202-45.2014.8.24.0064).



Na Justiça do estado do Rio de Janeiro com julgamento em 13/03/2018 foi constatado um caso configurando responsabilidade objetiva do dono do animal. Segundo a vítima por volta das 15:30 José Emídio Farias Gomes e a vítima Roberta De Oliveira Alves Araújo caminhavam por via pública tranquila mente, até o momento no qual encontra o portão de uma casa aberto, evadindo do local um cão da raça Rottweiler, vai em direção a um estabelecimento comercial onde ataca as vítimas arrastando e mordendo violentamente a cabeça da vítima e a região direita do crânio, próximo a orelha.

Assim nos pedidos do processo a vítima suplica por verba indenizatória por danos morais, possuindo dupla finalidade, a primeira como forma de amenizar a dor, o vexame e a humilhação suportados pela mesma e a segunda, como espécie de penalidade civil com o intuito de inibir que o agente venha adotar tal espécie de conduta novamente.

Com base no art. 396 do código civil a vítima solicita R\$ 6.000,00 (seis mil reais) de reparação moral e física. Já na sentença, julgou procedente o pedido para condenar os réus, de forma solidária, ao pagamento da quantia de R\$ 108,84, relativo aos valores dispensados pela parte da autora com as despesas médicas, bem como ao pagamento de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de danos morais ao autor, também condenado a pagar as custas judiciais e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação em favor do patrono dos autores.

## **CONCLUSÃO**

Com o avanço da sociedade os animais foram ganhando cada vez mais espaço no cotidiano de vida das pessoas, tornando-se elementos essenciais nas famílias, dessa forma, gerou uma responsabilidade.

Nota-se, portanto, que a responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. No que condiz à respeito da responsabilidade perante ao dano causado por um animal é objetiva, sendo ela diretamente ligada ao dono, ou se provar aos cuidados de terceiros, isenta-se a responsabilidade do dono.

Cabe atentar-se que o animal tem direito ao cuidado do homem, sendo o mesmo responsável por seus atos, dessa forma, através do artigo 936, afirma que a responsabilidade civil por fato do animal deve ser imputada ao dono do animal ou ao detentor, sendo ele um terceiro, como veterinário, adestrador, cuidador.

Ademais, a lei permite que, caso o proprietário prove culpa da vítima, ou que o dano decorreu de força maior, ele não seja responsabilizado.

Com todos os cuidados do responsável, se o animal atacar alguma pessoa ou patrimônio, ainda assim o responsável responderá pelo dano causado pelo animal, pois a responsabilidade civil por fato do animal é objetiva, ainda que não haja culpa, dolo, o dono é o guardião preteritivo do animal, e por assim ser, o dono do animal responde pelo fato do animal.

Dessa forma, a responsabilidade não é solidária, pois a mesma não se presume, decorre da lei ou das vontades das partes. A responsabilidade civil do dono do animal apenas será exonerada quando presente uma das excludentes; culpa da vítima ou força maior, conforme art. 936, do CC/2.002, que *numerus clausus* as prevê.

## REFERÊNCIAS

Artigo 936 da Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

CS, A. **Responsabilidade do dono do animal**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT, 2016. Disponível em: [CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/responsabilidade-do-dono-do-animal#:~:text=Os%20donos%20s%C3%A3o%20respons%C3%A1veis%20por%20danos%20causados%20por%20seus%20animais.&text=O%20C%C3%B3digo%20Civil%20em%20seu,dono%20dever%C3%A1%20ressarcir%20o%20preju%C3%ADzo. Acesso em: 8 set. 2022.</a></p></div><div data-bbox=)

DAROLD, Andressa. **VETERINÁRIO DEVERÁ INDENIZAR CLIENTE POR FUGA DE GATO APÓS CIRURGIA REALIZADA EM CLÍNICA**. Emporiadodireito.com.br, 5 ago. 2017. Disponível em: [FIGUEIREDO, Roberto. \*\*Direito Civil: Fato Animal\*\*. Professor Roberto Figueiredo, 2020. Disponível em: \[GONÇALVES, Carlos Roberto. RESPONSABILIDADE CIVIL, de acordo com o Novo Código Civil \\(Lei n. 10.406, de 10-1-2002\\). 8ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2.003, pp. 267/275.\]\(https://www.youtube.com/user/RobertoDireitoCivil/videos. Acesso em: 1 set. 2022.</a></p></div><div data-bbox=\)](https://emporiadodireito.com.br/leitura/veterinario-devera-indenizar-cliente-por-fuga-de-gato-apos-cirurgia-realizada-em-clinica. Acesso em: 13 jul. 2022.</a></p></div><div data-bbox=)

Sedep.com. **Dono de gado que causou acidente em estrada é condenado a indenizar famílias das vítimas**. SEDEP, 2014. Disponível em:

<https://www.sedep.com.br/noticias/dono-de-gado-que-causou-acidente-em-estrada-condenado-a-indenizar-familias-das-vtimas/#:~:text=Experimente%20Gr%C3%A1tis,Dono%20de%20gado%20que%20causou%20acidente%20em%20estrada%20%C3%A9%20condenado,receber%C3%A3o%20R%24%2035%20mil%20cada>. Acesso em: 13 set. 2022.

STOCO, Rui. TRATADO DE RESPONSABILIDADE CIVIL – com comentários ao Novo Código Civil. 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio. Direito Civil : Responsabilidade Civil. 4ª ed., São Paulo: Atlas,2004.

## **DIREITO PENAL BRASILEIRO: PSICOPATA**

**IGOR ARANHA VIEIRA DA SILVA:**  
graduando em Direito pela Universidade  
Brasil.<sup>17</sup>

**Resumo:** Esse artigo procura expor o conceito de psicopatia, as suas características e qual seu elo com a sociedade e seus comportamentos caracterizados, ou seja, o que significa para ciência criminal. O fundamento do Direito Penal é essencial, pois ele é inserido na reassociação. A legislação vigente no país não pune adequadamente os indivíduos com transtornos, eles recebem intervenção psiquiátrica, porém a sua personalidade se manterá a mesma trazendo risco para sociedade. No Estado não há tantos lugares específicos para tratar os psicopatas, são sujeitos extramamente violentos, não possuindo sentimento ou se quer medo da legislação. O intuito do artigo visa mostrar conceitos específicos e as posições legislativas do Estados.

**Palavras-chave:** Direito Penal; Psicopatia; Transtorno.

**ABSTRACT:** This article has the scope of analyzing the concept of psychopathy, analyzing its main characteristics as well as its relation with society and the behavioral aspects typified, therefore, that matter the criminal science. Finally, the aim is to discuss the most correct application of Criminal Law in accordance with the legislation in force in the country, and, although in a resocializing character. The State fails to adequately penalize mentally ill individuals or some personality disorder, since they lack psychiatric treatment, otherwise they will continue to display dangerous behaviors to society. There are very few penal establishments created solely to deal with mentally ill subjects with some kind of personality disorder, psychopaths or serial killers. The psychopath has behaviors prone to violence, inclined to commit crimes, lack of feelings and non-intimidation with criminal sanctions. In addition will be exposed concepts concerning the theme and elucidation of the legal position.

Keywords: Criminal Law; Psychopathy.

### **1- INTRODUÇÃO**

O artigo tem o fundamento de elucidar sobre os transtornos psicológicos, sendo um distúrbio que afeta humor, raciocínio e comportamento, onde o estado psíquico do ser afeta diretamente sua personalidade. A psicopatia é temática principal, onde o transtorno

---

<sup>17</sup> Contato: igorvieira\_98@icloud.com

de personalidade caracterizado pela falta de empatia e sua falta de obrigação social é causado pelo antissocialíssimo.

Não há leis específicas, somente uma Projeto de Lei -1637/2019 que Congresso Nacional decreta que a medida de segurança de liberdade vigiada aos portadores de psicopatia quando tal medida para manter a ordem pública, mais não lei específica para avaliação da psicopatia deixando os agentes de ciências criminais em um beco, ou seja, precisa de uma avaliação e técnica para aplicar a justa pena.

Para medicina a psicopatia é um distúrbio mental duvidoso, pois é uma enfermidade intensa que suas explicações e elucidações tem que ser tangível, visto que sua caracterização é dificultosa.

O Estado tem que identificar o transtorno de personalidade de forma precisa para ser decidido se seu perfil é Inimputável, Semi-inimputável ou Inimputável, para ser julgado de forma justa as medidas cabíveis sendo medida de segurança ou prisão.

O artigo mostra que o país necessita de lugares especializados para receber os indivíduos com transtorno de personalidade para que ele se reintegrem a sociedade sem causar nenhum tipo de risco.

O trabalho visa expor a importância do Estado para criar legislação específica para atender de forma coerente e justa para caracterizar o perfil do psicopata. De modo geral o Estado tem que ser mais rígido nos critérios para analisar o transtorno personalidade para manter o bem-estar social

## **2- METODOLOGIA**

O artigo foi realizado com Código Penal, Normas, monografias, orientação do professor, além de outras matérias disponíveis na biblioteca da faculdade, materiais psiquiátricos e neurociência. O tema visa mostrar os conceitos e base teórica da perquirição, o artigo tem como fundamento expor a psicopatia no âmbito do Direito e suas sanções penais.

## **3- DESENVOLVIMENTO**

Para a realização desta pesquisa, foram encontrados artigos científicos publicados sobre o tema psicopatia, os encontrados na base de dados Google Acadêmico.

### **3.1 O Psicopata**

O psicopata é totalmente estrategista, eles são uma máquina de estudar sua vítima sendo predadores natos, na Espanha eles são conhecidos como camaleões sociais, pois estudam para se adaptar da melhor maneira na vida da vítima. A falta de empatia tem sido discutida há anos e a partir do ano de 1924 o estudo foi aprofundado pelo psiquiatra suíço Paul Eugen Bleuler que definiu anomalias, sendo elas provocadas individuais ou de modo coletivo, Zatta explica que o conceito surgiu no ano de 1924 contendo o significado de defeito adquirido, são defeitos adquiridos na personalidade causando sofrimento à sociedade (ZATTA,2014).

O conceito de psicopatia já é algo congênito, sendo algo biológico, essa teoria vem ganhando força no século XXI, ou seja, que a pessoa com transtorno de personalidade já nasce com esse gene pelo raciocínio cerebral já ter essa anomalia. Conforme, completa Butman "as lesões neurológicas (vasculares, tumorais, degenerativas ou traumáticas) do lobo frontal determinam um transtorno mais ou menos evidente da conduta social" (BUTMAN et al2001,p. 277).

Esta deficiência no sistema límbico e córtex pré-frontal é desenvolvimento que se dá anomalia da psicopatia sendo impulsos gerados a partir das estruturas límbicas. O mesmo pode ser percebido nas palavras de Jim Fallon "um certo grupo (assassinos) tinha sempre uma lesão no córtex do orbito frontal acima dos olhos. Outra parte que não parecia funcionar bem era parte frontal do lobo temporal que abriga a amígdala, o local onde nossas reações se tornaram diferentes de animais" (JIM,1990).

Diante disso a diferença entre Sociopata e Psicopata, sendo a psicopatia uma forma grave que a sociopatia, o sociopata age de forma impulsiva, já o psicopata é manipulador, conforme American Psychiatric Association:

As pessoas muitas vezes confundem os sociopatas com psicopatas, o que não é surpreendente, já que os dois compartilham características de transtorno de personalidade antissocial. De acordo com o DSM-5, os principais sinais de transtorno de personalidade antissocial são o egocentrismo, falta de empatia, espírito de manipulação, hostilidade e impulsividade (American Psychiatric Association).

Conforme o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5) é para caracterizar o grau de psicopatia usando critérios descritos no manual como questões da Escala Hare, sendo um teste para avaliar a psicopatia.

Os traços de transtorno de personalidade se dão na infância, mais intensa na adolescência mostrando um comportamento mais manipulador e egoísta. Fatores para a



tipificação de psicopatia é abusos e maus tratos sofridos durante o período da infância, ou traumas como destrutura familiar e socioeconômica.

O psicopata tem consciência de seus atos, sendo assim ele executa seus atos sem qualquer remorso, muito ao contrário de um bandido comum que visa buscar ambições com plena ciência e por muita das vezes se arrepende.

Consequentemente o psicopata mostra falta de emoções, ele pratica seus atos sem arrependimento, não confia em ninguém e geralmente usa o outro para benefício próprio. Fazendo assim vários questionamentos no mundo da psiquiatria, como causas e efeitos. Estudos apontam que somente 3% dos homens e 1% das mulheres possuem convergência para psicopatia

A Escala de Hare foi uma evolução nos anos de 1991, o teste mostra o grau da psicopatia, sendo um teste elaborado com 20 questões pontuado de 1 a 2 pontos para avaliar também o antissocialismo.

É importante deixar claro que até hoje não há a cura para psicopatia, existem técnicas, porém não são totalmente eficientes, podendo trazer para o psicopata efeito ao contrário, ou seja, não curando e o deixando cada vez mais apto manipulador.

### **3.2 Da responsabilidade criminal do psicopata**

Embora ainda não há legislação típica, o Estado procura por corporações jurídicas de estudos e investigação para aplicar a lei de forma coerente. A lei tem que ser de forma harmoniosa para que haja a obrigação de proteger os cidadãos e de proteger os direitos constitucionais dos indivíduos.

A Constituição Federal preserva o direito dos cidadãos baseando no seu artigo 5º caput diz que **todos são iguais perante a lei**, independente do sexo, da cor, da religião, orientação social, classe econômica. Em seu inciso I fala sobre a igualdade entre os homens e as mulheres, que não é porque são de sexos diferentes que terão que ser tratados desigualmente. Sendo assim os psicopatas estão protegidos pela Constituição Federal de 1988.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana conjecturado no artº 1 da Carta Magna alicerça o ordenamento jurídico brasileiro onde descreve que todo ser humano deve ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde), e de fruir de um âmbito existencial próprio. (AWAD, 2006, pg. 113).

A origem do princípio é atenuada, pois os cidadãos não podem correr riscos mesmo que os enfermos sofram tais anomalias.

O Estado não pode violar o princípio em que fira a dignidade do psicopata, sendo que um dos fatores predomina em sua anomalia e a dificuldade no convívio em sociedade e por sua falta de empatia. Porém o sistema carcerário brasileiro não é eficaz para enfermos como a psicopatia podendo causar efeito ao contrário e aprimorando suas formas de manipulação.

Como já mencionado anteriormente não há leis específicas para anomalia da psicopatia, poderia em tão tal ser condenado pelos seus atos violentos? Qual legislação mais apropriada?

Há uma teoria psicológica que a culpabilidade para o psicopata é um fator subjetivo ou interno do crime, Von Liszt-Beling afirma que a **culpabilidade é inserida como fator subjetivo ou interno do crime**, tendo em vista que é necessário se realizar um liame entre o agente e o fato típico e antijurídico por ele praticado, a ser aferido através do dolo ou culpa em sentido estrito. (VON LISZT-BELING, SÉC.XIX).

A Teoria Normativa Pura é optada pela norma penal como direito puro para Vitor Eduardo Rios Gonçalves é como o liame subjetivo entre autor e resultado. Para esta teoria o dolo e a culpa migram para a conduta, restando ao autor fazer o juízo de valor da reprovação da conduta ou não. (2000, pg. 86). Pode então admitindo-se a culpa do criminoso psicopata a ele imputar o crime?

A doutrina e jurisprudências dominantes compreendem a imputabilidade como a capacidade de entender e querer, Damásio de Jesus explica que:

Imputar é atribuir a alguém e responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade de lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível. A Imputabilidade contém juízo sobre a capacidade geral do autor. (2015, pg. 513)."

A capacidade de entender o caráter criminoso do fato não significa a exigência de o agente ter consciência de que sua conduta se encontra descrita em lei como infração. Imputável é o sujeito mentalmente sã e desenvolvido que possui capacidade de saber que sua conduta contraria os mandamentos da ordem jurídica. (2015, pg. 515).

Neste ponto de vista mostra a contradição entre o Código penal e a concepção de imputável, entrando em contradição o sujeito inimputável, sendo ele capaz de entender seus atos, mostrando que de fato houve a antijuricidade. O artigo 26º do Código Penal diz respeito que define os inimputáveis como **aqueles que, por conta de doença ou**

**deficiência mental, são incapazes de compreender o caráter ilícito do fato.** Estes são isentos da pena. (art 26º C.P).

A semi-imputabilidade está no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, considera que a **presença de algumas patologias mentais, ao momento do crime, pode gerar uma redução da pena a ser imposta ao agente**, qual seja a) a psicose que retire a capacidade de entender ou de se autodeterminar o caráter criminoso do fato, ao momento da prática ilícita. (art. 26º P. Único).

O direito Penal Brasileiro legitimada a imputabilidade do agente o método biopsicossocial, onde as condições pessoais sabem distinguir o certo do errado. Como o psicopata não sente culpa então não interessa sua condenação. O Estado é responsável por fazer diagnóstico de sua condição psicossocial, será profícuo a aplicação da norma e garantino que o psicopata terá condição para viver em sociedade.

O transtorno de personalidade pode ser considerado imputável ou semi-imputável pois seu psicológico é incompleto, mais não fasta sua imputabilidade, sendo assim sujeito a medida de segurança.

O sistema Vicariante é o sistema adotado pelo Código Penal Brasileiro constitui-se execução da pena ou medida de segurança em caso de semi-imputabilidade, onde o Juiz destinará o melhor tratamento para o enfermo do fim da norma criminal. O psicopata quando penalizado exento de culpa não se esforça para a ressocialização sendo assim a punição causa efeito adverso.

Quando alta periculosidade e transtorno de personalidade não há pena, mais sim medida de segurança com período mínimo de um a três anos, tendo realizado perícia anual podendo ser averiguado o nível de periculosidade do psicopata.

A medida de segurança é uma forma de pena para crimes onde o indivíduo possui transtornos. O Supremo Tribunal Federal institui medida de segurança no máximo de 30 anos, a Constituição Federal extinguiu prisões perpétuas.

Se na realização da perícia anual o doente demonstrar baixo nível de periculosidade a medida de segurança é cessada e os princípios constitucionais e sendo abolida posições de neurociências renomados.

Os tribunais utilizam de Habeas Corpus quando o culpado é caracterizado como psicopata e demonstra que sua perícia anual é baixa:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO

PENAL.PROGRESSÃO INDEFERIDA EM 1º GRAU. MANUTENÇÃO DO DECISUM PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. PARECER PSICOLÓGICO DESFAVORÁVEL. PSICOPATIA COMPATÍVEL COM TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL. ELEVADO RISCO DE COMETIMENTO DE OUTROS DELITOS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (HC 308.246/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 04/03/2015)."

A Jurisprudência utiliza o art 75º do Código Penal onde sua sentença é menor que 40 anos, ou seja, sua medida de segurança, quando reintegrado a sociedade o Juiz aplica interdição.

#### **4.0 Transtorno de personalidade**

##### **4.1 Antissocial**

A psicopatia é um transtorno de personalidade, onde o enfermo tem conduta antissocial e sem emoção. A área afetada do cérebro desliga suas emoções, o enfermo entende o ato, porém não sente qualquer tipo de culpa.

Os portadores de Transtorno de Personalidade Antissocial cometem seus atos em âmbito familiar e social, o indivíduo tem o dom de enganar as pessoas podendo ser impulsivo e agressivo.

A psicopatia é um agente biológico já sociopatia é um fato de seu ambiente social, sendo originário de traumas produzidos em sua infância e adolescência. A psiquiatria e as neurociências as causas para o comportamento agressivo dos psicopatas, mesmo não acreditando na cura e na ressocialização.

O Estado deve amparar os enfermos e o direito deve resguardar o direito dos cidadãos, deixando a psicopatia como um estado totalmente alucinado para compreensão humana. O sistema carcerário brasileiro de certa forma prejudica a socialização dos enfermos pois é um lugar desumano.

#### **CONCLUSÃO**

A psicopatia é um estado em que afinge o caráter do indivíduo, tornando incapaz de ter emoções, se tornando manipuladores, incapazes de ter remorso, comportamento impulsivo e falta de controle da raiva.

O sistema penitenciário brasileiro, tem como prioridade punir e ressocializar o sujeito, recolocando na sociedade para que não torna praticar atos ilícitos. O sistema carcerário brasileiro tem como objetivo ressocializar seus detentos mais a prática é totalmente diferente.

É nítido que o Estado não dá suporte para ressocialização as condições carcerárias não são das melhores tornando difícil a volta para sociedade sem cometer um novo crime. No caso da psicopatia é necessário de tratamento adequado para os enfermos, já que o seu índice de psicopatas que volta para sociedade e cometem os crimes novamente.

Os psicopatas tem plena certeza de seus atos, porém não tem remorso, se quer sentem coagidos pela condenação ou sua medida de segurança.

O tratamento psiquiátrico auxiliacom objetivo de adequar o psicopata a vida social, minimizando as suas características violentas e impulsiva.

Não há procedimento típico para a psicopatia, existe tratamento adequados para essa patologia, sendo condições clínicas, ou seja, cognitiva- comportamental. Que é quando o enfermo age com impulsos e a falta de empatia.

O Estado tem o dever de criar uma punição coerente e locais seguros e próprios para executar as medidas de segurança, sendo que tal tem que cumprir com a legislação amparando os psicopatas em ambientes que supram a necessidade para ressocialização.

## Referências

ANDRADE, M. M. *Introdução à metodologia do trabalho científico*: elaboração de trabalho de graduação. São Paulo: Atlas, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Alex Gonçalves. A Responsabilidade Penal do Psicopata à Luz do Ordenamento Jurídico Penal Brasileiro. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/59573/a-responsabilidade-penal-do-psicopata-a-luz-do-ordenamento-juridico-penal-brasileiro> >. Acesso em 18 de Set. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Curso de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120).

Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DELMANTO, Celso... [et al]. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EÇA, Antônio José. **Roteiro de psiquiatria forense**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOUCAULT, Michel. DOENÇA MENTAL E PSICOLOGIA. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/disciplina/psicopatologia?type=6&materialid=4043144>. Acesso em 02 Maio. 2019.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. Direito Penal, vol7: parte geral. 4 ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Direito Penal, psicopatologia & neurociências. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

HOLMES, David. Psicologia dos Transtornos Mentais. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

HUSS, Matthew. Psicologia Forense: pesquisa, prática clínica e aplicações; 1. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.

Associação Americana de Psiquiatria de 2022. Todos os Direitos Reservados. Psicopata no cotidiano - Katia Mecler, 2022.

INSTITUTO DE TERAPIA COGNITIVA. Sobre A TC – Terapia Cognitiva ou TCC – Terapia Cognitivo-Comportamental. Disponível em: <http://www.itcbr.com/oque.shtml>. Acesso em 26 Maio de 2019. KAPLAN, Harold; SADOCK, Benjamin; GREBB, Jack. Compêndio de Psiquiatria – Ciências do Comportamento e Psiquiatria Clínica . 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

JESUS, Damásio de. Direito Penal, vol1: parte geral. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUSTI, J.; VIEIRA, T. P. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.

MIRABETE, Julio Fabrini. Código Penal interpretado. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito Penal: Parte geral: parte especial*. 4.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Cesar Augusto. A aplicação Jurídico Penal para o Transtorno de Personalidade Antissocial. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/40649/a-aplicacao-juridica-penal-para-o-transtorno-de-personalidade-antissocial> >. Acesso em: 05 de Out. de 2019.



PSYCHIATRY ON LINE BRASIL. Disponível

em: <<https://www.polbr.med.br/2019/04/13/psicopatia-por-um-especialista/>>. Acesso em: 07 de Out. de 2019.

RUIZ, J. A. *Metodologia científica: guia para eficiência nos estudos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

SALOMON, D. V. *Como fazer uma monografia*. 13. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SPLIT. Direção de M. Night Shyamalan. Lançamento, Blinding Edge Pictures EUA: 20 de Janeiro de 2017 (171 Min.).

STOUT, Martha. *Meu vizinho é um psicopata*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Sextante, 2010. SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL. Disponível em:

<http://www.scielo.br/pdf/rprs/v26n1/20480>. Acesso em 01 mar. 2019.

## O TEMA 1033 E O RESSARCIMENTO DAS ENTIDADES PRIVADAS PELO SUS.

**CLAUDIA BEATRIZ MAIA SILVA:**

Procuradora do Estado de São Paulo. Formada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Izabela Hendrix e ESPGE e Pós Graduada em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo – ESPGE.<sup>18</sup>

O artigo 196 da Constituição Federal estabeleceu o direito à saúde a todos os membros da sociedade, pelos seguintes termos “a saúde é um direito de todos e um 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 a promoção, proteção e recuperação.

O direito a saúde foi classificado como um direito subjetivo constitucionalmente tutelado. Essa garantia ampla do artigo 196 da CF impacta sobremaneira a judicialização da saúde, interferindo nas políticas públicas de saúde e ocasionando um número extremamente elevado de ações judiciais, mais de 2 milhões no último relatório CNJ de 2019.

Um dos temas julgados recentemente pelo STF é o tema 1033 que trata do ressarcimento de hospitais, tratamentos particulares na impossibilidade de atendimento pelo SUS, cuja ementa se transcreve:

*Direito constitucional e sanitário. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Impossibilidade de atendimento pelo SUS. Ressarcimento de unidade privada de saúde. 1. Em razão da ausência de vaga na rede pública, decisão judicial determinou o atendimento de paciente em hospital privado, às expensas do Poder Público. Discute-se, no presente processo, o critério a ser utilizado para esse ressarcimento. 2. O acórdão recorrido fixou o reembolso no montante cobrado pelo estabelecimento hospitalar privado, que considerou ser o valor praticado no mercado. O Distrito Federal, por sua vez, postula no presente recurso que o valor do ressarcimento tenha como limite a Tabela do SUS. 3. A Constituição admite duas modalidades de*

<sup>18</sup> Contato: claudiabmaia@gmail.com

*execução de serviços de saúde por agentes privados: a complementar e a suplementar. A saúde complementar designa ações e serviços de saúde que a entidade privada pratica mediante convênio com o Poder Público e sujeitando-se às regras do SUS.4. A saúde suplementar, por sua vez, abrange atividades de profissionais de saúde, clínicas, hospitais particulares e operadoras de planos de saúde que não têm uma relação negocial com o Poder Público, sujeitando-se, apenas, à regulação da Agência Nacional de Saúde ANS.5. O ressarcimento, segundo as diretrizes e valores do SUS, a um agente privado que não aderiu ao sistema público pela celebração de convênio, viola a livre iniciativa (CF, art. 170, caput) e a garantia de propriedade privada (CF, arts. 5º, XXII e 170,II). Por outro lado, a execução privada do serviço de saúde não afasta sua relevância pública (CF, art. 177).6. Diante disso, é razoável que se adote, em relação ao ressarcimento da rede privada, o mesmo critério utilizado para ressarcimento do Sistema Único de Saúde por serviços prestados a beneficiários de planos de saúde. Até dezembro de 2007, tal critério era a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos TUNEP. Após, passou a ser a Tabela do SUS, ajustada de acordo com as regras de valoração do SUS e multiplicada pelo Índice de Valoração do Ressarcimento IVR.7. Os valores de referência constantes da TUNEP, bem como o IVR multiplicador da Tabela do SUS, são fixados pela ANS, que tem o dever de atuar como árbitro imparcial do sistema. Naturalmente, sempre poderá ser feita uma avaliação da existência efetiva e razoabilidade dos tratamentos adotados.8. Recurso extraordinário provido em parte, com afixação da seguinte tese de julgamento: "O ressarcimento de serviços de saúde prestados por unidade privada em favor de paciente do Sistema Único de Saúde, em cumprimento de ordem judicial, deve utilizar como critério o mesmo que é adotado para o ressarcimento do Sistema Único de Saúde por serviços prestados a beneficiários de planos de saúde". (RE 666094, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-020DIVULG 03-02-2022 PUBLIC 04-02-2022)".*

No caso concreto o autor necessitava com urgência de leito de UTI e não havia disponibilidade na rede pública do Distrito Federal. Com o ingresso da ação o autor conseguiu uma liminar para ser internado em uma instituição particular as expensas do Poder Público.

O juízo de primeira instância entendeu que o Distrito Federal deveria pagar ao hospital particular o mesmo valor que seria pago para a rede credenciada do ente público. O Tribunal de Justiça reformou a decisão com o seguinte fundamento:

*“Entendo que os valores a serem pagos pelo Distrito Federal não devem sofrer limitação da tabela SUS, sobrelevando notar, no ponto, que, ao contrário do que se passa com as instituições privadas que participam de forma complementar do sistema único de saúde (art. 199, p.1. da CR), no caso a autora não firmou qualquer contrato ou convênio com o Distrito Federal, tendo em verdade, sido compelida, por decisão judicial, a internar e a dispensar o devido tratamento médico ao paciente.*

*Pensar de maneira diversa terminaria por prejudicar o hospital particular, que, apesar de haver contribuído com o ente público, suprimindo uma deficiência da rede pública de saúde, receberia menos do que o esperado pelos seus serviços, sobretudo porque, para atender ao sujeito beneficiário da tutela antecipada, deixaria de atender outra pessoa nas condições de mercado.”*

O Distrito Federal então interpôs o Recurso Extraordinário 666094 com o fundamento de que a imposição judicial de atendimento em unidade de saúde privada, se equipara a contratação de instituições privadas no SUS. Assim, os valores pagos deveriam ser estabelecidos pela Tabela SUS, como havia sido decidido na sentença inicialmente proferida.

Não são raros os casos em que o Estado de São Paulo enfrenta parecidos com o narrado. Muitas vezes o autor já se interna em hospital particular por sua livre vontade, depois não consegue arcar com a conta da internação e pede liminar e ressarcimento de todo o período. Os prejuízos são enormes pois a conta repassada pelo hospital particular é toda discriminada, desde o algodão utilizado, o remédio ou qualquer mínimo insumo ou atendimento tem a sua fatura cobrada muitas vezes em valores muito acima do mercado.

O método de cobrança de uma conta SUS difere das apresentadas por outras entidades, pois não há a discriminação de gastos dos itens que compõe esta conta, apenas o procedimento principal (tratamento) ao qual o paciente foi submetido remunerando a conta de forma agrupada, já considerando embutido o preço de medicamentos e descartáveis por exemplo. A princípio, isso gera uma discrepância grande de valores, mas os valores cobrados pelas entidades privadas também costumam ser exarcebados e fora de mercado.

Com tais fundamentos a Advocacia Geral da União atuou como amicus cúriae no referido processo juntando auditoria do Tribunal de Contas do Mato Grosso que verificou o superfaturamento de mais de R\$8,6 milhões quanto aos valores cobrados por hospital particulares para atender pacientes do SUS em demandas judiciais. Segundo a AGU: “foram apurados apenas 28 casos de um universo de mais de 10.000 entre 2014 e 2016. Pelo levantamento, em um deles a conta de R\$2,1 milhões foi superfaturada em mais de R\$1,1 milhão, mais que o dobro do praticado no mercado.”

O Supremo tribunal Federal então adotou uma terceira via na solução do Recurso Extraordinário. O ressarcimento não se daria pela Tabela SUS (considerando a sua desatualização ao valor de mercado) nem tampouco o preço unilateralmente arbitrado pela instituição particular, que na maioria dos casos é mais caro que o praticado no mercado.

Para construir a terceira via o Ministro Luiz Roberto Barroso, Relator do Recurso definiu seu voto em três partes.

Na primeira contextualizou a judicialização da saúde como uma decorrência da criação do Sistema Único de Saúde, e da inviabilidade de atender todo o contingente de usuários. Antes de 1988 o sistema público atendia cinquenta milhões de pessoas, depois de 1988 passou a atender 145 milhões. Nessa primeira fase da judicialização, as tutelas eram sempre deferidas e os hospitais tinham que fazer milagre para conseguir vagas que não existiam. Nesse contexto o ilustre ministro coloca o caso concreto.

Na segunda parte do seu voto, há a distinção entre os modelos de prestação de serviço público de saúde por agentes privados: a saúde complementar e a saúde suplementar. A saúde complementar atua pelo SUS mediante convênio ou ato de natureza negocial. Assim, se o hospital adere a saúde complementar sua remuneração esta prevista na Lei 8080/90 que dispõe sobre a tabela SUS.

A saúde suplementar atua sobre o regime da livre iniciativa, não possui convênio com o SUS, são agentes como as operadoras de planos de saúde, os hospitais particulares, clínicas dentre outros.

Na terceira parte do seu voto o Ministro desvenda qual é a natureza do serviço prestado pela entidade particular para definir o critério do ressarcimento.

Quando um juiz profere uma liminar para que um hospital preste um serviço de saúde ele não está aderindo ao SUS. Para o Ministro Barroso seria o equivalente a uma “requisição administrativa” prevista no artigo 5, XXV da Constituição:

*“XXV- no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;”*

Ainda, o artigo 15, XIII, da Lei 8080 prevê:

**Art. 15.** *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:*

*(...)*

**XIII-** *para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;*

Seria, portanto, um caso de intervenção estatal na propriedade privada. Em relação ao ressarcimento, não seria justo a indenização pela tabela SUS uma vez que as entidades de saúde suplementar não celebraram nenhum convênio com o ente público, nem tampouco a livre fixação do preço por se tratar de uma situação de necessidade urgente e coletiva.

No ordenamento jurídico pátrio existe uma regra legal para o ressarcimento para o SUS pelo uso de hospitais públicos por operadoras de saúde. A situação inversa do caso analisado.

Segundo o artigo 32 da Lei 9656/98:

**Art. 32.** *Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)”*

O plano de saúde deve reembolsar o SUS pela tabela fixada pela ANS. A agência Nacional de Saúde é uma agência reguladora que regula os interesses da saúde pública, dos consumidores, das empresas privadas que atuam no setor. Para o Ministro Barroso se existe um critério para a reembolso ao SUS nada mais justo que esse mesmo critério seja aplicado a situação contrária.



A Resolução Normativa DC/ANS 185/2008 estabelece o critério de ressarcimento: índice de valoração do ressarcimento( IVR) estipulado em 1,5 pelo valor lançado no documento SUS.

O Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto solicitou a possibilidade de que o hospital particular comprove e justifique detalhadamente caso as despesas tenham sido maiores que os valores obtidos pela tabela da ANS. O Ministro Nunes Marques ressaltou a importância do pagamento ser feito com prévia indenização sem se submeter ao regime de precatórios para não onerar o ente privado.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal concluiu essa importante decisão do tema 1033 gerando uma proposta razoável, justa e compatível com a legislação pátria não onerando em demasia os entes públicos nem punindo os entes privados que atuam no setor.

## **Bibliografia**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Extraordinário 666.094 Distrito Federal. "O ressarcimento de serviços de saúde prestados por unidade privada em favor de paciente do Sistema Único de Saúde, em cumprimento de ordem judicial, deve utilizar como critério o mesmo que é adotado para o ressarcimento do Sistema Único de Saúde por serviços prestados a beneficiários de planos de saúde". . Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Unimed Brasília Cooperativa de trabalho médico. Relator: Min. Roberto Barroso, 30 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4178086>. Acesso em: 17 dez 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, [2016]. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.080/90, 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. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 5 dez 2022.

BRASIL. Lei nº 9.656/98, de 13 de julho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm). Acesso em: 5 dez 2022.

## **COGNIÇÃO JUDICIAL NOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS DECISÓRIOS LIMINARES NO CPC/2015: UMA ANÁLISE DENTRO DAS NOVAS TÉCNICAS PROCESSUAIS**

**REINALDO PAULO SALES JUNIOR:**

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrando em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Serventuário do Tribunal de Justiça de São Paulo.<sup>19</sup>

**RESUMO:** O presente estudo propõe uma análise da cognição judicial diante das liminares no Código de Processo Civil de 2015, tendo como base a tese do professor Kasuo Watanabe quanto dois planos da cognição. De um lado, a cognição judicial vista horizontalmente em sua perspectiva plena ou parcial e, de outro lado, o plano vertical, cujo aprofundamento permite diferenciar a cognição como sumária ou exauriente. As variadas combinações permeiam um campo fértil de estudo, especialmente diante das novidades presentes na tutela estabilizada, na regra geral da tutela da evidência e na improcedência liminar do pedido, que trazem implicações na teoria da cognição judicial

**PALAVRAS-CHAVE:** Cognição Judicial. Liminar. Código de Processo Civil de 2015.

**ABSTRACT:** This study proposes an analysis of judicial cognition in the face of preliminary injunctions in the Civil Procedure Code of 2015, based on the thesis of Professor Kasuo Watanabe as to two levels of cognition. On one hand, the judicial cognition seen horizontally in its full or partial perspective and, on the other hand, the vertical plane, whose deepening allows differentiating the cognition as summary or exhaustive. The various combinations permeate a fertile field of study, especially in view of the novelties present in stabilized guardianship, the general rule of the protection of evidence, and the preliminary dismissal of the claim, which bring implications for the theory of judicial cognition

**KEYWORDS:** Judicial Cognition. Preliminary Injunction. 2015 Civil Procedure Code.

### **1 INTRODUÇÃO**

A cognição judicial tem sido objeto de estudos das Ciências Jurídicas há muito tempo, pois a árdua tarefa do magistrado de valorar as alegações e provas trazidas pelas partes está diretamente correlacionada à promoção da justiça. Trata-se de uma atividade predominantemente intelectual, cujos contornos ainda não estão completamente definidos.

---

<sup>19</sup> Contato: reisaesjr@hotmail.com

Com efeito, os pronunciamentos judiciais decisórios passam pela análise da cognição nestes diferentes eixos, cumprindo entendê-los para então correlacionar com as novas técnicas legislativas que visam à celeridade processual.

As liminares, por sua vez, são reflexos da necessidade de uma prestação da tutela jurisdicional célere, apta a responder as crises que os jurisdicionados levam ao Poder Judiciário esperando a pacificação social.

Com o passar do tempo, novas técnicas têm surgido para além do antigo processo cautelar, como a antecipação de tutela criada pela Lei nº 8.952/1994, a sentença de improcedência liminar do pedido instituída pela Lei nº 11.277/2006, e, já no Código de Processo Civil de 2015, a própria remodelação dos conceitos anteriores, a estabilização da tutela e a criação de uma regra geral para tutelas da evidência.

Assim, em primeiro lugar, este trabalho procurará introduzir o tema por meio de uma análise da tese do professor Kasuo Watanabe sobre cognição judicial, seguindo-se por uma rápida conceituação dos pronunciamentos judiciais na perspectiva do CPC/2015 e das liminares nos dois tópicos subsequentes.

Por derradeiro, considerando que estes novos institutos exigem a releitura da cognição judicial, buscar-se-á compreender como seus planos devem ser hodiernamente verificados junto às novas técnicas processuais, em especial a tutela estabilizada, tutela da evidência e improcedência liminar do pedido.

## **2 COGNIÇÃO JUDICIAL**

No percorrer do processo, o magistrado exerce a cognição judicial, que segundo o professor Kasuo Watanabe, em sua clássica obra sobre o assunto, é prevalentemente um ato de inteligência, no qual o juiz deve considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, isto é, as questões de fato e de direito constantes no processo, sendo que o resultado desta atividade intelectual é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo<sup>20</sup>. Outrossim, para Alexandre Câmara a cognição seria a atividade pela qual o julgador emitiria juízos de valor acerca das alegações e das provas<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

<sup>21</sup> CÂMARA, Alexandre. Freitas. *O objeto da cognição no processo civil in Livro de Estudos Jurídicos*, n. 11. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1995, p.207.

Com efeito, considerando a própria natureza da atividade do juiz, de modo a se debruçar diante das razões expostas pelas partes, em especial os fatos e as provas produzidas, para então, valorando aquilo que lhe é apresentado, proferir decisão que interfere diretamente na vida dos jurisdicionados, verifica-se a importância da cognição<sup>22</sup>.

Neste passo, considerando tratar-se de uma atividade intelectual, a cognição possuiria caráter prevalentemente lógico (em contraposição a atividade não intelectual do juiz), pelo que, valendo-se das lições de Chiovenda e Liebman, Watanabe aduz que o juiz, antes de decidir, se aparelha para julgar se a demanda possui ou não fundamento por meio de atividades intelectuais. E é justamente em razão deste caráter lógico que, didaticamente, se procura reduzir a atividade do juiz a um silogismo por meio do qual a regra jurídica abstrata constituiria a premissa maior, os fatos, por sua vez, a premissa menor e o provimento do juiz a conclusão<sup>23</sup>.

Todavia, a compreensão da cognição judicial vai além destes elementos ou mero silogismo. Michele Taruffo<sup>24</sup> leciona sobre um longo período de reconhecimento na doutrina europeia, especialmente na alemã e na italiana, desta estrutura, porém diante da complexidade do raciocínio no magistrado seus adeptos sempre abordaram limitações, o que fez surgir a ideia de polissilogismo: concatenasse diversas conclusões que são tratadas como premissas do silogismo final.

Paralelamente ao caráter lógico (intelectual), há a existência de componentes de caráter não intelectual, pois, no percurso da cognição, o magistrado passa por outros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural<sup>25</sup>.

Quanto ao objeto da cognição, o professor Kazuo Watanabe discorre acerca da existência de um trinômio de questionamentos que englobam as questões processuais, condições da ação e mérito da causa, e em cada um destes dados do trinômio, deve-se perquirir tanto o direito como os fatos, ainda que estes possam ser considerados *in status*

---

<sup>22</sup> Segundo Kazuo Watanabe, o reconhecimento da necessidade da cognição judicial advém do monopólio em relação à justiça de modo a superar a autotutela, impondo a prévia cognição antes da execução, "mas importância da cognição não decorre somente desse fato. Resulta ela muito mais da própria natureza da atividade do juiz, que para conceder a prestação jurisdicional precisa, na condição de terceiro que se interpõe entre as partes, conhecer primeiro das razões (em profundidade, ou apenas superficialmente, ou parcialmente, ou definitivamente, ou em caráter provisório; tudo isso se põe no plano da técnica de utilização da cognição) para depois adotar as providências voltadas à realização prática do direito da parte" (WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 52-55)

<sup>23</sup> Kazuo Watanabe pontua que esta redução ocorre didaticamente, porém a operação do juiz é mais complexa do que este esquema teórico (WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 67-68).

<sup>24</sup> TARUFFO, Michele. A motivação da sentença civil; tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p 148.

<sup>25</sup> WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 69.

*assertionis* (nas condições da ação), como podem ser submetidos à efetiva cognição judicial. A cognição acerca do direito, por sua vez, diz respeito à própria regra jurídica em abstrato, como a valoração jurídica dos fatos, por meio do estabelecimento das consequências jurídicas do caso<sup>26</sup>.

## 2.1 OS DOIS PLANOS DA COGNIÇÃO

O trabalho do professor Kazuo Watanabe converge para uma apresentação da cognição em dois planos. Um plano horizontal correspondente à extensão da cognição e um plano vertical relacionado à profundidade<sup>27</sup>.

No plano horizontal, frente ao objeto da cognição (trinômio de questões), a cognição seria plena ou parcial, a depender quando o juiz analisasse a totalidade de questões alegadas no processo ou só algumas delas<sup>28</sup>, isto é, de acordo com a extensão da cognição.

De outra forma, tem-se a cognição sumária ou exauriente a depender da profundidade da atividade cognitiva. Neste aspecto, não é relevante o exame de todas ou algumas questões, mas tão somente a densidade da atividade cognitiva realizada pelo juiz.

Estes planos de cognição, permitiriam diversas combinações, a depender do procedimento. A cognição plena e exauriente seria aquela que, por excelência, existiria no procedimento comum, em que presente a máxima amplitude do contraditório para os sujeitos do processo e, portanto, onde a cognição sobre as questões seria a mais completa tanto em extensão como em profundidade, de modo a encontrar a solução definitiva e integral buscada pelo provimento jurisdicional

Contudo, a depender da técnica procedimental aplicável a cognição poderia ser parcial e exauriente, como na impugnação ao cumprimento de sentença pois há restrição nas questões que se pode alegar como defesa, e o processo de desapropriação, cujo art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365/41 veda que o juiz tome conhecimento acerca da existência ou não da utilidade pública<sup>29</sup>. Em contínuo, haveria cognição plena e exauriente *secundum*

---

<sup>26</sup> WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 79-81.

<sup>27</sup> WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 118.

<sup>28</sup> Conforme Fernanda Costa Vogr "a cognição seria plena ou parcial quando o juiz analisasse a totalidade de questões alegadas no processo ou só algumas delas. Relaciona-se, portanto, com a extensão de questões a serem possivelmente conhecidas, ou seja, 'quantas questões' seriam conhecidas." (VOGR, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. 2ª ed. rev. Atual e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2022, p. 34.

<sup>29</sup> WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 122-124.

*eventum probationis* quando sem limitação à extensão da matéria cognoscível, condicionaria a profundidade há existência de elementos probatórios suficientes, isso em razão de técnica processual, como ocorre no mandado de segurança a depender dos elementos probatórios, pois a decisão denegatória não impede o manejo de ação própria, não fazendo coisa julgada material, exceto quando a prova permitir a análise do mérito para concluir pela ausência de direito. O professor Watanabe ainda traz a perspectiva da cognição eventual, cujo contraditório depende da atitude do réu em se oferecer defesa, tal como ocorre na ação de exigir contas e na ação monitória, bem como da cognição exauriente, que ao processo de execução<sup>30</sup>.

Por derradeiro, merecedora de capítulo próprio na tese de Watanabe, a cognição judicial sumária consistiria como técnica processual de extrema importância diante da perspectiva instrumental do processo, de modo que a cognição judicial empregada no processo tenha aderência à realidade socio jurídica a que se destina<sup>31</sup>. Com este enlace, diante da necessidade de uma tutela diferenciada em razão da urgência, possível a cognição sumária como ocorre nas tutelas provisórias, contudo, sem permitir a formação da coisa julgada material<sup>32</sup>.

### 3 PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS

O magistrado realiza uma série de atos processuais durante o andamento processual, nos quais os pronunciamentos judiciais decisórios, isto é, as sentenças e as decisões interlocutórias, se destacam e podem se apresentar em diferentes graus de cognição.

O Código de Processo Civil de 2015, ao conceituar a sentença, ressaltando eventuais previsões distintas nos procedimentos especiais, em seu art. 203, § 1º, aduziu se tratar do pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 ou 487, põe fim à fase cognitiva do processo de conhecimento, bem como extingue a execução.

Com efeito, o professor Anselmo Prieto Alvarez, ao conceituar sentença, aduz ser "o ato final do processo proferido pelo magistrado da causa, que extingue o feito com ou

---

<sup>30</sup> WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 122-127.

<sup>31</sup> WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 151.

<sup>32</sup> Conforme ligação de Freddie Didier Junior: "A decisão judicial apta à coisa julgada deve fundar-se em cognição exauriente. Decisões proferidas em cognição sumária - decisões provisórias (arts. 294-311, CPC) - não estão aptas à coisa julgada. A coisa julgada é uma estabilidade que pressupõe tenha havido encerramento da cognição sobre a questão. Por isso, uma decisão que concede liminarmente uma tutela provisória não tem aptidão para a formação da coisa julgada". (DIDIER JUNIOR, Freddie; BRAGA, Paulo Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil v. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11 ed. - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 530)



sem resolução de mérito, e assim impugnável pelo prejudicado por intermédio da apelação”<sup>33</sup>.

Para além das sentenças, os demais pronunciamentos judiciais com caráter decisório, serão caracterizados como decisões interlocutórias, de modo que ainda que haja conteúdo dos arts. 485 e 487 do CPC/2015, não ocorrendo o fim de uma fase processual, como na hipótese de reconhecimento de ilegitimidade passiva de um dos litisconsortes com determinação de citação quanto aos demais ou mesmo ordem de dilação probatória em outra fase processual, não há sentença.

De forma prática, a improcedência liminar do pedido prevista no art. 332 do CPC/2015<sup>34</sup> pode trazer importante distinção. Formulando o autor tão somente um pedido, o qual se enquadre na hipótese de improcedência liminar, haverá resolução do mérito (art. 487, CPC/2015) e extinção da fase processual, de modo que será prolatada sentença, impugnável pelo recurso de apelação. Por outro lado, se a parte autora apresentar dois pedidos, e apenas um deles estiver abarcado pela possibilidade de improcedência liminar, será proferida decisão interlocutória resolvendo o mérito em relação ao pedido que não depende de citação e prosseguirá o feito em relação ao outro pedido.

#### 4 LIMINARES

O vocábulo liminar, que deriva do adjetivo latino *liminares* (*limen* = limiar, soleira, entrada, porta), indica a tutela jurisdicional prestada pelo órgão julgador logo no início do processo, ainda que se possa estender o uso do termo para provimentos proferidos pelo

---

<sup>33</sup> Com fulcro neste dispositivo, o professor Anselmo Prieto Alvarez conceitua sentença como “o ato final do processo proferido pelo Magistrado da causa, que extingue o feito com ou sem resolução de mérito, e assim impugnável pelo prejudicado por intermédio da apelação” (ALVAREZ, Anselmo Prieto. Agravo de instrumento. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/465/edicao-2/agravo-de-instrumento>)

<sup>34</sup> “A Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. (...)”.

juiz após já ter despachado a petição inicial, como posteriormente à justificação, até o término das providências preliminares.<sup>35</sup>

Na perspectiva da cognição judicial, esta tutela, *a priori*, se revelaria sumária, se contrapondo à providência de mérito, de modo que não acarretaria em julgamento prévio, sequer definitivo, uma vez que se resume ao exame do invólucro<sup>36</sup>, sem falar da reconhecida lentidão processual<sup>37</sup>.

Com efeito, a compreensão da liminar surge a partir da ideia de uma urgência de modo que não se pode aguardar por uma cognição exauriente, tendo em vista que este tipo de cognição acarretaria um maior lapso temporal que ela pretende evitar. O aprofundamento da cognição poderia tornar a ordem inócua, pelo que nem sempre é possível aguardar este desfecho, embora a instauração do contraditório deva ser preferível, desde que possível.

Com efeito, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, o princípio do contraditório contribui precipuamente para alcançar a justiça no caso concreto, impondo ao Poder Judiciário a condução dialética do processo, de modo a encontrar a melhor solução para lide. Neste aspecto, em que pese o acesso à justiça seja igualmente constitucional, o contraditório deve ser aplicado da forma mais ampla possível.

Cumprido ressaltar que se deve assegurar o contraditório prévio como regra, conforme disposição do artigo 9º do CPC/2015, de modo que o contraditório diferido seja exceção. Com efeito, o parágrafo único do artigo 9º que dispensa o contraditório prévio para concessão de tutelas de urgência e da evidência traz importante medida excepcional, porém, com o intuito de preservar a higidez do sistema processual democrático, o

---

35 AURELLI, Arlete Inês. Liminares nos procedimentos especiais e o novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 27, n. 105, p. 39-62, jan./mar. 2019, p. 41.

36 CRETELLA JÚNIOR, José. Do mandado de Segurança. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974. p. 224.

37 Sobre o tema, leciona João Batista Lopes: “As causas da lentidão processual são muitas e bastante conhecidas: organização judiciária anacrônica, insuficiência ou má aplicação de verbas, deficiências da legislação, má qualidade do ensino jurídico, proliferação de faculdades, prolixidade das petições, pouco estímulo aos funcionários para progressão na carreira etc” (LOPES, João Batista. Modelo constitucional de processo e lentidão da justiça. Revista de Processo. vol. 295/2019. p. 19 – 37, Set/2019, v. eletrônica. DTR\2019\37529).

diferimento do contraditório só ocorrerá quando imprescindível para a utilidade do provimento<sup>38</sup>.

Com efeito, a liminar é uma medida singular, em regra, tomada por meio de uma cognição sumária, de modo a impedir um julgamento prévio, porquanto não se trata de uma concessão definitiva, mas de “caráter provisório” – ainda que no final da relação processual haja a sua confirmação –, em virtude de uma urgência material ou processual que a justifique.

#### 4.1 LIMINARES NO CPC/2015

Dentre os pronunciamentos judiciais liminares do CPC/2015, cumpre destacar para análise da cognição judicial as tutelas provisórias, as liminares nos diversos procedimentos especiais e a improcedência liminar do pedido.

A atual legislação processual sistematizou as tutelas provisórias em tutela de urgência e tutela da evidência. A primeira, tem como base, consoante o próprio nome, o *periculum in mora*, enquanto a tutelas da evidência, disciplinada no art. 311 do CPC/2015<sup>39</sup>, fundamenta-se conjugação da prova das alegações de fato com a probabilidade de acolhimento da pretensão processual<sup>40</sup>.

Ressalte-se que a concessão liminar no regramento geral da tutela da evidência, restringe-se às hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do CPC/2015 (art. 9º, parágrafo único, inciso II e art. 311, inciso II, ambos do CPC/2015), sendo admitidas quando alegações fática dependerem apenas de documentos para completa cognição e já existir tese firmada

---

38 JAYME, Fernando Gonzaga, SOUZA, Alexandre Rodrigues de. Tutela sumária no código de processo civil: apontamentos acerca da estabilização da tutela antecipada *in Doutrinas Essenciais – No Processo Civil, vol. 3. São Paulo: Revista de Processo. vol. 275/2018, p. 231 – 253, Jan/2018, v. eletrônica. DTR\2018\7932*

39 “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente”.

40 Conforme ensina Fredie Didier Junior: “a evidência se caracteriza com conjugação de dois pressupostos: prova das alegações de fato e probabilidade de acolhimento da pretensão processual. Dispensa-se a demonstração de urgência ou perigo. Por isso, há quem prefira compreender a tutela provisória de evidência simplesmente como aquela para cuja concessão se dispensa a demonstração de perigo” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. Cit., p. 631).

em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, bem como na hipótese de pedido reipersecutório cujo contrato de depósito esteja documentalmente comprovado.

Quanto aos procedimentos especiais, consoante escólio da professora Arlete Inês Aurelli<sup>41</sup>, suas liminares não se fundam na urgência (ainda que possa existir no caso concreto), constituindo hipóteses específicas de tutela da evidência, conforme análise dos requisitos das liminares nas ações possessórias, embargos de terceiro, no inventário e homologação de penhor legal.

Neste primeiro momento, é possível destacar que as tutelas provisórias liminares (urgência e evidência – tanto pelo regramento geral como pelo especial) podem antecipar os efeitos da tutela definitiva, alterando o ônus do tempo do processo, de modo a garantir à parte o bem da vida que consubstancia a pretensão deduzida em juízo, como também podem assegurar o êxito processual. De todo o modo, tais liminares se apresentam como técnica de julgamento de cognição sumária no plano vertical, em garantia da própria utilidade da tutela jurisdicional, uma vez que a conjuntura fática e jurídica dispensa o autor de aguardar a cognição exauriente<sup>42</sup>.

No tocante à improcedência liminar, a legislação adjetiva hodierna permite em seu art. 332, quando dispensável fase instrutória, que o juiz dispense a citação e profira pronunciamento judicial com fundamento no art. 487. Tem-se, portanto, a formação de coisa julgada material de forma liminar.

## **5. ANÁLISE DAS NOVAS LIMINARES FRENTE AOS PLANOS DE COGNIÇÃO**

Ultrapassados os marcos teóricos iniciais, passemos a analisar como as liminares do CPC/2015 são objetos da cognição judicial em seu plano horizontal e vertical, em especial o segundo eixo.

Como vimos, o plano horizontal analisa-se a extensão da cognição judicial, com base em seu objeto que consiste nas questões processuais, condições da ação e mérito. Na fase de conhecimento, no procedimento comum, não há limitação na cognição, de modo que esta se revela plena neste momento.

Importante destacar que a limitação da cognição horizontal pode advir de lei de natureza processual ou de natureza material (ainda que incluída na legislação processual). Esta limitação relaciona-se diretamente ao objeto litigioso que poderá ser conhecido pelo magistrado. Podemos dizer que dois são os momentos de sua verificação: na própria fixação do objeto litigioso, incidindo naquilo que o autor poder suscitar em sua petição

---

41 AURELLI, Arlete Inês. Op. Cit., p. 48, 50, 51, 52 e 53.

42 JAYME, Fernando Gonzaga, SOUZA, Alexandre Rodrigues de. Op. Cit.

inicial, como também na amplitude da defesa, interferindo na esfera de atuação do demandado<sup>43</sup>.

Com efeito, tratando-se de liminar, analisemos a extensão da cognição exclusivamente na fixação do objeto litigioso.

Os procedimentos especiais são previstos em razão da proeminência do direito material na conformação do formalismo processual<sup>44</sup>, razão pela qual tratam de temas específicos cuja extensão da cognição é limitada.

Com efeito, o procedimento especial previsto para as ações possessórias é nítido exemplo de cognição judicial parcial, uma vez que a lei expressamente prevê limitação à fixação do objeto litigioso, pois a causa de pedir restringe-se à demonstração da posse, destacando-se das ações petitórias fundadas sobre o domínio<sup>45</sup>.

Porém não se pode dizer que está limitação da cognição é absoluta nos procedimentos especial, como nos embargos de terceiros, cujo rito especial não serve de impedimento na fixação do objeto litigioso, pois o embargante pode alegar questões possessórias e dominiais, inclusive de terceiro (art. 667, §2º, e art. 681, CPC/2015).

Não entendemos que o exemplo dado pelo professor Kasuo Watanabe de cognição parcial nas hipóteses de defesa nos embargos de terceiros movidos por credor com garantia real<sup>46</sup> possa ser aplicado também quando da apreciação da liminar. O credor com garantia real não está limitado em suas alegações de fato e no conjunto probatório,

---

43 Na lição de Kasuo Watanabe em relação à cognição parcial: "Essas limitações decorrem de leis processuais e são impostas em função de determinado objeto litigioso. Outras podem resultar de leis de natureza material, algumas inseridas no Código de Processo Civil, e podem dizer respeito à própria fixação do objeto litigioso ou à amplitude da defesa." (WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 123).

44 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 587.

45 O escólio do Luiz Guilherme Marinoni é no sentido de que a fungibilidade entre as ações possessórias prevista no art. 554 do CPC/2015 é restrita, em razão do objeto cognoscível nestas ações, na medida que "(...) a norma expressa regra da fungibilidade entre as tutelas possessórias (reintegração de posse, manutenção de posse e interdito proibitório), estando descartadas deste âmbito as ações reivindicatórias e de imissão de posse, que não são possessórias, mas sim petitórias (fundadas no domínio)." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p.601)

46 A defesa nos embargos de terceiros opostos por credor com garantia real limita-se a alegar que o devedor comum é insolvente, que o título é nulo ou não obriga a terceiro e que outra é a coisa dada em garantia (art. 680, CPC/2015), como já dispunha o art. 1.054 do CPC/1973, pelo que o professor Kasuo Watanabe defendia se tratar de hipótese de cognição parcial em razão da limitação imposta sobre a amplitude da defesa (WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 122-123).

admitindo-se até audiência preliminar para resolução de diversas questões, pelo que o juiz não se limita na análise probatória inicial. Aliás, o embargante poderá apresentar outros motivos para fundamentar sua pretensão.

Ocorre que analisadas as condições da ação, os pressupostos processuais e sumariamente o mérito, este de forma a corroborar a qualidade de credor com garantia real não intimado dos atos expropriatórios<sup>47</sup> (enquanto exclusivo fundamento da pretensão), a restrição na cognição judicial é colocada apenas na esfera do embargado, que procurará afastar a qualidade de credor com garantia real sustentada pelo embargante, isto é, a limitação na defesa decorre da própria alegação do embargante, que inicialmente não tem limitações para fixação do objeto litigioso.

Outrossim, retomando na cognição sumária ou exauriente, tem-se uma variação conforme a profundidade da atividade cognitiva. Neste aspecto, a apreciação ou não de todas as questões (cognição plena ou parcial) não é relevante, mas desdobra-se sobre a densidade da cognição judicial. Este plano de cognição apresenta algumas problemáticas que exigem singela análise individual neste trabalho.

## 5.1 A COGNIÇÃO VERTICAL NA TUTELA DE PROVISÓRIA: A TUTELA ESTABILIZADA

O Código de Processo Civil de 1973, após o advento da Lei nº 8.952/1994 passou a prever a antecipação dos efeitos da tutela de modo a superar o emprego do processo cautelar autônomo de forma satisfativa. Aludida lei previa expressamente que independentemente da antecipação da tutela o processo deveria seguir até o seu julgamento final (art. 273, §5º, CPC)<sup>48</sup>.

Os requisitos provam inequívoca e verossimilhança das alegações agregados à urgência ou abuso de defesa, concediam permissão para uma cognição sumária, caracterizado pela precariedade, visto que poderia ser revogado a qualquer tempo desde

---

47 CPC/2015: "Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro. (...) § 2º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos: (...) IV - o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos."

48 CPC/1973: "Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994); II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) (...) § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento."



que por meio de outra decisão judicial fundamentada. Ausente cognição exauriente, como visto, a antecipação da tutela não ensejava a formação de coisa julgada material.

Importante distinção no sistema processual atual, é a previsão de que a tutela antecipada possa ter seus efeitos assegurados no tempo a depender da atuação da parte contrária. Com efeito, os artigos 303 e 304 do CPC/2015 disciplinam a estabilização da tutela antecipada de requerida em caráter antecedente em razão de urgência contemporânea à propositura da ação.

Com base no permissivo legal, extrai-se a necessidade de demonstrar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, por meio de petição inicial que indique o pedido de tutela final, exponha a lide e o direito que se persegue.

Com a concessão da medida liminar, a fim de impedir a estabilização da decisão cabe ao réu interpor o respectivo recurso<sup>49</sup>. Por esta técnica, eventual inércia do réu na impugnação da decisão antecipatória é interpretado como desinteresse em resistir à pretensão, suprimindo-se todo procedimento comum com o consequente aprofundamento da cognição que se seguiria.

Decorrido o prazo, a decisão se estabilizada e produz efeitos sobre a crise de direito material para além do processo, que será extinto. O juiz não aprofunda a cognição para esta extinção, tampouco faz uso dos efeitos da revelia, pelo que no plano vertical permanecesse a cognição sumária, tanto que impede a formação de coisa julgada material.

Não se pode olvidar, que os efeitos da estabilização podem ser afastados tão somente mediante decisão que revir, reformar ou invalidar o pronunciamento judicial

---

<sup>49</sup> *No tocante a forma de impugnação da decisão que concede a tutela antecipada antecedente de modo a evitar a estabilização, importante o resumo da controvérsia acerca do tema trazido por Fernando Gonzaga Jayme e Alexandre Rodrigues de Souza: "Concedida a tutela de urgência, o réu, para evitar a estabilização da decisão, deverá, a princípio, recorrer mediante interposição de agravo de instrumento. Este ponto merece uma breve ressalva: embora o art. 304 do Código apresente a expressão 'respectivo recurso' como forma de impugnação da decisão, não há até o momento consenso na doutrina sobre a interpretação das formas admissíveis de impedir a estabilização da tutela. Enquanto Dierle Nunes e Érico Andrade entendem que a interpretação da lei deve ser restritiva, de modo a abarcar apenas o manejo do agravo de instrumento, perspectiva mais ampliativa ao termo é indicada por Heitor Victor Mendonça, de modo a inserir também a suspensão de decisão liminar contrária ao Poder Público e a reclamação. Por fim, há interpretação ainda mais ampliativa ao dispositivo (e, por consequência, mais restritiva à possibilidade de estabilização), no sentido de que qualquer meio de impugnação à decisão pela parte contrária é apto a evitar a estabilização. A questão, portanto, ainda é incerta e depende de maior vivência prática para que se verifique a ressonância jurisprudencial de cada uma das teses." (JAYME, Fernando Gonzaga, SOUZA, Alexandre Rodrigues de. Op. Cit.)*

liminar oriunda de ação autônoma própria proposta no prazo de até dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo. Este prazo bienal, igualmente, não alterada o exame cognoscível do magistrado, pois os efeitos provêm meramente da lei, independentemente da atividade intelectual do juiz, que se resume a cognição sumária liminar. Outrossim, não havendo verticalização da cognição, permanece a impossibilidade de formação de coisa julgada material, pois o que se estabiliza são os efeitos práticos decorrentes da decisão e não o mérito da demanda, ainda que possam se assemelhar, são institutos diversos<sup>50</sup>.

Tem-se, portanto, importante novidade processual que interfere diretamente na necessidade de rever modelos mentais anteriores, de modo que se proporciona solução rápida para os conflitos, mediante o exercício de cognição judicial sumária, em desapego ao dogma da coisa julgada<sup>51</sup>.

## 5.2 A COGNIÇÃO VERTICAL NA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Como visto neste trabalho, a tutela da evidência não é uma total novidade, uma vez que já se verificava nos procedimentos especiais anterior e na hipótese do inciso II do art. 273 do CPC/1973, que permitia a antecipação dos efeitos da tutela quando ficasse caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório (atrelado à prova inequívoca e à verossimilhança das alegações).

Cumprindo analisar a cognição vertical na tutela da evidência no âmbito das liminares, relembremos que é cabível nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do CPC/2015, quando permitirem a cognição judicial das questões fáticas apresentadas por meio da análise meramente documental aliada a tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante<sup>52</sup>, ou ainda quando se tratar de pedido reipersecutório cujo contrato de depósito esteja documentalmente comprovado. Ambos

---

<sup>50</sup> Preciosa a diferenciação feita por Heitor Vitor Mendonça Sica: "(...) há que se reconhecer que a coisa julgada material não tem apenas uma função negativa (que impede que o mesmo litígio seja novamente judicializado, como dispõe o art. 304, § 5º), mas igualmente uma função positiva (isto é, a decisão há de ser observada em processos futuros entre as mesmas partes). A decisão estabilizada não parece ter essa feição positiva. Passados os dois anos da decisão extintiva do feito, produz-se uma *estabilidade qualificada* pois, embora não possa ser alterada, não se confundiria com a *imunidade* pela inexistência de uma feição positiva." (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. Cit.).

<sup>51</sup> JAYME, Fernando Gonzaga, SOUZA, Alexandre Rodrigues de. Op. Cit.

<sup>52</sup> José Guilherme Marinoni defende haver equívoco do legislador a respeito do tema dos precedentes, sugerindo a interpretação de que o art. 311, II, autoriza a tutela da evidência "no caso de haver precedentes do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivos nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas vinculantes." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 322).

os casos se caracterizam pela possibilidade de a cognição judicial ocorrer meramente pela análise dos documentos, o que, por si, não atrai uma cognição exauriente.

Impende esclarecer, que o pronunciamento decisório que concede a tutela da evidência de forma liminar, em que pese o alto grau de probabilidade que sustenta sua concessão, dependerá do contraditório para aprofundamento da cognição, de modo a ser exercida de forma exauriente. Poderá o réu apresentar defesa no sentido de demonstrar o não enquadramento da hipótese fática ao caso repetitivo ou súmula vinculante (distinguish) ou mesmo a necessidade de superação da tese (overruling). Assim, somente após a concessão desta possibilidade, há que se falar em cognição exauriente.

### 5.3 A COGNIÇÃO VERTICAL NA IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO

O CPC/1973, mediante a inclusão do art. 285-A53 pela Lei nº 11.277/2006, passou a admitir a improcedência liminar nas hipóteses em que fosse possível a cognição plena tão somente pelos elementos apresentados na petição inicial. Para tanto, era necessário que o magistrado tivesse proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, bastando a reprodução de seu teor para dispensar a cognição. Técnica similar, porém, aperfeiçoada atualmente está prevista no art. 332 do CPC/201554.

De plano, cumpre ressaltar que a possibilidade de análise liminar do mérito não está mais adstrita ao posicionalmente pessoal do magistrado. Outrossim, não basta a mera repetição da sentença, mas efetiva aplicação dos precedentes ao caso concreto, de modo a demonstrar o trabalho cognitivo por meio de fundamentação.

---

53 CPC/1973: "Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006); § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006); § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)".

54 CPC/2015: "Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias".

Por oportuno, conforme vimos, as decisões interlocutórias e as sentenças são pronunciamentos judiciais com caráter decisório e o conteúdo dos arts. 485 e 487 do CPC/2015 não impõe a caracterização da sentença, caso não ocorra no fim de uma fase processual. Por esta razão, é possível que a improcedência liminar ocorra por decisão interlocutória, caso prossiga-se o processo em relação a outro pedido, ou por sentença, quando findar a fase cognitiva.

Em que pese se tratar de pronunciamento decisório liminar, a improcedência liminar do pedido ocorre mediante atividade cognitiva profunda sobre a matéria, com base apenas nas alegações do autor, que não dependam de dilação probatória. A bem da verdade, ao valorar os fatos em confronto com o direito, o magistrado poderá concluir que os fatos não geram as consequências pretendidas pelo autor, por estarem contrários aos precedentes listados no art. 332 do CPC/2015, podendo se valer da hipotética veracidade dos fatos.

Há cognição exauriente, apta a produzir coisa julgada material, de modo que somente seria admissível sem a citação do réu para beneficia-lo, sob pena de violar o constitucional princípio do contraditório (art. 5º, LV, CF).

Por sua vez, cognição exauriente de forma liminar, sem dúvidas, merecia um tratamento diferente quanto à necessidade de fundamentação desta sentença. Destaque-se, portanto, a superação da improcedência liminar do pedido com base na mera repetição de outra sentença. Não demonstrando o magistrado a valoração dos fatos por meio da atividade cognitiva liminar exauriente perante os precedentes, o descontentamento com a decisão ensejará a propositura de recursos desnecessários, não permitindo que esta técnica proporcione os efeitos esperados.

## **6 CONCLUSÃO**

O processo civil não é estático, mas tem se transformado ao longo dos anos a fim de corresponder às realidades e anseios sociais.

Durante esta reconstrução, a forma de entender a cognição judicial assume relevante papel, pois por meio desta atividade prevalentemente intelectual o magistrado emite juízos de valor em relação às questões de fato e de direito que lhe são apresentadas, que não pode ser restrita na estruturação de um simples silogismo, pois é tangida também por fatores não intelectuais.

Em relação ao objeto da cognição é possível identificar questões processuais, condições da ação e mérito que contribuem para entender os graus de seu exercício. Com efeito, conforme o professor Kasuo Watanabe, no plano horizontal a cognição judicial, mediante a sua extensão a depender de sua limitação ou não ao conhecimento deste

trinômio de questões e seus reflexos, apresenta-se como plena ou parcial. No tocante ao plano vertical, relacionado à profundidade da cognição, esta pode ocorrer de forma sumária ou exauriente.

A atividade intelectual do magistrado enseja os pronunciamentos judiciais decisórios, dos quais a sentença se conceitual como a decisão por meio da qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 ou 487 do CPC/2015, põe fim à fase cognitiva do processo de conhecimento, bem como extingue a execução, e a decisão interlocutória, de forma residual, remete-se aos demais pronunciamentos decisórios.

Como técnica de processual decorrente do reconhecimento de que situações urgentes, de modo que não se possa aguardar por uma cognição exauriente, sob pena de tornar inócua a prestação da tutela jurisdicional, em detrimento de um preferível contraditório prévio, é fortalecida a percepção da liminar, cuja origem remete a uma cognição sumária.

A legislação atual, na fase de cognição do processo, prevê pronunciamentos judiciais liminares por meio das tutelas provisórias, seja de urgência como da evidência, das liminares nos procedimentos especiais e da improcedência liminar do pedido.

Analisando estas liminares no plano de cognição horizontal, com base na fixação do objeto litigioso no momento da propositura da ação, tem-se que as tutelas provisórias permitem a cognição plena, as liminares em procedimentos especiais podem se apresentar de forma plena (embargos de terceiros) ou parcial (ações possessórias), a depender de limites impostos pela legislação no emprego da técnica processual.

O estudo das liminares no plano da cognição judicial vertical, com ênfase na densidade da atividade do juiz sobre cada questão apresentada, indica a cognição sumária, que é própria das liminares, e a cognição exauriente, que por se aprofundar na análise fático-probatória se revela apta para formação da coisa julgada material.

Neste aspecto, a tutela estabilizada, oriunda de uma cognição sumária não muda sua natureza em razão do transcurso do tempo, tampouco se confunde com a coisa julgada material, em que pese os efeitos práticos possam se apresentar de forma similar. Outrossim, com o mesmo fundamento, a verticalização da cognição na tutela da evidência, em que pese o maior grau de probabilidade, também se revela sumária.

Por fim, a peculiar figura da improcedência liminar do pedido, que faz coisa julgada material mesmo sem a citação do réu para apresentar defesa, permite o exaurimento da cognição, ensejando a formação de coisa julgada material ainda que de forma liminar, o



que enseja uma mudança na perspectiva de compreensão deste conceito e maior cuidado na motivação do ato.

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Anselmo Prieto. **Agravo de instrumento. Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/465/edicao-2/agravo-de-instrumento>. Acesso em: 03 jul. 2022.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do mandado de Segurança.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974. p. 224.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil v. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 11 ed. - Salvador: JusPODIVM, 2016.

JAYME, Fernando Gonzaga, SOUZA, Alexandre Rodrigues de. **Tutela sumária no código de processo civil: apontamentos acerca da estabilização da tutela antecipada** *in Doutrinas Essenciais – No Processo Civil, vol. 3. São Paulo: Revista de Processo.* vol. 275/2018, p. 231 – 253, Jan/2018, v. eletrônica. DTR\2018\7932.

LOPES, João Batista. **Modelo constitucional de processo e lentidão da justiça.** Revista de Processo. vol. 295/2019. p. 19 – 37, Set/2019, v. eletrônica. DTR\2019\37529

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Tutela antecipada antecedente: estabilização. Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/192/edicao-1/tutela-antecipada-antecedente:-estabilizacao>. Acesso em: 03 jul. 2022.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil;** tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2015.



VOGR, Fernanda Costa. **Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos**. 2ª ed. rev. Atual e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2022.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

## A RELAÇÃO DO ARTIGO 28, DA LEI 11.343/06 COM O TRÁFICO DE DROGAS E SUA RELEVÂNCIA SOCIAL

**RAFAEL SEIJI DE CASTRO NAKANO:**

Graduando em Direito pela Universidade Brasil, campus de Fernandópolis/SP. Funcionário Público do Estado de São Paulo.<sup>55</sup>

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

**RESUMO:** Não é de hoje que o consumo de drogas faz parte da vida em sociedade, atualmente tal prática é tipificada no Artigo 28, da Lei 11.343/06 e seus dispositivos, sendo que referida lei também descreve a conduta que caracteriza o tráfico de drogas. O presente estudo apresenta por meio de artigos e materiais colhidos em meio eletrônico uma revisão sobre a relação entre o usuário de droga e o tráfico, bem como busca demonstrar a real relevância do Artigo 28 no âmbito social, tendo em vista as penas cominadas e seu caráter preventivo, baseado nas políticas públicas instituídas pela citada norma penal. Discute-se maneiras de diferenciar as condutas do usuário e do traficante, a fim de evitar desproporcionalidades e aplicação mais eficiente da lei em questão. Sob essa ótica a normal penal vigente sobre drogas destaca o cunho preventivo e ressocializador do usuário, enquanto o ânimo repressivo recai sobre a figura do traficante.

**Palavras-chave:** Artigo 28; usuário de drogas; tráfico de drogas.

### 1 INTRODUÇÃO

O consumo de drogas ilícitas está cada vez mais presente no cotidiano do brasileiro, assim como o tráfico destes entorpecentes, já que onde há demanda é necessário ter a oferta.

Não é de hoje que o uso de drogas está presente na sociedade, uma vez que sempre esteve presente na humanidade, porém com o passar do tempo, diante das diversas descobertas, culturas e da evolução da ciência, novos tipos de drogas surgiram, outros sofreram alterações e por conta das consequências que as elas podem proporcionar, viu-se a necessidade de legislar sobre a temática.

---

<sup>55</sup> Contato: RafaelNakano@hotmail.com

Tanto o consumo de drogas ilícitas quanto a comercialização destas, estão tipificadas no ordenamento jurídico brasileiro. Atualmente vigora a Lei 11.343/06 que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), a qual prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Referida norma revogou a Lei 6368/76, alterando seus dispositivos, dentre eles destaca-se o Artigo 28, que regula sobre drogas para consumo pessoal, abolindo penas privativas de liberdade para tal conduta. A nova redação do tipo penal trouxe uma nova modalidade de sanção, para se punir os infratores desse dispositivo, no entanto, as normas do referido artigo têm sua eficácia bastante discutida, tanto no âmbito jurídico, quanto na sua relevância social, até mesmo porque, o consumo de entorpecentes está diretamente relacionado com o tráfico de entorpecentes.

A Lei 11.343/06, diferentemente se sua antecessora, se preocupa com a prevenção do uso indevido, bem como da ressocialização do usuário drogas e não só com a punição destes e dos que fornecem entorpecentes em desacordo com a legislação. A repressão antes era uma regra, sem distinção de traficantes e usuários, mas a nova lei veio a fim de distinguir o tratamento entres estes, punindo mais severamente os reais criminosos e proporcionando meios de recuperação àqueles usuários para que possam retomar a vida em sociedade de maneira digna.

## **2 CONCEITO**

Uma breve pesquisa realizada por meio da plataforma Google, a palavra droga é classificada pela Oxford Languages, como sendo "qualquer produto alucinógeno (ácido lisérgico, heroína etc.) que leve à dependência química e, p.ext., qualquer substância ou produto tóxico (fumo, álcool etc.) de uso excessivo; entorpecente."

O termo droga, segundo a definição da Organização Mundial de Saúde (OMS) é qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas, produzindo alterações em seu funcionamento.

As drogas ainda são podem ser classificadas de acordo com sua legalidade segundo a legislação vigente, podendo ser lícitas, ou seja, têm seu comércio e consumo permitido por lei (álcool, tabaco, medicamentos, etc) ou ilícitas, sendo estas o foco do presente estudo, cujo comércio e consumo são proibidos por lei, como por exemplo, a maconha, crack, cocaína, bastante conhecidas na sociedade.

## **3 CONTEXTO HISTÓRICO**

Desde seus primórdios, o homem faz uso de substâncias, ervas, etc, com a finalidades não alimentares, mas sim visando saciar desejos pessoais ou até mesmo gerar sensações prazerosas de forma a alterar seu estado psíquico.

O hábito de consumir drogas fez e faz parte de toda a sociedade, sem distinção de classe social e com o grande aumento do uso de entorpecentes que causam dependência, o legislador se viu na necessidade de criar normas a fim de frear o surto de drogas no país.

A primeira legislação específica sobre o uso de drogas ilícitas no Brasil foi o Decreto 11.481, de 10 de fevereiro de 1915, resultado das Convenções Internacionais do Ópio. Já em 1921, outro decreto acrescentou drogas no rol de substâncias proibidas e durante o Estado Novo, em 1938, foi outorgado o Decreto-Lei nº 891, que inaugurou um período de recrudescimento e combate ao tráfico de drogas, com ações de fiscalização.

O Código Penal de 1941, em sua redação original cominava em seu artigo 281 a pena privativa de liberdade para a posse de substância entorpecente, sem distinguir se seria ou não para uso pessoal, aplicando pena privativa de liberdade para todos que se enquadrassem na referida conduta.

Em 1976, a norma jurídica que de fato que regulamentou sobre drogas, foi a Lei 6.368, que assim trazia em sua ementa: Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências”, inovando em sua redação. Dentre outras diferenças, a citada lei trazia a figura do traficante em seu artigo 12:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentada:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Já o usuário, ou seja, aquele que mantinha em sua posse drogas para consumo pessoal tinha sua conduta descrita no artigo 16 da seguinte forma:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou

psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Após a redemocratização do Brasil, em 1988, a nova Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLIII deu status equiparado ao de crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia ao tráfico de drogas.

Somente dezoito anos depois, por meio da publicação da Lei 11.343 de 2006, é que a Lei 6.368 de 1976 foi revogada, passando por alterações fundamentais, criando políticas nacionais de combate ao tráfico de drogas e de tratamento dos dependentes químicos de forma única e diferenciou mais profundamente as figuras do "usuário de drogas" tornadas ilícitas e do traficante, sendo a mais significativa das mudanças, a ausência de pena privativa de liberdade em relação ao agente que porta a droga destinada ao seu consumo pessoal.

Referida norma é a que vigora até os dias de hoje, sendo que a figura do traficante está descrita em seu artigo 33, trazendo dezoito núcleos, como se pode ver:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

O artigo 28, da Lei 11.343/06, o qual dispõe sobre drogas para consumo pessoal, passa a trazer cinco núcleos e não mais três como na legislação anterior:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento ou curso educativo.

Como se pode ver no dispositivo acima, não se tipifica a conduta de “usar droga”, mas sim o porte e apesar das alterações trazidas pela legislação vigente, as discussões relacionadas ao tráfico e ao uso de entorpecentes ainda permanecem em pauta.

#### **4 DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E O TRÁFICO DE DROGAS**

Como já vimos anteriormente, a atual Lei de Drogas distingue em seu texto, mais precisamente em seus artigos 28 e 33, as figuras do “usuário de drogas”, de forma indireta, descrevendo o porte de drogas para consumo pessoal, e do traficante, respectivamente, no entanto, a linha separa as duas condutas é tênue. Analisando os mencionados artigos, observamos certa semelhança entre eles, já que alguns núcleos destes dispositivos são parecidos. O artigo 33, como já evidenciado, possui consideravelmente mais núcleos que o artigo 28, porém ambos possuem os verbos “transportar”, “guardar”, “adquirir”, “trouzer consigo” (art. 28) ou “trazer consigo” (art. 33) etc, o que diferencia referidas condutas é o objetivo com que se pratica tais ações, cuja finalidade é expressamente trazida no caso do artigo 28: “para consumo pessoal”, caracterizando, portanto, o usuário de drogas, uma vez que o a finalidade do agente em portar a droga é consumi-la, tanto é que se flagrado logo após o uso, ainda que sob efeito da mesma, não há que se falar em crime.

Para Bertolote (1997), os padrões do uso de drogas correspondem aos graus de interação que os usuários mantêm com as substâncias auto administradas, tendo em vista as consequências advindas do uso. Assim, os padrões de uso de drogas são utilizados para identificar tipos diferentes de usuários e tipos diferentes de consumo, classificados a partir do contexto interacional havido entre o consumidor e a substância, bem como considerando o propósito a que se volta o ato do uso.

A literatura especializada, reconhecida pela OMS classifica o usuário de drogas em cinco padrões, sendo eles: uso experimental, uso recreativo, uso controlado/social/funcional, uso nocivo/abuso e dependência.

O padrão de uso experimental refere-se aos primeiros contatos que um usuário tem com a droga, ou a um padrão de consumo extremamente infrequente ou inconstante.

No padrão recreativo (ou recreacional), o usuário utiliza drogas em contextos sociais festivos ou relaxantes, geralmente em grupos. A finalidade imediata do uso associa-se com momentos de lazer e descontração. Este nível não implica dependência e não traz problemas fisiológicos, psíquicos ou sociais ao consumidor. Está normalmente relacionado com o consumo de drogas ilícitas.



O padrão controlado (também conhecido como social ou funcional) refere-se ao uso de drogas com regularidade, mas sem compulsão, geralmente em circunstâncias socialmente aceitáveis e, por vezes, em companhia de outras pessoas. O uso controlado de drogas não afeta o funcionamento normal do indivíduo nem leva à dependência, não comprometendo a possibilidade de redução da frequência de consumo

O uso nocivo de drogas (também chamado de abuso) e a dependência, por importarem consequências lesivas ao organismo do usuário, suscitam diversas abordagens por parte dos estudos na seara das ciências da saúde e demandam uma análise mais detida.

Murad (2007), ainda acrescenta um padrão de usuário que tem íntima relação com o presente estudo. Trata-se do usuário traficante: aquele usuário que também trafica, ou seja, que assim procede por uma série de razões com o objetivo de conseguir recursos para manter a sua própria dependência e o status no seio do grupo ou obter prestígio. Ocorre até mesmo por certa tendência psicológica comum em certos tipos de indivíduos que têm prazer em envolver outros em seus problemas, frustrações e desgraças.

No que tange a linha tênue que diferencia a figura do usuário e do traficante, apesar da distinção trazida pela atual lei que regula sobre drogas ilícitas, um ponto que ainda é alvo de críticas da referida norma é que a diferenciação acima citada é feita pelo Delegado de Polícia ou pelo Juiz, de forma bastante subjetiva, o que leva a jurisprudência a tentar unificar e padronizar os critérios para evitar desproporcionalidades sistêmicas.

O artigo 28, da Lei 11.343/06, traz em seu parágrafo segundo a seguinte redação:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Nota-se a intenção do legislador de pormenorizar a conduta do agente que se enquadraria no referido dispositivo penal, porém, na prática, isso não é o bastante para distinguir de forma objetiva o usuário do traficante em si.

Para Gomes (2006), a lei permaneceu com a noção de que a distinção entre usuário e traficante somente pode ser aferida de acordo com a hipótese concreta, levando-se em consideração a natureza da droga, a sua quantidade, o modo de vida do agente e demais características.

A contribuição do usuário é consumir o que os traficantes vendem, sendo estes, segundo a lei, os verdadeiros criminosos, os quais trabalham em várias frentes como produção, venda, incitação, estes crimes passíveis de punição segundo o ordenamento jurídico vigente.

Ainda acerca da relação do “usuário de drogas” com o tráfico, a Lei 11.343/06 tipifica no terceiro parágrafo de seu artigo 33 o consumo compartilhado, que pode se confundir de maneira mais gravosa com o “caput” do referido artigo, ou ainda de forma mais branda com o artigo 28, no entanto, mais uma vez somente o Delegado ou Juiz poderá decidir no caso concreto o enquadramento da conduta. A redação do mencionado dispositivo assim se dá:

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

Assim, Perine (2018) entende que em sendo os tipos penais que definem os delitos muito próximos (art. 33, *caput* e 33, §3º, além do art. 28º da Lei 11.343/2006), a diferença entre as figuras penais recai na forma da prisão/apreensão (natureza, local, objetos apreendidos, circunstâncias, quantidade), e, especialmente, no elemento subjetivo do tipo diverso do dolo, isto é, se subjetivamente a droga apreendida em posse destinava-se ao compartilhamento com pessoas do relacionamento sem objetivo de lucro ou a traficância.

Destaca-se também que a conduta do parágrafo terceiro é competência do JECRIM, assim como a do artigo 28 e, consoante texto de lei, as penas cominadas no citado artigo também podem ser aplicadas ao agente ativo.

## **5 RELEVÂNCIA SOCIAL**

A atual lei de drogas, além de trazer diversas mudanças quanto aos crimes e penas relacionadas à posse, mercancia, fabricação, cultivo, preparação, dentre outras condutas envolvendo drogas ilícitas, também instituiu o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), apontando sua finalidade já no artigo 3º, conforme a seguinte redação:

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

A Política sobre Drogas, por força dos acordos internacionais, dos quais o Brasil é signatário, é constituída por um conjunto de eixos e subeixos, que se constituem como alicerces da política, a saber: I – redução da demanda: prevenção, promoção à saúde, cuidado, tratamento, acolhimento, apoio, mútua ajuda e reinserção social; II – gestão: incluídas as ações de estudo, pesquisa, avaliação, formação e capacitação; gestão de ativos; III – redução da oferta: incluídas as ações de segurança pública, defesa, inteligência, regulação de substâncias precursoras, de substâncias controladas e de drogas lícitas, repressão da produção não autorizada, de combate ao tráfico de drogas, à lavagem de dinheiro e crimes conexos, inclusive por meio da recuperação de ativos que financiem ou sejam resultados dessas atividades criminosas.

É evidente o caráter preventivo da legislação atual sobre drogas, pois além das políticas públicas sobre drogas propostas pelo SISNAD, conforme Couto e Silva (2015), observa-se a despenalização do artigo 28 da referida norma, uma vez que foi abolida a pena privativa de liberdade ao usuário surpreendido na posse de drogas. Ainda segundo eles, o legislador seguiu a tendência internacional, fazendo com que o Estado dispensasse ao usuário um tratamento preventivo e terapêutico em substituição à antiga linha repressiva e prisional.

Bernardi Júnior (2014) entende que a atual lei, ao invés da punição anterior trouxe mudanças observadas em seu artigo 28, como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas ou curso didáticos, ou seja, o usuário no Brasil hoje é tratado como caso patológico e não um criminoso, sendo passivo de tratamentos para recuperação.

Segundo Paiva e Rodrigues (2015), no crime previsto no artigo 28, da Lei 11.343/06, há quem alegue a ocorrência da violação do princípio da alteridade, afinal, quem usa drogas prejudica tão somente a si mesmo, o que não justificaria uma intervenção repressiva do Estado mas esse não é o entendimento majoritário no âmbito jurídico, vez que a finalidade da norma é coibir a circulação das drogas, sua disseminação e o perigo social que estas representam. Desse modo, entende-se que o objeto jurídico do artigo 28 é a saúde pública e não o usuário de drogas.

Nesse sentido, ressalta-se o entendimento do renomado jurista Fernando Capez:

*“Proíbe a incriminação de atitude meramente interna do agente e que por essa razão, só faz mal a ele mesmo e a mais ninguém. Sem que a conduta transcenda a figura do autor e se torne capaz de ferir*

*o interesse do outro (altero), é impossível ao Direito Penal pretender puni-la. O princípio da alteridade impede o Direito Penal de castigar o comportamento de alguém que está prejudicando apenas a sua saúde e interesse. Com efeito, o bem jurídico tutelado pela norma é sempre o interesse de terceiros, de forma que seria inconcebível, por exemplo, punir-se um suicida malsucedido ou um fanático que se açoitava. É por isso que a autolesão não é crime, salvo quando houver intenção de prejudicar terceiros, como na autoagressão cometida com o fim de fraude ao seguro, em que a instituição seguradora será vítima de estelionato (art. 171, § 2º, V, do CP). No delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, poder-se-ia alegar ofensa a esse princípio, pois quem usa droga só está fazendo mal à própria saúde, o que não justificaria uma intromissão repressiva do Estado (os usuários costumam dizer: “se eu uso droga, ninguém tem nada haver com isso, pois o único prejudicado sou eu”). Tal argumento não convence. A lei em estudo não tipifica a ação de “usar a droga”, mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de consumo pessoal. Assim, existe transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28”. (CAPEZ, 2006, p. 755)*

Os movimentos de descriminalização das drogas ilícitas crescem com o passar dos anos, tendo hoje no Brasil ações que questionam a constitucionalidade do uso e/ou da criminalização das drogas no Brasil, não tendo ainda um veredito definitivo nessa seara jurídica.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O tema abordado evidenciou que o consumo de drogas pelo homem já era uma prática comum desde seus antepassados e com o passar do tempo foi se tornando um hábito cada vez mais presente na sociedade, bem como novas drogas forma surgindo, sendo necessária intervenção do Estado para frear a disseminação dessas substâncias entorpecentes.

O aparelho estatal foi se adaptando às novas realidades relacionadas ao consumo e ao tráfico de drogas por meio de leis que foram surgindo e sofrendo alterações conforme a realidade temporal.

Ao longo do tempo, o legislador procurou tentar separar em seu ordenamento jurídico as figuras do “usuário”, como sendo aquele que porta a droga para consumo pessoal e do traficante em si, no entanto, ainda há discussões quanto à definição do enquadramento da conduta do agente ativo, pois ainda que a lei o descreva, no caso concreto há diversos fatores objetivos e subjetivos a serem analisados pelas autoridades competentes.

O presente estudo destacou ainda a íntima relação entre o “usuário de droga”, em seus variados padrões de uso, e o tráfico de entorpecentes, já que a princípio sem um, o outro não existiria. Apesar da discrepância quanto às penas a serem aplicadas de acordo com o dispositivo penal, muitas das vezes, na prática, as figuras do usuário e traficante acabam se confundindo, ocorrendo inversões no amoldamento das condutas praticadas, acarretando enorme desproporcionalidade quanto às consequências penais que recaem sobre o indivíduo.

Cabe salientar que na legislação atual sobre drogas, ficou demonstrada que o objeto jurídico é a saúde pública, tanto é que por meio dela institui-se o SISNAD, apresentando um caráter mais preventivo, por meio de políticas públicas, focado na educação, tratamento e ressocialização daqueles que estejam envolvidos com o consumo drogas. Isso fica ainda mais nítido quando as penas aplicadas a quem for flagrado em posse de drogas para consumo pessoal deixaram de ser privativas de liberdade, enquanto o caráter repressivo ficou voltado à figura do traficante.

## REFERÊNCIAS

**BERTOLETE, José Manoel.** Problemas sociais relacionados ao consumo de álcool. In: RAMOS, S. P. (Org.). Alcoolismo hoje. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

**BERNARDI JÚNIOR, Celso.** A eficácia da lei de drogas. Trabalho de Conclusão de Curso - Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis-SP. Disponível em <<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1111401041.pdf>>. Acesso em 03 nov. 2022.

**BITTENCOURT, Cezar Roberto.** Tratado de Direito Penal. Vol., 1, Saraiva Jur. 26ª edição. 2020. Disponível em <<https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>>. Acesso em 15 out. 2022.

**BRASIL. LEI Nº 6.368/76, de 21 de outubro de 1976** - Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou

que determinem dependência física ou psíquica. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)>. Acesso em 04 out. 2022.

**BRASIL. LEI Nº 11.343/06, de 23 de agosto de 2006** - Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em 04 out. 2022.

**CAPEZ. Fernando.** A nova Lei de tóxicos, modificações legais relativas à figura do usuário. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal nº 14, 2006.

**COUTO, Cleber; SILVA, Túlio Leno Góes.** A (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. JusBrasil, 2015. Disponível em: <<https://professorclebercouto.jusbrasil.com.br/artigos/230373563/a-in-constitucionalidade-do-artigo-28-da-lei-de-drogas>>. Acesso em 05. Nov. 2022.

**DROGA DEFINIÇÃO.** Oxford Languages. Google, 2022. Disponível em <[https://www.google.com/search?q=droga+defnii%C3%A7%C3%A3o&ei=-LVpY77eEsbZ1sQPx6eguAY&ved=0ahUKEwi-upCnvJ37AhXGrJUCHccTCGcQ4dUDCA8&uact=5&oq=droga+defnii%C3%A7%C3%A3o&gs\\_lcp=Cgxnd3Mtd2l6LXNlcnAQAzIMCAAQgAQQDRBGEPkBMgcIABCABBANMgcIABCABANMgcIABCABBANMggIABAeEA8QDTIGCAAQHhANMggIABAeEA8QDTIMCAAQBRAeEA8QDRAKMgoIABAFEB4QDxANMggIABAIEB4QDTokCAAQRxDWBBcWazoFCAAQgAQ6CAguEIAEENQCOgUILhCABDoHCAAQgAQQCjoKCAAQgAQQRhD5AToGCAAQFhAeSgQIQRgASgQIRhgAUNEyWLU7YJI8aARwAXgAgAGUAYgBwviSAQMwLjiYAQCgAQHIAQTAAQE&scient=gws-wiz-serp](https://www.google.com/search?q=droga+defnii%C3%A7%C3%A3o&ei=-LVpY77eEsbZ1sQPx6eguAY&ved=0ahUKEwi-upCnvJ37AhXGrJUCHccTCGcQ4dUDCA8&uact=5&oq=droga+defnii%C3%A7%C3%A3o&gs_lcp=Cgxnd3Mtd2l6LXNlcnAQAzIMCAAQgAQQDRBGEPkBMgcIABCABBANMgcIABCABANMgcIABCABBANMggIABAeEA8QDTIGCAAQHhANMggIABAeEA8QDTIMCAAQBRAeEA8QDRAKMgoIABAFEB4QDxANMggIABAIEB4QDTokCAAQRxDWBBcWazoFCAAQgAQ6CAguEIAEENQCOgUILhCABDoHCAAQgAQQCjoKCAAQgAQQRhD5AToGCAAQFhAeSgQIQRgASgQIRhgAUNEyWLU7YJI8aARwAXgAgAGUAYgBwviSAQMwLjiYAQCgAQHIAQTAAQE&scient=gws-wiz-serp)>. Acesso em 15 out. 2022.

**GAGNO JÚNIOR,** Abraão Emanuel de Souza. Aplicabilidade do princípio da insignificância em face do Artigo 28, da Lei 11.343/06. Monografia de título de Bacharel em Direito - Faculdade Vale do Cricaré, São Mateus-ES. Disponível em <<https://repositorio.ivc.br/handle/123456789/575>>. Acesso em 15 out. 2022.

**GOMES, Luiz Flávio, et al.** Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo: RT, 2006.

**LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL – BREVE CRONOLOGIA DAS LEIS DE DROGAS NO BRASIL.** Instituto Fórmula, 2021. Disponível em <<https://www.institutoformula.com.br/legislacao-penal-especial-breve-cronologia-das-leis-de-drogas-no-brasil/>>. Acesso em 05. Nov. 2022.

**MURAD, José Elias.** Tipos de usuário de droga. Disponível em <<https://www.otempo.com.br/opiniao/elias-murad/tipos-de-usuarios-de-droga-1.219031>>. Acesso em 05 nov. 2022.



**O QUE SÃO DROGAS?** Governo do Estado da Bahia. Disponível em <<http://institucional.educacao.ba.gov.br/o-que-sao-drogas>>. Acesso em 05. Nov. 2022.

**OBID. OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS.** Informações sobre droga: definição e histórico. Disponível em: .<<https://www.gov.br/cidadania/pt-br/obid/observatorio-brasileiro-de-informacoes-sobre-drogas>>. Acesso em: 01 nov. 2022.

**ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE.** Relatório sobre a Saúde no Mundo 2001 – Saúde Mental: Nova Concepção, Nova Esperança. OMS, Genebra, 2001.

**PAIVA, Guilherme Almeida Macau; RODRIGUES, José Inácio Vilar Guimarães.** A natureza jurídica da conduta incerta no art. 28 da Lei de Drogas. JusBrasil, 2015. Disponível em < <https://gmacau.jusbrasil.com.br/artigos/246913624/a-natureza-juridica-da-conduta-incerta-no-art-28-da-lei-de-drogas>>. Acesso em 04. Nov. 2022.

**PERINE, Eduardo Antônio.** Consumo compartilhado e o tráfico de drogas. Canal Ciências Criminais. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/consumo-compartilhado-traffic-drogas/>>. Acesso em: 01 nov. 2022.

## **A GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DOMÉSTICOS A PARTIR DA DISSOLUÇÃO DA RELAÇÃO AFETIVA: FAMÍLIA MULTIESPÉCIE**

**WILIAN ARAÚJO MARTINS:**  
Graduando em Direito. Faculdade de  
Ensino Superior de Linhares.<sup>56</sup>

**VICTOR ANDRÉ CONTE**

(orientador)

**RESUMO:** Os animais de estimação no âmbito familiar ocupam grande espaço na atual sociedade brasileira. E nessa nova realidade familiar estão as disputas pela “guarda” desses seres não humanos, quando há a dissolução dos laços conjugais ou de uniões estáveis. Assim, o objetivo é investigar a possibilidade de concessão de guarda compartilhada e a necessidade de uma legislação específica que abrange a guarda de animais doméstico a partir da dissolução da relação. E a problemática: Até que ponto o instituto da guarda tem aplicabilidade viável como solução nos conflitos de interesse pelo animal de estimação diante da extinção do casamento ou da união estável? A metodologia empregada é uma Revisão Bibliográfica e a justificativa, aponta-se sobre a importância de discutir no ambiente acadêmico sobre a evolução dos novos contornos sociais e se o direito acompanha essas novas concepções, que nesse caso sobre o tratamento dado aos animais na família multiespécie. Conclui-se que o melhor caminho é legislação específica que atenda às necessidades dessa concepção familiar, e também o espaço dos animais de estimação na sociedade, pois a utilização de uma lei em paralelo é apenas uma medida paliativa, ao qual contribui para a falta de consenso na jurisprudência e na doutrina.

**Palavras-chaves:** Animais domésticos. Guarda Compartilhada. Dissolução. União Estável. Laços Conjugais.

**ABSTRACT:** Pets in the family environment have been occupying a large space in current Brazilian society, so that, in this new social perspective, it is possible to see something alien to the fact that the Civil Code of 2002 is merely considered positive. And in this new family reality are the disputes for the “guardianship” of these non-human beings, when there is the dissolution of marital ties or stable unions. So that, by analogy, the judiciary resorts to family law in its decisions. Thus, the theme of this research is to investigate the possibility of granting shared custody and the need for specific legislation that covers the custody of domestic animals from the dissolution of the affective relationship from the perspective of the multispecies family. And the problem: To what extent does the guardianship institute have viable applicability as a solution to conflicts of interest for the pet in the face of the

<sup>56</sup> Contato: wilianaraujomartins@gmail.com

extinction of the marriage or stable union of its owners? The methodology used is a Bibliographic Review and the justification, points out the importance of discussing in the academic environment about the evolution of new social contours and if the law follows these new conceptions, which in this case about the treatment given to animals in the multispecies family . It is concluded that the best way is specific legislation that meets the needs of this family concept, and also the space of pets in society, since the use of a law in parallel is only a palliative measure, which contributes to the lack of consensus in jurisprudence and doctrine.

Keywords: Domestic animals. Shared Guard. Dissolution. Stable union. Conjugal Ties.

## 1 INTRODUÇÃO

A mudança comportamental das famílias brasileiras é refletida no campo da jurisprudência no país. Tanto que, o que se verifica é o aumento da presença de animais nos lares como parte integrante. Isto é um reflexo dos novos contornos sociais no campo do Direito de Família.

Nesse contexto, com a dissolução conjugal ou da união estável, seja de maneira amigável ou não entre o ex casal, faz parte inerente do cotidiano da sociedade pós-moderna. E a parte importante dessa situação é a divisão dos bens materiais, sempre buscando uma divisão justa entre as partes.

Um objeto de estudo nesse ambiente pós-moderno é a questão dos animais domésticos e a quem ficará com a posse ou a guarda. Apesar de obviamente se tratar de seres vivos que não tem o raciocínio equiparado ao humano, e positivado no Código Civil Brasileiro como seres semovente e patrimônio de seu dono, atualmente esses animais recebem tratamento familiar de seus donos considerados física e emocionalmente parte das famílias ao qual estão inseridos com designação de tutores responsáveis por sua guarda e segurança.

E em casos de dissolução de um matrimônio ou união, são tratados por seus donos como legítimos filhos, e seus respectivos “pais” não abrindo mão de sua guarda, seja definitiva ou a compartilhar. É por isso que, o tema desse estudo científico consistem em investigar a possibilidade de concessão de guarda compartilhada e a necessidade de uma legislação específica que abrange a guarda de animais doméstico a partir da dissolução da relação afetiva sob a óptica da família multiespécie.

De maneira que, a legislação vigente brasileira cuida apenas de fatores relacionados a partilha de bens, guarda de crianças, etc. Contudo, em relação aos animais de estimação ainda carece de regulamentação, havendo uma lacuna que necessita ser preenchida pela

ordenamento jurídico pátrio. Conseqüentemente, o problema de pesquisa é voltado para a seguinte indagação: Em separações conjugais no direito de família. Até que ponto o instituto da guarda tem aplicabilidade viável como solução nos conflitos de interesse pelo animal de estimação diante da extinção do casamento ou da união estável de seus proprietários?

O objetivo geral tem como propositura em investigar a questão da guarda ou posse do animal doméstico diante da dissolução conjugal ou da união estável no direito brasileiro. E os objetivos específicos: pesquisar sobre os animais domésticos e a proteção jurídica no ordenamento jurídico no Brasil; abordar sobre a família multiespécie e a afetividade entre pessoas e animais de estimação; por fim, analisar sobre a possibilidade da guarda compartilhada e a necessidade de uma regulamentação legislativa no Brasil no trato ao guarda ou posse dos animais domésticos diante da dissolução conjugal ou da união estável.

Portanto, a metodologia utilizada neste artigo foi à de uma revisão de bibliográfica, com utilização de doutrinas, jurisprudências, legislações, dissertações e teses publicados nos últimos sete anos, utilizando-se como método de pesquisa o hipotético dedutivo, por meio de uma pesquisa qualitativa que busca analisar sobre a problemática levantada nesse estudo científico. Portanto, a pesquisa se justifica na medida em que é um tema de interesse nacional e relacionado ao tratamento dado aos animais domésticos no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no campo do direito de família.

Conclui-se que, o melhor caminho é legislação específica que atenda às necessidades dessa concepção familiar, e também o espaço dos animais de estimação no âmbito social. E a melhor maneira é de separar o conceito de pessoa e de sujeito de direito, uma vez que, numa legislação própria concederá a esses animais na qualidade de sujeito de direito sem personalidade e não apenas como objeto (uma propriedade).

É por isso, que a legislação específica sobre o respectivo tema é tão relevante, pois atenderá os pontos chaves e parâmetros, na atual conjuntura a margem para mal entendimentos do poder e não poder normativo sobre a guarda de animais domésticos diante da ruptura de união ou dissolução conjugal.

Assim, no primeiro capítulo abordará sobre o tratamento jurídico no Brasil dado aos animais domésticos; no segundo capítulo será aprofundado sobre a questão da família multiespécie e o princípio da afetividade; e no último capítulo sobre a problemática que nesse caso da necessidade de regulamentação legislativa no trato da guarda de animais domésticos diante da dissolução do vínculo conjugal ou de união estável.

## **2 ANIMAIS DOMÉSTICOS E A PROTEÇÃO JURÍDICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

## 2.1 CONCEITO JURÍDICO E LEGISLAÇÕES PROTETIVAS

É nítido que, a Constituição Federal de 1988, normatiza que, o meio ambiente deve ser considerado patrimônio comum da humanidade e o ente público deve direcionar suas condutas no sentido de integral proteção legislativa interna e adesão aos pactos protetivos internacionais. Verifica-se que, o texto constitucional, estabelecido no artigo 225, apresenta como primazia a promoção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental; posteriormente o dever (obrigatoriedade) do Estado e da coletividade de promover e defender o meio ambiente; bem como, de assegurar a efetividade deste direito fundamental, com prescrições de normas impositivas de condutas, por exemplo (MORAES, 2015).

O direito ambiental é uma ciência nova, mas autônoma e essa independência lhe é avalizada porque o direito ambiental tem os seus próprios princípios diretores, contidos no art. 225 da Constituição. Vale explicar que o advento da Constituição proporcionou a recepção da Lei n. 6.938/81 em quase todos os seus aspectos, dando prosseguimento à Política Nacional de Defesa Ambiental. Esta política ganha destaque na Carta Magna de 1988, ao ser empregado à expressão ecologicamente equilibrado, porquanto isso determina harmonia em todos os aspectos que compõem o meio ambiente. Nota-se não ser proposital o uso da referida expressão (política) pela Lei n. 6.938/81, na medida em que pressupõe a existência de seus princípios norteadores (FIORILLO, 2013).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 configura o meio ambiente equilibrado como um direito fundamental, dando ensejo a Política Nacional do Meio Ambiental, ao qual, objetiva a melhoria e recuperação a qualidade ambiental propícia a vida, integrando nesse contexto, a proteção a fauna como um dever do Estado.

Por conseguinte, é necessário destacar que, a Carta Magna de 1988 em seu artigo 225, quando trata sobre o meio ambiente, não disciplina explicitamente que os animais são dotados de direitos fundamentais, contudo, destaca que eles necessitam de proteção. Que *in verbis*: “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” (BRASIL, 1988, p. 01).

Nota-se que a Constituição de 1988 tem por finalidade de estabelecer os deveres jurídicos de proteção aos animais, proibindo quaisquer práticas de crueldades, no entanto, há necessidade de prover uma legislação infraconstitucional sobre o que se atribui o tratamento cruel para fins legais, e as diferenças entre os animais domésticos e silvestres no âmbito jurídico (ANTUNES, 2021).

Nesse contexto, no âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, informa que, todos os animais possuem direitos, que nascem iguais diante da vida e têm o direito à existência. Sendo vedado maus-tratos e a tratamento cruéis, visto que, aos animais que o homem escolher para companheiro tem o direito a uma duração de vida de acordo com sua longevidade natural e o abandono consiste num ato cruel e degradante (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1978).

Em consonância com esses dispositivos a legislação pátria também assegura a proteção aos animais, além de assegurar que os animais silvestres de quaisquer espécies, que vivem fora do cativeiro, são propriedades do Estado, ao qual, ratifica a proibição da sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha, no artigo 1º da Lei de nº 5.197 de 1967 (BRASIL, 1967). Também no âmbito domésticos é crime a pratica de abuso e maus-tratos, com pena de detenção de três meses a um ano e multa, conforme a Lei nº 9.605 de 1998, que *in verbis*.

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no **caput** deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal (BRASIL, 1998, p. 01).

Verifica-se que, o Código Civil de 2002 também regulamenta sobre a questão da proteção dos animais, de maneira que, está inserindo no Livro II (Dos Bens), no capítulo I (Dos Bens considerados em si mesmos), na Seção II, (Dos Bens Móveis), e qualificados como semoventes como dispõe o artigo 82: "são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social" (BRASIL, 2002, p. 01).

Tartuce (2020, p. 345) informa que coisa constitui um gênero que consiste tudo aquilo que não é o ser humano, recaindo o interesse econômico e jurídico, que *in verbis*: "Dessa forma, coisa constitui gênero e bem a espécie – coisa que proporciona ao homem uma utilidade sendo suscetível de apropriação. Todos os bens são coisas; porém nem todas as coisas são bens".



Nesse contexto, o legislador brasileiro infraconstitucional atentou-se apenas para o enfoque patrimonialista, não se importando para questões relacionais e afetivas para com os animais domésticos, tampouco para questões de interesses das espécies sobre seres dotados de sensibilidade (ALMEIDA, 2020).

Porquanto, é nítido que, a legislação ainda não tratou adequadamente (ou precisamente), pois ao classificar como semovente, teria em tese atribuído sobre a definição do *status* jurídico dos animais, apenas dispositivos que trata sobre a proteção e o tratamento patrimonialista. Nesse viés, há necessidade de que seja debatido sobre a ampliação dos direitos dos animais e sua dignidade, principalmente sobre a diferença concepção entre tratamento de “coisas”, dotados ou não de direitos, ou apenas propriedades sobre seus donos.

## 2.2 SEMOVENTES X SENCIENTES

No âmbito internacional, de acordo com Issa (2018), já foi pacificado em diversos países sobre a mudança da concepção dos animais de seres semoventes para sencientes, uma vez que, o entendimento é de que os animais deixaram de ser estimados como coisas, para ser acatados como seres sencientes ou seres sensíveis, desponta que estão adquirindo um novo *status* jurídico que lhes coloca entre os objetos e os sujeitos de direito.

Essas mudanças legislativas, trata da perspectiva de que os animais são sencientes, capazes de perceber através dos sentidos. Issa (2018, p. 35) informa que, na “[...] A Nova Zelândia já reconheceu legalmente os animais não humanos como seres sencientes, enquanto nos Estados Unidos, em 2015, uma ação judicial defendeu que o chimpanzés Tommy [...] deveriam ser reconhecidos como pessoas”.

Contudo, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2017) a rigor, nada disso é permitido no Brasil. Semoventes e coisas são, no sistema brasileiro, bens, não tendo personalidade jurídica, de modo que cita a questão da vocação hereditária. Que no contexto da herança, o que é possível é o estabelecimento de ônus para determinados herdeiros, em disposições testamentárias, para que realizem o encargo, por exemplo, de cuidar de determinado animal, enquanto ele viver.

Calgaro *et. al.* (2015) defende que, os animais são bens móveis da espécie semovente, ou seja, aquele passível de movimento próprio. Com efeito não é admissível a possibilidade de qualquer outro ser vivo, a não ser o animal humano venha a ser titular de direitos. De modo que, a sociedade é instituída por seres humanos e os animais são apenas coisas e objetos de direito, e jamais serão sujeitos de direitos, pois isso é atributo do ser humano.

Informa-se também Calgaro *et. al.* (2015) que, os avanços internacionais trilham um caminho legislativo no Brasil sobre a ampliação do debate e regulamentação dos animais como sujeitos de direitos (sencientes e sujeitos de direito despersonalizados) e não como coisas, ao qual, configura como *status* jurídico de propriedades (semoventes).

Antunes (2021) revela que, as visões convencionalistas sobre os animais não humanos, notadamente aquelas advindas de uma clássica dogmática civilista patrimonialista, não mais atendem aos anseios de determinados grupos sociais, ao passo que, do outro lado, também se têm por incerto os efeitos jurídicos dos voos progressistas pretende alçar.

Ainda Antunes (2021) destaca que a reclassificação como possível substituição ao *status* de mera coisa, no direito brasileiro, tendo como possível solução como entes despersonalizados. O que se caminha no Brasil, a descaracterização dos animais como coisas, sem lhes conferir a subjetividade ou personalidade jurídica, portanto, como objetos de direitos, mas com tratamento que lhes confira proteção especial.

Na atualidade, já se verifica na Constituição Federal de 1988 e os avanços do Direito Ambiental e do Direito Animal como um ramo autônomo, observa-se na legislação a preocupação no que concerne a proteção animal contra a crueldade e maus-tratos, e alguma reflexão quanto ao *status* da coisa.

Nesse sentido, em várias partes do mundo e também para uma vertente doutrinária já há o entendimento que os animais são considerados sujeitos de direitos subjetivos, por consequência das leis que os protegem e por poderem ser representados em juízo. Também o fato de somente os homens assumirem deveres jurídicos em contraposição aos seus direitos não pode servir de argumento para negar os direitos aos animais, que, justamente o fato de serem objeto dos deveres humanos que os tornam sujeitos de direitos (PULZ; SCHEFFER, 2021).

Coelho (2022, p. 304-305) também aborda que, o que se busca enfrentar é a exploração das outras espécies e a regulação da conduta destrutiva do ser humano, mas que essa proteção é limitada, pois os animais são seres semoventes, não sendo sencientes que *in verbis*:

O que se busca combater não é a utilização dos demais animais para atender as prioridades humanas básicas, como alimentação, criação de remédios, divertimento e outros. O que se busca na realidade é combater o sofrimento e a exploração demasiada de outras espécies que possuem as mesmas sensações que possuímos perante as emoções como a alegria, medo, excitação, tristeza ou dor.

O Direito, como criação do homem para regular o convívio social, deveria, então, regular a proteção de valores e ideais contra a própria conduta destrutiva do ser humano.

[...].

No entanto, é nessa utilização dos animais como 'bens' que percebemos que a intenção da proteção pode ser limitada, pois os animais não humanos tem a natureza jurídica reconhecida no Código Civil brasileiro como de coisas ou semoventes (res), não tendo dessa forma seus direitos fundamentais como seres vivos e sencientes valorados.

O debate sobre a descoisificação dos animais é imperativo quando se discute sobre até que ponto se estende a personificação, principalmente quando se atribui a personificação plena, ao qual seria dado ao tratamento humano absolutamente incapaz, o que seria incompatível com a realidade social. Outra situação é a personalidade animal, como uma questão intermediária entre coisa e pessoa, considerando os animais como sujeitos de direitos específicos. Por fim, a Teoria dos Entes despersonificados, entende que os animais são dispensados a titularidade de direitos subjetivos (PULZ; SCHEFFER, 2021).

Portanto, há um longo caminho em assegurar os animais como seres sencientes, o que se configura na atualidade jurídica brasileira que esses seres são semoventes e são tratados como coisas, e que merecem proteção jurídica pelo Estado, principalmente no aspecto dos maus-tratos, quanto à caracterização de sujeitos de direitos há uma grande discussão doutrinária, que ainda não foi pacificada, pois o que se deve considerar que esses são seres vivos, que por conta de sua sensibilidade (senciência), detêm determinados direitos fundamentais, principalmente a dignidade.

### **3 FAMÍLIA MULTIESPÉCIE: A AFETIVIDADE ENTRE PESSOAS E ANIMAIS DOMÉSTICOS**

Antes de abordar sobre a família multiespécie e a questão da afetividade entre pessoas e animais domésticos, há necessidade de se aprofundar sobre o conceito de família e seu aspecto jurídico (direito de família) e social na atualidade brasileira.

Destaca-se primeiramente, para a evolução histórica do direito da família deu-se no decorrer do século XX, uma vez que até a Constituição Federal de 1988, vigorava-se o Código Civil de 1916 que institucionalizava vários aspectos civilistas no direito brasileiro, moldados numa estrutura fixa e centralizada na figura do homem provedor e chefe da família (GONÇALVES, 2020).

Percebe-se que a padronização da família brasileira, normatizada pelo Código Civil de 1916, era regida pela presença do pai, mãe e filhos concebidos nesta união, de modo que, as demais formações eram desprovidas de quaisquer proteções legais. Venosa (2012, p. 55) informa que: “O legislador do Código Civil de 1916 ignorou a família ilegítima, fazendo apenas raras menções ao então chamado concubinato unicamente no propósito de proteger a família legítima, [...]” e jamais reconhecendo os direitos da família ilegítima.

Desta forma, “o casamento era a única forma padronizada de família, sendo regrado por este código como uma união indissolúvel, no qual, os filhos gerados no matrimônio eram considerados legítimos e aqueles fora do casamento ilegítimos” (VENOSA, 2012), perante a sociedade patriarcalista fundamentados no Código de 1916.

A família, como mediação entre sujeito e cultura, torna-se um espaço em que o individualismo tende a se firmar. O progresso no sentido da redução da autoridade paterna foi se moldando e a tendência do nivelamento das relações entre pais e filhos foi incorporada pelos novos padrões que tende a substituir a família hierarquizada e patriarcal (SIERRA, 2012).

Dessa forma, salienta-se que, no decorrer do século XX houve várias transformações sociais, principalmente no tocante a constituição da essência da família na sociedade brasileira, e esses novos moldes propiciaram que o legislativo acordasse para a consagração da igualdade de filiação e o exercício do princípio da dignidade da pessoa humana, colocando em xeque a distinção de filiação legítima e ilegítima.

Por isso, a Carta Magna de 1988 rompeu com os parâmetros da família patriarcal e fundamentou a igualdade entre filhos, não mais admitindo a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, e adotiva, bem como, estabeleceu direitos e deveres entre conjuge, filhos e pais (SIERRA, 2012).

Verifica-se também que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto, a família aparece como uma instituição necessária e sagrada, que possui uma ampla proteção do Estado. A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 reportam e estabelece normatizações protetivas, contudo, o legislador não definiu, pois não existe uma identidade de conceitos tanto no ramo do direito quanto no aspecto social (GONÇALVES, 2020).

Dessa forma, a história da humanidade, assim como os estudos antropológicos sobre o homem no espaço e tempo, esclarece que há variadas formas de família aos quais se evoluem e se modificam, consistindo não apenas a um fenômeno natural, mas uma instituição social que apresenta formas e finalidades relacionadas à característica cultural e histórica do homem na sociedade (PRADO, 2017).

Gonçalves (2020) informa que o direito de família é o mais intimamente ligado à própria vida, dentre todos os ramos do direito, uma vez que, os indivíduos provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 foi um marco em relação aos direitos relacionado à família no Brasil, pois desconstituiu a normatização do Código Civil de 1916, advinda de um período em que as relações familiares sobressaiam o patriarcalismo. Com a promulgação desta Carta Magna a diferenciação entre os filhos frutos da relação do matrimônio (legítimos) e aqueles adventos extraconjugais (ilegítimos) deixou de ser contemplada, de modo que, os termos legítimos e ilegítimos foram abolidos de nossa legislação.

Assim, a Carta Magna de 1988 contemplou a promoção da igualdade entre os filhos, e nos direitos e deveres dos indivíduos em suas relações familiares, independentemente do contexto social e familiar, uma vez que, o Código Civil de 2002 (legislação infraconstitucional) selou a igualdade ao normatizar os direitos inerentes à filiação no contexto social brasileiro, bem como, a questão dos direitos e deveres do poder familiar.

Calgaro (2015, p. 35) evidencia que:

A família clássica, onde o homem era o senhor dono das decisões e comando ao longo do século XX sofreu inúmeras transformações e a mulher passa a ocupar espaço, ganhando autoridade, compartilhando com o homem a gerência da entidade familiar, tanto que o quarto poder deixa de existir, sendo substituído pelo poder familiar.

Verifica-se que, a entidade familiar deve ser entendida na atualidade como um grupo social fundado, essencialmente em laços de afetividade, e que o Estado tem por dever de proteção, conforme preceitua o *caput* do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, "a família, a base da sociedade, tem especial proteção do Estado" (BRASIL, 1988, p. 01).

No contexto social atual há diversos arranjos familiares, desde famílias decorrentes do casamento ou união estável, homoafetivas (elo afetivo do mesmo sexo), monoparentais (vínculo entre filhos e genitores), anaparentais (vínculo entre irmãos), etc. E dentro da perspectiva do direito de família já também se remonta a família "multiespécie", que trouxe uma nova concepção da entidade familiar pós-moderna.

A família multiespécie é compreendida como aquela formada pela afetividade demonstrada na relação humano-animal, que parte do pressuposto de que os animais são considerados seres sencientes sendo, portanto, dotados de sentimentos. É uma consequência do reflexo mais moderno da sociedade atual, pois os animais domésticos estão presentes em praticamente todos os lares e ultrapassa a noção de que são meros objetos inseridos no seio familiar (GONÇALVES, *et. al.*, 2022).

André (2019, p. 161), ao tratar da responsabilidade civil por usurpação ou esbulho do alheio, entende que “não se pode deixar de reconhecer certas particularidades como a possibilidade de formação natural de um elo afetivo por certas coisas, como ocorre no caso de animais de estimação”, e defende que a perda da coisa em tais casos pode, inclusive, caracterizar danos morais a serem indenizados em montante superior ao indicado no art. 952 do Código Civil. Inclusive, para o autor, “pode ser que a coisa nem mesmo tenha um valor de mercado e a sua perda resulta em sofrimento para o seu dono que a mantém em seu poder exatamente em razão do seu valor de afeição”.

Venosa (2017, p. 833), ao comentar o mesmo art. 952, defende que:

*De lege ferenda*, melhor que o dispositivo apegue-se preferencialmente ao valor de afeição quando esta existir e, caso contrário, subsidiariamente, pelo valor material da coisa desaparecida. Nesse mesmo sentido, se o ofensor se apossa de cão de estimação que não mais possa ser devolvido em razão de sua morte ou fuga, o valor afetivo deverá ser devidamente estimado e, certamente, será superior ao valor do cão como espécime, ainda que de raça e com pedigree.

A essa nova concepção tem como um dos fatores o crescimento dos laços e cuidados com os animais domésticos e a indústria de petshop, bem como, a queda da taxa de fecundidade. É verídico que as configurações familiares estão se alterando, ao qual, as famílias monoparentais são também chefiadas por mulheres e casais que optaram por não terem filhos, dando oportunidade para o aparecimento de laços afetivos entre o ser humano e os animais domésticos (BARBOSA, 2021).

Barbosa (2021, p. 78) afirma que:

Nota-se, portanto, que a contemporaneidade trouxe diversas mudanças na sociedade que levaram a reconstrução, primeiro, da identidade do indivíduo, depois, dos grupos sociais, como a família. O homem passou a olhar o seu entorno, ver que é possível se conectar com outras espécies, reconhecer-se em outros seres, partilhar experiências e construir laços. Ao mesmo tempo, a crise



ambiental com repercussões negativas na economia, contou para o homem a história da natureza e da sua interconexão com tudo que a cerca. O homem, inserido no meio ambiente, foi tomado por novos sentimentos e sensações. Pode-se dizer que um novo capítulo da história da família se desenvolveu, com novos atores, sentimentos, composições, dinâmicas, situações, espaços, consequências – sociais e jurídicas. Se a sociedade estava preparada para isso, é possível dizer que já havia uma abertura para uma nova concepção de família, formada, a partir e pelo amor

É perceptível que o reconhecimento da família multiespécie é fruto de uma geração globalizada, que busca a internalização na sociedade dos direitos das minorias e dá ensejo as pluralidades das novas constituições familiares, que até mesmo ultrapassa a linha limítrofe da idealização jurídica, havendo necessidade do Poder judiciário intervir diante da falta de legislação que cuida do caso concreto que fora acionado na justiça.

Ramos (2018, p. 114) reporta que:

Ao se falar no surgimento da família multiespécie, nasce a perspectiva da responsabilidade e da solidariedade assimétrica interespécie, o que sustenta a relação afetiva entre seres humanos e animais, desdobrando-se em estreitos vínculos, razões pelas quais os casais passam a oferecer aos animais os mais diversos sentimentos, sobretudo o de “filhos” não humanos.

O afeto e a sciência são qualificadoras jurídicas que atraem a proteção do direito de família aos animais. De maneira que, nos tempos atuais mostra a necessidade de uma releitura jurídica sobre o papel dos animais domésticos e seu verdadeiro lugar nas normas. Uma vez que não há dúvidas que o presente estudo científico leva o posicionamento de o Direito de Família, ao dar lugar aos animais, os transforma em sujeito de direitos e não mais como um objeto do direito (ALMEIDA, 2020).

A ideia da felicidade familiar, inclui sobremaneira a presença dos animais de estimação. Assim, a guarda de animais por escritura pública na dissolução da união estável ou laço conjugal é um tema relevante para a defesa do animal. De modo que, os vínculos de afeto entre animais e humanos são reparadores, mas também em caso de rompimento pode causar abalos graves para ambos (GONÇALVES, *et. al.*, 2022).

Obviamente não se nega que, ao menos na cultura brasileira, os animais considerados de estimação, mormente cães e gatos, já vem recebendo tratamento bem mais digno do que outros animais que exploramos para diversos fins, tais como,

alimentação, entretenimento, pesquisas, testes e vestimentas. No entanto, eles ainda são tratados como propriedade corolário a desconsideração de seus sentimentos e necessidades biológicas, uma vez que, são dados como objetos e não como parte da família no ordenamento jurídico brasileiro (GAGLIANO, 2015).

Pulz e Scheffer (2021) relatam que o momento de novas descobertas, de questionamentos e da formação de novos conceitos se equivale a momentos de crise, quando há rupturas de paradigmas e emergem as novas teorias no âmbito social, doutrinárias e científicas que permeia as mudanças de concepções. Se ainda hoje os animais domésticos são considerados coisas é porque ainda existe costumes, tradições e falta de vontade política de discutir sobre a questão da família multiespécie na atual sociedade brasileira.

Nota-se que o caminho é longo para a caracterização e normatização da família multiespécie no direito brasileiro. Nesse sentido, Ramos (2018, p. 118) informa que:

É de suma importância destacar a aceitação da existência e o reconhecimento da família multiespécie como sendo aquela composta a partir da relação afetiva entre seres humanos e animais não humanos. Contudo, considerando que o status jurídico dos animais não humanos deveriam ser o de sujeitos de direitos não humanos despersonalizados, fica descartada a possibilidade dos mesmos realizarem ações humanas, como o ato jurídico do casamento que, como afirma Coelho (2003), é um ato para o qual o atributo da humanidade é pressuposto.

Desta forma, a relação de afeto entre os animais domésticos e os demais integrantes da família é recíproco e faz parte da essência da família multiespécie, contudo, no tocante ao *status* jurídico do animais são considerados como sujeitos de direitos não humanos despersonalizados, pois os animais de estimação não realizam ações humanas, como por exemplo, o ato jurídico do casamento.

Portanto, não há que se negar que as transformações dessa nova concepção familiar “multiespécie” derivada dos novas concepções pós-modernas sociais, já se vislumbra no âmbito judicial, principalmente em decisões sobre a guarda dos animais domésticos após o fim da dissolução conjugal. Contudo, como ainda a legislação no Brasil é omissa (e também a vários aspectos da tutela animal), cabe ao órgão julgador decidir da maneira que julgar adequado ao caso concreto.

#### **4 A DISSOLUÇÃO DO VINCULO CONJUGAL/ UNIÃO ESTÁVEL E A GUARDA DE ANIMAIS DOMÉSTICOS: UMA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL**

Primeiramente, sobre a questão do término das relações afetivas, no contexto histórico, o Estado se preocupou em evitar a dissolução desses vínculos conjugais, de maneira que, não havia a previsão legal da separação se um dos entes não provasse o motivo elencados na legislação para que seja concedida o término do laço matrimonial, como atesta o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916).

Contudo, a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 trouxe a regulamentação de casos da dissolução da sociedade conjugal e do casamento, tornando o caminho mais simples para o término da vida em comum (BRASIL, 1977). Após esse fato histórico, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 ratificaram significativos avanços no Direito de Família, principalmente no que tange a liberdade dos relacionamentos, pois as relações são baseadas no afeto e os laços conjugais nascem e também morrem.

A realidade atual trouxe novos contornos nos laços familiares, uma vez que, a valorização do afeto como base da composição familiar, com repercussão jurídica fez com que temas como a união estável, o concubinato, poliamorismo, a união homoafetiva e a necessária isonomia entre filhos gerassem e continuem gerando novos prismas para se visualizar no sistema jurídico brasileiro (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Nesse contexto, ao atrelar os animais de estimação a essa realidade social tem se discussão da questão da guarda dos animais domésticos quando acontece a dissolução do vínculo conjugal e a necessidade de uma regulamentação legislativa. Verifica-se que numa ótica puramente legislativa, o artigo 82 do Código Civil de 2002 informa que esses seres são apenas de natureza mobiliária, que *in verbis*: "Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social" (BRASIL, 2002, p. 01).

Dessa forma, na legislação pátria, conforme preceitos do Código Civil de 2002 a regulamentação que ampara os animais domésticos é a que se destina aos bens patrimoniais, sendo considerados apenas objetos e a possibilidade de atribuição valorativa. Assim, Tartuce (2020, p. 298) reporta que:

Quanto aos animais, são enquadrados atualmente como coisas no Direito Privado Brasileiro. Todavia, há uma tendência em se sustentar que seriam sujeitos de direito, tratados não como coisas, mas até como um terceiro gênero. Vale lembrar que o tratamento como terceiro gênero consta do BGB Alemão, estabelecendo o seu art. 90-A que os animais não

são coisas ("Tiere ind keine Sachen"). O mesmo comando prevê, em continuidade, que os animais são protegidos por estatutos especiais. Todavia, na falta dessas normas, são regulados pelas regras aplicáveis às coisas, com as necessárias modificações.

É mediante a essa situação que, as demandas jurídicas são recorrentes, pois mesmo com a destinação legislativa, quando tratam os animais domésticos como objetos ou coisas, há uma incansável busca no direito de família sobre quem ficará com a guarda e obterá a custódia do animal, diante do divórcio ou a dissolução da união estável.

Isto é fruto, dos apegos e laços afetivos entre os animais domésticos e seus tutores nos lares brasileiros. Com base em dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Pesquisa (IBGE) (2020) em 2019 a pesquisa estimou que, 46,1% dos lares havia pelo menos um cachorro, já os gatos estavam presentes em 19,3% dos domicílios. O equivale a 47,9 milhões de cães e gatos.

Nesse sentido, Issa (2018, p. 66) informa que:

O fato de haver mais animais de estimação do que filhos humanos nos lares brasileiros aliado às descobertas científicas acerca da senciência de vários deles são divisores de água no Direito Civil e de Família. Se por um lado, a legislação ignora as novas famílias, a realidade social escancara a existência delas. Não há como retroceder.

Verifica-se que, essa realidade social não pode ser depreciada no ordenamento jurídico brasileiro, juntamente com a problemática levantada nesse estudo científico. Uma vez que, os laços afetivos entre os tutores e seus animais domésticos vêm demandando as varas de família no Brasil, para decidir qual tutor terá a guarda em casos de divórcios e dissolução da união estável.

Outro posicionamento a ser levantado é sobre a competência da Vara de Família de ajuizar essas causas, pois a discussão que impera se na atualidade quem deverá cuidar desse assunto é a Vara Cível, pois ainda vigora no país o artigo 82 do Código Civil de 2002. Nesse caso, se for levar em consideração, o *status* jurídico dos animais como seres semoventes a competência para decidir seria a Vara Cível.

Informa-se que, no plano da jurisprudência, são encontradas decisões que aplicam, nas ações de divórcio, as mesmas regras previstas para a guarda de filhos, por analogia, para os animais de estimação.

De modo que, numa decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, teve o entendimento do juízo da guarda provisória e regulamentação de visitas do animal de estimação adquirido pelo casal, apreciado pelo juízo de Família, que *in verbis*:

TJ- SP 2069305-71.2022.8.26000

Data julgamento: 23/08/2022

Data da publicação: 23/08/2022

A respeito do tema vale mencionar também o Enunciado nº 11 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM): “na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal”.

Diante desse contexto e respeitado o entendimento do juízo de primeiro grau, deve o pedido de guarda provisória e regulamentação de visitas dos animais de estimação adquiridos pelo casal ser apreciado pelo Juízo da Família, qual seja a 7ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central. Quanto ao pedido de fixação de alimentos provisórios em favor da agravante deve ser mantido o indeferimento.

[...]

Pelo exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso apenas para reconhecer a competência do Juízo da Família, qual seja, a 7ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central, para conhecer do pedido de guarda provisória e regulamentação de visitas dos animais de estimação adquiridos pelo casal, mantido o indeferimento quanto ao pedido de fixação de alimentos provisórios em favor da agravada (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2022, p. 01).

Outro processo em que a decisão se pauta no princípio da afetividade no vínculo estabelecido entre pessoas e animais domésticos e o dever de alimentos ao cônjuge e companheiro a quem competir a guarda do animal.

**TJ – MG 1.0000.21.136589-5/001**

**Data de Julgamento:** 29/09/2022

**Data da publicação da súmula:** 30/09/2022

**Ementa:**

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO- AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C PARTILHA DE BENS, FIXAÇÃO DE CUSTÓDIA DE **ANIMAIS** DE ESTIMAÇÃO E DE PENSÃO ALIMENTÍCIA TRANSITÓRIA - DIVÓRCIO - DIREITO POTESTATIVO DO CÔNJUGE - DECRETAÇÃO IMEDIATA - ALIMENTOS ENTRE CÔNJUGES - DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA CABIMENTO - **ANIMAIS** DE ESTIMAÇÃO - FAMÍLIA MULTIESPÉCIE - RESSARCIMENTO DE PARTE DAS DESPESAS REALIZADAS PELO CÔNJUGE GUARDIÃO - POSSIBILIDADE.

- A partir da Emenda Constitucional nº 66, foi suprimida a separação judicial, desaparecendo também o requisito temporal para o divórcio, que passou a ser exclusivamente direto, tanto por consentimento dos cônjuges, quanto na modalidade litigiosa.

- A obrigação alimentar em favor do cônjuge tem por fundamento o dever de mútua assistência, conforme exegese do inciso III do artigo 1.566 c/c artigo 1.694, ambos do Código Civil.

- O dever de prestar alimentos entre cônjuges, fundamentado no dever de mútua assistência, é considerado uma exceção, incidente somente quando configurada a dependência econômica e nas hipóteses de incapacidade laboral permanente ou impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho.

- Demonstrado nos autos a existência de dependência financeira entre os cônjuges, devem ser estabelecidos os alimentos provisórios em favor do agravante.

- O Superior Tribunal de Justiça firmou o seu entendimento no sentido de que "os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem ser fixados por prazo certo, suficiente para, levando-se em conta as condições próprias do alimentado, permitir-lhe uma potencial inserção no mercado de trabalho em igualdade de condições com o alimentante" (REsp 1531920/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 11/04/2017).

- Os alimentos provisórios devem ser fixados na proporção das necessidades do alimentando e das possibilidades do alimentante, consoante o §1º, do artigo 1.694, do Código Civil.

-Diante da evolução do conceito de família, que passou a incluir entre seus membros os animais de estimação, dentro do conceito de família multiespécie, os custos com saúde e alimentação dos "pets"



deve ser suportado de forma solidária pelos cônjuges e, em caso de rompimento do núcleo familiar, são devidos alimentos ao cônjuge ou companheiro a quem competir a guarda dos animais (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2022, p. 01).

Nessa linha, cite-se o julgamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.713.167/SP, em 2018. Como se retira da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, “decerto, porém, que coube ao Código Civil o desenho da natureza jurídica dos animais, tendo o referido diploma os tipificado como coisas – não lhes atribuiu a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica, não podendo ser tidos como sujeitos de direitos – e, por conseguinte, objeto de propriedade. De fato, os animais, via de regra, se enquadram na categoria de bens semoventes, isto é, ‘móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico social’ (art. 82). Não há dúvidas de que o Código Civil tipificou-os na categoria das coisas e, como tal, são objetos de relações jurídicas, como se depreende da dicção dos arts. 82, 445, § 2.º, 936, 1.444, 1.445 e 1.446. Nessa perspectiva, resta saber se tais animais de companhia, nos dias atuais, em razão de sua categorização, devem ser tidos como simples coisas (inanimadas) ou se, ao revés, merecem tratamento peculiar diante da atual conjectura do conceito de família e sua função social” (TARTUCE, 2020).

A respeito dessa temática é importante salientar sobre o ativismo judicial, ao qual, expande o sentido e o alcance do ato normativo constitucionalista, por meio de uma interpretação judicial, isto acontece quando há uma retração do Poder Legislativo, havendo através das jurisprudências uma antecipação da formulação da legislação.

Grostein (2019) destaca que a atuação do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas em detrimento dos demais ramos institucionais, expande as fronteiras da província jurisdicional. De fato, é o ativismo, enquanto atitude prévia dos juízes, que condiciona a ocorrência ou não da judicialização. Visto que o ativismo judicial é a participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais, com maior interferência na atuação das necessidades sociais. Assim, nessa linha de pensamento a judicialização impõe a postura ativista atuante no Poder Judiciário (GROSTEIN, 2019).

Salienta-se que, nesse cenário as situações concretas num mundo do dever ser deveriam ser incorporadas pelo Direito, no entanto, é notório que existe um descompasso, uma vez que, a realidade social sempre antecedeu ao direito, de modo que, há a necessidade de se tornar os fatos em atos jurídicos. Assim, quando a legislação não alcança a necessidade social, é cabível ao juiz suprir a lacuna legislativa, pois o magistrado não

pode negar os direitos assecuratórios, por motivo de ausência normativa (GROSTEIN, 2019).

Dessa forma, a guarda compartilhada dos filhos no direito de família, por analogia é uma das soluções judiciais encontradas para solucionar os litígios que envolvem animais domésticos em casos de dissolução conjugal ou da união estável, demonstrando uma postura bastante ativa do Poder Judiciário.

Nota-se que, por falta de uma legislação específica que atenda a necessidade dessa problemática abordada no estudo científico, o presente instituto fica a cargo do mero entendimento do juiz, que pode ou não considerar a aplicação da guarda compartilhada, permitindo que aconteça no cenário jurisprudencial uma diversificação jurisprudencial.

Verifica-se que na atualidade há três correntes tanto na jurisprudência quanto doutrinária. A primeira reporta a elevar os animais ao *status* de pessoa, pois coloca o ser humano biologicamente como animal, ser vivo com capacidade de locomoção e de resposta a estímulos, por isso, os animais são atribuídos direitos de personalidade.

Medeiros (2018, p. 109) assevera que:

O animal como sujeito de direitos já é concebido por grande parte de doutrinadores jurídicos de todo o mundo. Um dos argumentos mais comuns para a defesa desta concepção é o de que, assim como as pessoas jurídicas ou morais possuem direitos de personalidade reconhecidos desde o momento em que registram seus atos constitutivos em órgão competente, e podem comparecer em Juízo para pleitear esses direitos, também os animais tornam-se sujeitos de direitos subjetivos por força das leis que os protegem e protegem seus interesses.

Já a segunda vertente entende que a melhor maneira é separar o conceito de pessoa e de sujeito de direito, possibilitando a proteção dos animais na qualidade de sujeito de direito sem personalidade, dando a proteção em razão do próprio animal, e não apenas como objeto (qualidade de patrimônio do seu proprietário) ou de direito difuso como forma de proteção ao meio ambiente (TARTUCE, 2020).

A ética do meio ambiente referida destaca o valor intrínseco das formas de vida além do ser humano. Quando se afirma a proteção dos maus tratos dos animais busca o reconhecimento de um valor inerente, pelo fato dele ser sujeito de uma vida. E cabe ao Estado prover proteção jurídica de quaisquer maus tratos aos animais (MEDEIROS, 2019), contudo, não se pode olvidar de que a personalidade é atribuída apenas ao homem, é por isso, que Medeiros (2019, p. 128) “[...] devem ter reconhecidas suas condições de sujeitos

de direito, saindo do *status* de coisas para uma terceira categoria, intermediária – nem coisa, nem pessoa – de sujeito”.

Por fim, a terceira é a mais tradicional, sendo que, os animais, mesmo aqueles de companhia ou estimação, pertencem dentro da categoria de coisas e bens, uma vez que, só o fato de o animal ser tido como de estimação, e havendo laços de afetividade na entidade familiar, não altera sua substância, a ponto de converter a natureza jurídica. O que se evidencia para a existência dessa corrente é a falta de uma legislação específica, uma vez que, mesmo que haja a corrente tradicional, o atual regramento jurídico dos bens para resolver, não se mostra satisfatoriamente para resolver tal disputa familiar (TARTUCE, 2020).

É importante destacar que não há dúvidas que a disputa da guarda dos animais domésticos é uma realidade pós-moderna, ao qual, é atribuída a esses seres um aspecto não patrimonial diante das significativas mudanças institucionais nas famílias, adquirindo novas molduras sociais. Isto é protegido na Carta Magna de 1988 que implicitamente protege a família sem suas diversas formas, com o reconhecimento da família multiespécie.

Ramos (2018, p. 169) defende que:

Ao considerar essa perspectiva lógica, tornou-se necessário, o implemento de dispositivo legal, que assim os definam. Em vista disso, os animais, como sujeitos de direito não humanos despersonalizados, poderiam ser “tutelados” e “representados” (enquanto integrantes da família multiespécie) e “representados” (quando não fossem integrados à família multiespécie), entretanto, em ambos os casos, estes figurariam como objetos dos deveres de proteção humana, o que os tornariam, portanto, sujeitos titulares de direito.

É por isso da relevância de uma norma que atende das necessidades desse novo modelo de família, pois os animais domésticos possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos nos entes familiares, totalmente diversos do que qualquer outro tipo de propriedade privada. Contudo, deve ponderar os princípios em conflito, para que se assegurem os direitos fundamentais e uma vida digna desses seres não humanos (TARTUCE, 2020).

Nesse contexto, a guarda de animais doméstico não pode ser tratada com banalidade, pois abre portas para implicações injustas e graves no ambiente social. De maneira que, a legislação não pode se omitir diante dessa nova realidade pós-moderna. O melhor caminho é uma legislação específica que atenda às necessidades dessa nova

concepção familiar, ao passo que, a melhor maneira é de separar o conceito de pessoa e de sujeito de direito, concedendo a proteção aos animais na qualidade de sujeito de direito sem personalidade e não apenas como objeto (uma propriedade), visto que, possuem vínculos afetivos.

Verifica-se que mesmo que as situações relativas a custódia e guarda de animais sejam similares de crianças e adolescentes, a condição desses seres não humanos são diferentes, é por isso que é imperativo a criação de um estatuto jurídico próprio que atenda às necessidades e singularidades das relações entre humanos e animais domésticos.

Issa (2018, p. 66) informa que:

O direito como instrumento de composição de conflitos deve racionalizar os fatos sociais, afastando qualquer tipo de preconceito, dogmas ou autoritarismo que em nada combinam com a diversidade. A lei precisa abarcar essa realidade, ao invés de buscar um ideal que não existe dentro das famílias, atendendo especificamente a essas demandas e às particularidades da relação entre humanos e pets. Sendo isso, não restam dúvidas sobre a possibilidade jurídica de demandas envolvendo a guarda dos pets.

Portanto, a elaboração de uma legislação específica é de extrema importância e de grande necessidade social, pois irá institucionalizar os interesses dos animais de estimação, bem como, posicionar o seu papel na sociedade pós-moderna e a nova realidade familiar. E com uma norma específica, promoverá significativas mudanças no campo judiciário, pois evitará demoradas discussões, entendimentos diversos sobre a questão da custódia do animal doméstico, evitando assim, o ativismo judicial e litígios entre os casais.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O tema levantado nesse estudo científico teve a preocupação de analisar a possibilidade de concessão de guarda compartilhada e a necessidade de uma legislação específica que abrange a guarda de animais doméstico a partir da dissolução da relação afetiva sob a óptica da família multiespécie, com o objetivo de atender as características únicas que os diferenciam dos humanos e também respeite os vínculos afetivos criados nessa nova concepção de família pós-moderna.

A problemática destacada é aliada ao fato do medo de criar personalidade jurídica para animais, de causar um problema ideológico quantos aos demais animais e grupos que presam pela vida animal. Em um país que grande parte do PIB se trata da área de criação de animais para o abate e consumo de sua carne, sendo muito pouco interessante que os demais animais além dos domésticos tenham personalidade, pois isso seria definido pela

ligação afetiva do indivíduo com o animal, ignorando a espécie do animal ou qualquer outra característica, podendo causar essa confusão quanto a limites.

Assim, o melhor caminho é legislação específica que atenda às necessidades dessa concepção familiar, e também o espaço dos animais de estimação no âmbito social. E a melhor maneira é de separar o conceito de pessoa e de sujeito de direito, uma vez que, numa legislação própria concederá a esses animais na qualidade de sujeito de direito sem personalidade e não apenas como objeto (uma propriedade).

É por isso, que a legislação específica sobre o respectivo tema é tão relevante, pois atenderá os pontos-chaves e parâmetros, na atual conjuntura a margem para mal entendimentos do poder e não poder normativo sobre a guarda de animais domésticos diante da ruptura de união ou dissolução conjugal.

A prerrogativa do uso de Lei como paralelo para amparar essas situações em alguns casos envolvendo animais domésticos pode ser válida como medida paliativa, mas não garante que as especificidades das situações geradas por esse tipo de situação sejam sanadas, sendo assim as ferramentas dispostas atualmente não são suficientes para que se atendam as demandas.

O cenário desses casos fica nebuloso partindo do pressuposto que a decisão sobre tal tema pode ficar vinculado ao entendimento e a empatia da figura decisória sobre cada uma das situações, sendo assim vinculados diretamente a pessoa que vai tomar a decisão, e uma situação arbitrária se considerar que não tem nenhuma forma legal de garantir que haja a padronização das decisões quanto a este tipo de situação.

De modo que, o número de acerto se compromete, se tornando abaixo do aceitável, uma vez que pessoas e animais neste cenário precisam de garantias e direitos explicitamente expostos para que fique claro quais os direitos a se mitigar quando entrar com ação jurídica referente a tal assunto.

Portanto, entende-se que é de fundamental importância a promulgação de uma lei que abrange o espaço dos animais de estimação no âmbito familiar brasileiro, pautando pela consideração dos laços afetivos criado, havendo a possibilidade da concessão da guarda compartilhada, contudo, deixando claro, que não pertencem ao mesmo espaço de sujeito de personalidade do ser humano.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Animais de estimação e a proteção do direito de família: Senciência e afeto**. Londrina: Editora Thoth, 2020.

ANDRÉ, Victor Conte. **Introdução ao estudo da responsabilidade civil**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

ANTUNES, Pedro Henrique Torquato Viana. **O Status jurídico dos animais não humanos e a sua situação nos casos de dissolução de sociedades conjugais em vida**. 105f. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Privado), Universidade Católica de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_PedroHenriqueTorquatoVianaAntunes\\_19058\\_Textocompleto.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PedroHenriqueTorquatoVianaAntunes_19058_Textocompleto.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. **Animais, Afeto e Direito**: Reflexões sobre a posição jurídica ocupa pelos pets na dissolução de sociedades conjugais. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

BARBOSA, Ingrid de Lima. **A Dissolução do Vínculo Conjugal na Família Multiespécie e a Tutela Jurídica dos Animais não-humanos como sujeitos de direitos**. 153f. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021. Disponível em: <[https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/45813/1/Dissolucaovinculoconjugal\\_Barbosa\\_2021.pdf](https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/45813/1/Dissolucaovinculoconjugal_Barbosa_2021.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Congresso Nacional**, Brasília, emenda constitucional nº 107, de 2020. 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 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Congresso Nacional**, Brasília, 2002. 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: 15 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Congresso Nacional**, Brasília, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. **Congresso Nacional**, Brasília, 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5197.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6515, de 26 de dezembro de 1977. Regula casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Congresso Nacional**, Brasília, 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)>. Acesso em: 05 out. 2022.



\_\_\_\_\_. Lei nº3071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Congresso Nacional**, Brasília, 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 05 out. 2022.

CALGARO, Gerson Amauri *et. al.* **Temas Contemporâneos de Direito de Família**. São Paulo: ST5, 2015.

COELHO, Chesly Alexandre. A Proteção dos Direitos dos Animais Domésticos no Brasil em face da sua Natureza Jurídica. **Revista Vertentes do Direito**, v. 09, n. 01, 2022. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/12851/20244>>. Acesso em: 05 nov. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, André Luís *et. al.* **Direito Animalista**. São Paulo: Dialética, 2022.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial: Análise comparativa do direito constitucional**. São Paulo: Almedina, 2019.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Estatísticas Sociais. **Agência IBGE Notícias**, 04 set. 2020. Disponível em: <[https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28793-pns-2019-sete-em-cada-dez-pessoas-que-procuram-o-mesmo-servico-de-saude-vao-a-rede-publica?fbclid=IwAR2Bt\\_3MwY5PbIJKm0\\_9NGiKoEyIeVtxfx-GtYMAfFgHAUdwLC-0z20wbs](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28793-pns-2019-sete-em-cada-dez-pessoas-que-procuram-o-mesmo-servico-de-saude-vao-a-rede-publica?fbclid=IwAR2Bt_3MwY5PbIJKm0_9NGiKoEyIeVtxfx-GtYMAfFgHAUdwLC-0z20wbs)>. Acesso em: 10 out. 2022.

ISSA, Raquel Prudente de Andrade Neder. **Animais não humanos nas relações familiares: Posse, guarda ou custódia?** 79f. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Privado), Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_IssaRP\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_IssaRP_1.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2022.

MEDEIROS, Carla de Abreu. **Do Antropocentrismo ao Ecocentrismo: Subjugando o dilema da (não) atributividade de direitos fundamentais aos animais em decorrência do princípio da senciência**. 137f. 2018. Dissertação (Mestrado em Tutelas à Efetivação de

Direitos Indisponíveis), Fundação Escola Superior Ministério Público, Porto Alegre, 2018. Disponível em: < <https://fmp.edu.br/wp-content/uploads/2018/11/CARLA-DE-ABREU-MEDEIROS-VERSAO-FINAL-POS-BANCA.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2022.

MEDEIROS, Carla de Abreu. **Direitos dos Animais: O Valor da Vida Animal à Luz do Princípio da Senciência**. Curitiba: Juruá, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos dos animais**. Bruxelas, 1978. Disponível em: < <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversaldosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

PRADO, Danda. **O que é Família**. Taubaté: Hedra, 2017.

PULZ, Renato Silvano; SCHEFFER, Gisele Kronhardt. **Direitos dos Animais na Legislação**. Divinópolis: Gulliver editora, 2021.

RAMOS, Andreia de Oliveira Bonifácio. **Desafios e perspectivas dos direitos dos animais na família contemporânea brasileira: uma abordagem da legislação do mundo da transformação**. 188f. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito), Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=6356449](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=6356449)>. Acesso em: 30 set. 2022.

SIERRA, Vânia Morales. **Família: Teorias e Debates**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Jurisprudência: Guarda de animais doméstico. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15976564&cdForo=0>>. Acesso em: 05 nov. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Jurisprudência: Guarda de Animais. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=guarda+animais&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma>>

=&descNorma=&complemento\_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 05 nov. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito civil:** obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

## RECUPERAÇÃO JUDICIAL APÓS UMA CRISE NA EMPRESA

**LAÉRCIO RAFAEL SCHNEIDER:**  
bacharel em Direito pelo Centro  
Universitário UNISEP.<sup>57</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem por escopo analisar e apontar possíveis motivos que podem levar a instauração de uma crise na empresa, bem como, os princípios levados em consideração para instauração do processo de recuperação judicial. Busca-se ainda, defender a aplicação de sanções mais rigorosas pelo descumprimento do plano de recuperação judicial às empresas que obtiverem a aprovação e concessão do respectivo pedido, e resistirem ao término do prazo de dois anos do regime de recuperação previsto no artigo 61, caput da lei 11.101/05, e que após esse prazo, descumprirem as obrigações contraídas no plano de recuperação judicial. Contudo, o fundamento da presente crítica, está calcado no prejuízo dos credores que invariavelmente, nesse caso em específico de deságio, não terão os seus créditos constituídos nas condições originalmente contratados, fato que caracteriza uma evidente vantagem para empresa devedora e irreparável prejuízo a todos os credores que ainda não tiveram satisfeitos todos os seus créditos. O objetivo dessa pesquisa é apontar uma falha legislativa no que tange ao descumprimento do plano após o período específico do devedor que se encontra em regime de recuperação judicial, pois oportuniza ao mesmo, o pagamento do saldo devedor baseado no crédito novado e afasta a possibilidade do credor em reconstituir seus créditos nas condições originalmente contratados.

**Palavras chave:** crise na empresa; recuperação judicial; falta de penalidades.

**ABSTRACT:** The scope of this paper is to analyze and point out possible reasons that may lead to the onset of a company crisis, as well as the principles are taken into consideration for the onset of the judicial reorganization process. It also seeks to defend the application of stricter sanctions for non-compliance with the judicial reorganization plan to companies that obtain approval and is granted the respective petition and resist the expiration of the two-year term of the rehabilitation regime provided for in article 61, the main section of law 11.101/05, and that after this term, fail to comply with the obligations contracted in the judicial rehabilitation plan. However, the basis of this criticism is based on the loss of creditors who invariably, in this specific case of discount, will not have their credits constituted under the conditions originally contracted, a fact that characterizes a clear advantage for the debtor company and irreparable damage to all creditors who have not yet had all their credits satisfied. This research aims to point out a legislative flaw regarding the non-compliance with the plan after the specific period of the debtor that is under

<sup>57</sup> Contato: laercioschneider@hotmail.com

judicial reorganization since it allows the debtor to pay the debit balance based on the novated credit and eliminates the possibility of the creditor reconstituting its credits in the originally contracted conditions.

**Key words:** company crisis; judicial reorganization; lack of penalties.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma breve explanação sobre os motivos da instauração de uma crise em determinada empresa, e também, os princípios que devem ser observados para preservação da empresa em apuros, bem como, a violação desses princípios.

A argumentação desse trabalho está voltada à defesa da incidência de penalidades para as empresas que obtiveram o benefício da recuperação judicial e superaram o término do prazo de dois anos, e que após o término desse prazo, descumpriram o previsto no respectivo plano de recuperação judicial, violando os princípios da preservação da empresa e da função social da mesma.

## 2. INSTAURAÇÃO DA CRISE NA EMPRESA

Atualmente pode-se afirmar de maneira geral, que vivemos uma fase de constantes mudanças sejam elas econômicas, tecnológicas, políticas, entre outras, onde se renovam constantemente os hábitos que influenciam significativamente no comportamento de consumo das pessoas e na economia em geral.

Essa constante mudança nos hábitos dos consumidores, impõe às empresas uma frequente fase de transformação e adaptação, a fim de satisfazer os desejos consumeristas dos usuários, tornando as mesmas, cada vez mais competitivas e agressivas no mercado de uma forma em geral.

Tais mudanças repentinas, exigem dos dirigentes e acionistas que identifiquem no mercado essas vicissitudes e interfiram de forma relevante e eficiente para a adaptação da empresa, nesse novo contexto de consumo.

A título exemplificativo, uma mudança na forma de consumo que certamente já causou significativas mutações de como determinadas empresas tiveram que se adaptar as alomorfias consumeristas é o comércio eletrônico, o qual rompeu barreiras tornando-se extremamente competitivo e eficiente em relação as empresas que atendem somente por meio de lojas físicas.

Com certeza o comércio eletrônico, oportunizado pela popularização dos meios de conexão à internet, proporciona um acesso amplo a inúmeros produtos aos consumidores, sem a necessidade de sair de casa, principalmente em tempos de pandemia, em que a necessidade de se manter em isolamento, acelerou ainda mais essa tendência mundial.

Invariavelmente, denota-se que na maioria dos casos uma crise instaura-se nas empresas por consequência das transformações tecnológicas e de consumo aplicadas no mercado e que não foram tempestivamente observadas pelos dirigentes e acionistas da empresa, ensejando dessa forma, na instauração de uma crise.

Nessa esteira aponta Tomazette:

O empresário que pede recuperação judicial reconhece estar passando por uma crise econômico-financeira, mas entende ser possível superar essa crise e manter a atividade em funcionamento. Para tanto, haverá um plano de recuperação judicial que indicará as medidas necessárias para a superação dessa crise, abarcando as obrigações que o devedor diz ter condições de cumprir. A adoção das medidas dependerá do consentimento da massa de credores, vale dizer, os credores consentem com as medidas do plano de recuperação judicial, dando um voto de confiança ao devedor para manter a atividade em funcionamento. (TOMAZETTE, 2017, p. 415).

Assim, destaca Coelho:

Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores (COELHO, 2016, p. 225).

Desta forma, Coelho conclui que nem toda empresa em crise, mesmo preenchendo os requisitos objetivos da recuperação judicial, possui organização



administrativa capaz e suficiente para afastar uma crise instaurada na empresa, pois os agentes empresariais demonstram-se lentos e atrofiados diante das mudanças de mercado, no passo em que essa mesma empresa não merece ser beneficiada pelo instituto da recuperação judicial.

### **3.RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO SOLUÇÃO DA CRISE**

Primeiramente é profícuo estabelecer como premissa do instituto da recuperação judicial, que a própria empresa devedora é o sujeito ativo do pedido de recuperação judicial, trata-se de um ato ou declaração de vontade unilateral da empresa devedora, a qual provoca o Estado-juiz para se submeter a um processo de recuperação da empresa em crise ao controle judicial, sem causar prejuízo para as deliberações dos credores no que lhes couber.

Como uma forma de solução para eventuais crises econômicas e financeiras, o advento da Lei 11.101/2005, também conhecida como a Lei de Falências, determina que se possa ser analisada como uma possibilidade jurídica de não se extinguir determinadas atividades empresárias, a fim de oportunizar a essas empresas uma nova chance de reorganizar suas estruturas econômicas abaladas pela crise, para eventualmente retomar o equilíbrio econômico e financeiro.

Assim analisa Fazzio Junior:

A atividade empresarial afeta o mercado e a sociedade. O modo de produção econômica, no sistema capitalista, é determinante das demais instâncias sociais. Por isso, o interesse de agir nos processos regidos pela LRE reside na necessidade de um provimento judiciário para deslindar não só a crise econômico-financeira de um empresário, mas toda espécie de relações daí decorrentes e suas repercussões sociais. (JUNIOR, 2016, p. 562).

Contudo, o intuito do instituto da recuperação judicial é demonstrar que com a promulgação da Lei 11.101/2005, que por sua vez não tem por único e simples objetivo a finalidade de salvar uma empresa em crise, mas sim, que seu escopo principal é o de proteger o interesse legítimo de todos aqueles que de uma forma ou de outra, direta ou indiretamente, são os beneficiados desta atividade empresária em crise.

Em resumo, a lei recuperacional objetiva algo que vai além do interesse próprio da empresa para sair da crise, ao passo em que ao ser efetivamente aplicado o plano de recuperação judicial, este se converge em desenvolvimento econômico e social para o

país, ou seja, a norma legal de recuperação busca albergar o princípio da função social desempenhada pela empresa.

Nessa esteira, conforme dispõe o artigo 47, da Lei 11.101/2005:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei 11.101/2005).

Nessa órbita, como dispõe a Lei 11.101/2005, as empresas não podem a bel prazer requerer o benefício da recuperação judicial, assim, para se obter essa benesse, a empresa em crise deve demonstrar a viabilidade de sua manutenção, com a apresentação de um plano de recuperação judicial capaz de vencer a crise, bem como, deve preencher os requisitos legais previstos em na lei recuperacional.

Por conseguinte, os requisitos legais para o deferimento do juiz ao plano de recuperação judicial da empresa em crise, estão previstos no artigo 48, da Lei 11.101/2005, quais sejam:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

§ 1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

§ 2º Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente (artigo 48 Lei 11.101/2005).

Assim, conforme o mencionado no art. 48, da lei 11.101/2005, observa-se que a efetiva vontade do legislador com o advento da Lei de recuperação judicial, ao tentar resgatar a empresa em crise, foi a de dar proteção ao interesse legítimo da coletividade.

#### **4. PRINCÍPIOS OBSERVADOS NA FASE DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Pode-se conceituar esse instituto da recuperação judicial, como um procedimento legal adotado por determinada empresa, que vivencia uma situação de crise econômica vista primeiramente como uma crise temporária, por meio do qual busca-se a superação da crise e a consequente proteção de princípios como o da preservação da empresa.

Pertinentemente, com esse instituto jurídico pelo qual se visa por meios legítimos, preservar a atividade empresarial para manutenção da fonte produtora de receitas, fonte de renda dos trabalhadores e a preservação dos interesses dos credores, setem por consequência, o atendimento ao princípio da função social da empresa que se encontra, por hora, em recuperação judicial.

Assim, o princípio da função social da empresa é um importante princípio albergado pela Lei 11.101/05, que ao tratar da recuperação judicial da empresa em crise, o supracitado princípio, previsto no artigo 5º, XXIII da Constituição Federal de 1988, é reconhecido expressamente pela Constituição Federal de 1988, como um dos princípios basilares da ordem econômica nacional.

Demais disso, nos exatos termos do art. 5º, caput, e inciso XXIII, Constituição Federal de 1988:

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:

(...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (Constituição Federal, 1988).

Nesse sentido, o papel desempenhado pelas empresas na sociedade deve ser respectivamente proporcional a sua condição de empreendimento, ou seja, ela deve ser vista como um meio fundamental no que tange a construção de uma sociedade mais igualitária e equilibrada financeiramente, fornecendo empregos com salários dignos, proporcionando oportunidades de geração de renda para outras empresas, ao efetuar suas compras, recolhendo impostos ao Estado que serão convertidos em benefícios para população em geral.

De fato, expõe Coelho:

A mais importante peça do processo de recuperação judicial é o plano de recuperação judicial (ou de “reorganização da empresa”). Depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e o cumprimento de sua função social. Se o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa se reestruturar e superar a crise em que mergulhar. (COELHO, 2016, p. 208).

Enfim, o referido instituto, busca manter a função social precípua das empresas, que por sua vez fazem a roda da economia girar, ou seja, essas premissas servem como funções básicas desses empreendimentos que devem ser consideradas na hipótese de deferimento da recuperação judicial pelo juízo recuperacional.

Nessa órbita, existem inúmeras razões benéficas de ordem econômica e social a serem consideradas para concessão da recuperação judicial da empresa em crise, e que devem ser consideradas na sua melhor forma como instituidora de empregos e pagadora de impostos que atendem aos interesses da coletividade, e que vão além das pretensões dos credores e até mesmo do seu próprio interesse de negócio, ou seja, a empresa em efetivo funcionamento atende acima de tudo ao interesse público.

## **5. DESCUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APÓS O PERÍODO REGIME ESPECÍFICO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Um dos primórdios objetivos da recuperação judicial é evitar a falência. Todavia não havendo a satisfação das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial, o legislador incisivamente elencou nos incisos do artigo 73 da Lei 11.101/05, algumas

possibilidades de decretação da falência durante o processo de cumprimento do plano de recuperação judicial.

Dessa forma expõe o art. 73, da Lei 11.101 de 2005:

Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

I – por deliberação da assembleia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;

II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;

III – quando não aplicado o disposto nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 56 desta Lei, ou rejeitado o plano de recuperação judicial proposto pelos credores, nos termos do § 7º do art. 56 e do art. 58-A desta Lei.

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do art. 61 desta Lei;

V – por descumprimento dos parcelamentos referidos no art. 68 desta Lei ou da transação prevista no art. 10 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; e

VI – quando identificado o esvaziamento patrimonial da devedora que implique liquidação substancial da empresa, em prejuízo de credores não sujeitos à recuperação judicial, inclusive Fazendas Públicas.

(...). (Art. 73, Lei 11.101/2005).

Em especial o inciso IV, do artigo 73 da Lei 11.101 de 2005, o qual trata da possibilidade de convalidação em falência do devedor que obteve a concessão da recuperação judicial e no período dos próximos dois anos após a concessão do pedido, “quando está em regime de recuperação judicial”, descumprir qualquer obrigação assumida no respectivo plano de recuperação.

Uma vez obtida a concessão da recuperação judicial, resta demonstrado que a empresa devedora recebeu um voto de confiança dos seus credores, bem como, por consequência, a empresa devedora será beneficiada por esse voto de confiança, com

a dilatação de prazos e abatimentos nos saldos devedores que serão objetos de novação, momento em que absorve um dever de reciprocidade com os credores pela confiança cedida.

Dessa forma expõe Fazzio Junior:

Isso não impede que qualquer credor requeira a falência do devedor se este descumprir qualquer obrigação integrante do plano aprovado. Aliás, o descumprimento de encargo assumido pelo devedor no plano já autoriza o juiz, independentemente de provocação, a convocar a recuperação judicial em falência. Se isso ocorrer, os credores terão seus direitos e garantias constituídos nas condições originais, com a dedução dos valores por ventura recebidos e ressalvada a validade dos atos praticados durante a recuperação judicial. (JUNIOR, 2016, p. 614).

No tocante, a empresa que descumprir qualquer uma das obrigações previstas no plano de recuperação judicial, desde logo estará se sujeitando as íras do artigo 73, IV, o qual prevê nesse caso, a possibilidade de convocação do plano de recuperação judicial em falência, que será decretada pelo juiz da causa falimentar.

Nota-se, que a força normativa concebida pelo legislador ao artigo 73, IV, da Lei 11.101 de 2005, astuciosamente faz incidir uma sanção ao devedor pelo descumprimento de qualquer uma das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial.

Dessa forma, enquanto o referido plano estiver em fase de cumprimento, ele protege ao mesmo tempo os direitos dos credores, prevendo a reconstituição de seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas em caso de violação do propósito firmado.

Assim, o artigo 73, inciso IV, da Lei 11.101 de 2005, comunica que durante a fase de cumprimento do plano de recuperação judicial, este possui dois vieses, o primeiro viés refere-se à convocação do plano de recuperação apresentado em falência em caso de descumprimento do propósito tratado, o qual se traduz em um caráter punitivo para a empresa pelo seu inadimplemento ao plano.

Ademais, o segundo viés, refere-se ao benefício ao devedor de reconstituição dos direitos e garantias do credor nas condições originalmente contratadas, o qual traduzo caráter protetivo aos direitos do credor.

Demais disso, expõe Tomazette:



Dentro dessa perspectiva, o devedor terá que cumprir as obrigações previstas no plano, sob pena de se quebrar a confiança depositada nele. Ademais, esse descumprimento das obrigações é suficiente para denotar a impossibilidade de superação da crise, isto é, é suficiente para fazer presumir uma insolvência irremediável do devedor. Desse modo, o descumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação judicial também representa um ato de falência. (TOMAZETTE, 2017, p. 415).

Porém, todavia, é profícuo salientar que nem todos os planos de recuperação judicial conseguem abranger o cumprimento das obrigações no prazo máximo concedido de dois anos, conforme previsto no artigo 61, caput da Lei 11.101/05.

Assim, muitas vezes o próprio fator crise pela qual passa o devedor, não permite a aprovação e o respectivo cumprimento do plano de recuperação judicial nesse prazo, que é de certa forma exíguo, permitindo-se assim o cumprimento da obrigação em prestações continuadas que excedem o período, sendo esse, o principal motivo pelo qual na maioria dos casos de recuperação de uma crise empresarial, o que se tem, são prazos mais dilatados podendo facilmente ultrapassar o prazo total de dois anos previstos em lei.

Nessa hipótese, não havendo a convalidação do plano de recuperação judicial em falência, dentro do prazo legal de dois anos estipulado para o cumprimento do respectivo plano, as obrigações nele assumidas pelo devedor e que não foram quitadas no respectivo prazo permanecem ativas.

Portanto, essas obrigações que permanecem, por sua vez, poderão ser exigidas em seu vencimento por qualquer um dos credores de acordo como o estabelecido no referido plano de recuperação judicial, e também, estes valores poderão exigir seu cumprimento por meio de execução específica, ou ainda, o credor poderá requerer a falência do devedor com base no disposto do artigo 94 da Lei 11.101/05.

Contudo, no caso de impontualidade injustificada do devedor após o biênio recuperatório, não há qualquer previsão legislativa no sentido de reconstituição dos direitos e garantias do credor nas condições originalmente contratadas.

No tocante, conclui Tomazette:

Os credores prejudicados pelo descumprimento do devedor posterior a esse período de dois anos podem buscar apenas o

cumprimento das obrigações assumidas no plano, mas inadimplidas. (TOMAZETTE, 2017, p. 416).

Nessa hipótese ao que parece, os critérios formais da lei invertem-se passando de certa forma a influir no sentido de desonerar o devedor do ônus do pagamento do valor da dívida inicial anterior ao plano, e que levou a recuperação judicial do devedor, aplicando-se o valor novado favorável a este.

Por outro lado, o legislador ordinário buscou extirpar, de certa forma, os direitos e garantias do credor que estão preservadas na sua forma originária até essa fase, e que posteriormente ao biênio recuperatório, deve arcar com o valor do deságio novado que foi acordado no momento da adesão ao plano recuperacional.

Dessa forma, facultar ao credor a possibilidade de requerer a execução específica do título judicial novado dando início à execução concursal ou de requerer a falência do devedor, por si só não significa proteção ao seu interesse financeiro e econômico como protegidos e estabelecidos anteriormente pela lei.

Por consequência, na medida em que tal situação traduz vantagem unicamente ao devedor, que mesmo tendo que adimplir a obrigação por força da execução, agora não sofre a penalidade da reconstituição das garantias na forma originalmente contratadas, estando obrigada apenas ao adimplemento do saldo devedor do valor novado mesmo havendo passivo suficiente para satisfação de todos os créditos em sua forma e valores originalmente contratados.

Para uma visão mais clara e apropriada sobre essa crítica à legislação, merece análise do julgado da data de 31/01/2018 da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná publicada pelo acórdão 1691057-3, quando na ocasião analisou-se o descumprimento do plano de recuperação judicial da empresa recuperanda Insol Intertrading do Brasil Indústria e Comércio S/A, a qual deixou de adimplir com a obrigação assumida no respectivo plano de recuperação junto à credora América Corretora de Mercadorias SS Limitada e que foi condenada ao pagamento do valor previsto na novação.

**Ementa:** Apelação Cível nº 1.691.057-3, da Comarca de Ponta Grossa - 2ª Vara Cível. Apelante: Insol Intertrading do Brasil Indústria e Comércio S/A. Apelada: América Corretora de Mercadorias SS Limitada. Relator: Des. Lauri Caetano da Silva recuperação judicial. Crédito incluído no quadro geral de credores. Descumprimento do plano de recuperação judicial. Credor que ajuíza ação de execução específica do crédito reconhecido pelo administrador judicial e não impugnado pela sociedade empresária

recuperanda. Embargos à execução. Pedido julgado improcedente. Recurso desprovido. O credor admitido na recuperação judicial pode promover a execução específica desse crédito quando ocorre o descumprimento do plano.

Processo: 16910573. Acórdão: 71763. Fonte: DJ:2209

Data Publicação: 28/02/2018 Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível.  
Data Julgamento: 31/01/2018.

Conforme extraído do presente julgado, a obrigação originalmente contratada pela devedora foi R\$ 110.271.71 (cento e dez mil, duzentos e setenta e um reais, e setenta e um centavos), dos quais a devedora antes de pedir a recuperação judicial pagou a importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), restando um saldo devedor na ordem de R\$ 60.271.71 (sessenta mil, duzentos e setenta e um reais, e setenta e um centavos).

Diante do pedido de recuperação judicial concedido, o valor de R\$ 60.271.71 (sessenta mil, duzentos e setenta e um reais, e setenta e um centavos) foi novado por R\$ 37.659,52 (trinta e sete mil, seiscentos e cinquenta e nove reais, e cinquenta e dois centavos), ou seja, a empresa credora despendeu um deságio de R\$ 22.612.19 (vinte e dois mil, seiscentos e doze reais, e dezenove centavos) do valor total do seu crédito inicial para se ter a aprovação do plano de recuperação judicial da empresa devedora, que, no entanto, de maneira mediata locupletou-se com a vantagem obtida pela novação, sendo assim, o credor teve que arcar com o valor do deságio.

Fica evidente nesse ponto, que a empresa devedora, se valendo das vantagens obtidas com novação da obrigação, percebida tanto pelo abatimento dos valores quanto pela dilatação dos prazos, pode após o exaurimento do prazo em regime de recuperação judicial intencionalmente deixar de cumprir as obrigações assumidas no plano de recuperação judicial, mesmo que esta tenha ativos suficientes para satisfação de todos os credores nos valores originalmente contratados.

Conclui-se, portanto, que é nesse momento é que insubsistente a penalidade prevista no artigo 61, parágrafo 1º, da Lei 11.101/2005, que prevê a reconstituição dos direitos e garantias na forma originalmente contratadas, e conforme o exemplificado no caso concreto, fica evidente que a somatória dessas diferenças financeiras obtidas com anovação, podem ser significativas e interessantes para o devedor.

## **6. CONCLUSÃO**

A recuperação judicial é um importante instituto inserido no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, mais importantes do que a norma norteadora do próprio instituto, estão em primeiro lugar os princípios que regem a respectiva norma, ou seja, a norma expressa pela Lei 11.101/2005, tem por objetivo a efetiva proteção de determinados princípios, aos quais efetivamente deve-se respeitar.

Nesse contexto, o instituto da recuperação judicial inserido no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser algo que quando utilizado atenda aos princípios que o fundaram e o regem, e os quais o instituto deve satisfação e respeito.

Como justificativa para invocar o instituto da recuperação judicial, via de regra a argumentação da empresa é voltada a atender o princípio da função social que a mesma desempenha perante a sociedade, albergando automaticamente o princípio da preservação da empresa.

Partindo desse pressuposto, surge o questionamento sobre a falta de penalidade para a empresa que descumpra as obrigações assumidas no plano de recuperação judicial perante os credores após o biênio recuperatório, pois nesse caso, evidencia-se a supressão do princípio da função social por parte da empresa devedora.

Conforme exposto no presente artigo, a empresa deixa de atender aos princípios da preservação da empresa e da função social quando após o biênio recuperatório descumpra o pagamento previsto no plano de recuperação judicial, motivo pelo qual, nas ações específicas de execução contra o devedor os direitos e as garantias do credor deveriam ser reconstituídos nas condições originalmente contratadas, como uma forma de penalizar o devedor pelo seu descumprimento ao pagamento, sob pena dos valores, interesses e benefícios albergados pelo princípio da função social inverter-se em favor da individualidade da empresa devedora.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial**/ Marcelo M. Bertoldi, Marcia Carla Pereira Ribeiro. – 9. Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de direito comercial**, volume 3: direito de empresas/ Fábio Ulhôa Coelho. – 17. Ed. rev., atual. e amplia. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Manual de direito comercial** (livro eletrônico): direito da empresa/Fábio Ulhôa Coelho. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**/Waldo Fazzio Júnior. – 16.ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**/Waldo Fazzio Júnior. – 17.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**, v. 3 / Marlon Tomazette. – 5. ed. rev. e atual – São Paulo: Atlas, 2017.

## O SILÊNCIO PARCIAL VERTICAL DO INVESTIGADO/ACUSADO: POSSIBILIDADES E REPERCUSSÕES À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

**ALLISON NUNES EULAMPIO:**

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Pós-graduado em Segurança Pública e Polícia Judiciária pela Faculdade Supremo (2022). Delegado de Polícia vinculado à Polícia Civil de Pernambuco desde 2018<sup>58</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo principal discutir a possibilidade do exercício do silêncio parcial vertical por parte do investigado/acusado. Para tanto, aborda inicialmente o direito ao silêncio no ordenamento jurídico pátrio, discutindo a diferença entre o silêncio parcial horizontal e vertical. Em seguida, enuncia a possibilidade do exercício do silêncio parcial vertical, bem como eventuais repercussões jurídicas à luz da Doutrina e Jurisprudência pátrias. Como aporte teórico foram utilizados os estudos de Costa (2015); Lima (2022); Muccio (2011) entre outros. As discussões realizadas possibilitaram concluir que, conforme entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, ao investigado/acusado é facultado responder apenas as perguntas que lhe convierem, sendo que, segundo parcela da Doutrina pátria, o exercício do silêncio parcial vertical pode ser considerado indício desfavorável.

**Palavras-chave:** Direito ao silêncio; silêncio parcial vertical; possibilidade; repercussões jurídicas.

**ABSTRACT:** The main objective of this article is to discuss the possibility of the exercise of vertical partial silence on the part of the investigated/accused. To do so, it initially addresses the right to silence of the investigated/accused in the national legal system, discussing the difference between horizontal and vertical partial silence. Then, it enunciates the possibility of exercising vertical partial silence, as well as its possible legal repercussions in the light of the country's Doctrine and Jurisprudence. As theoretical support, studies by Costa (2015); Lima (2022); Muccio (2011) among others. The discussions held made it possible to conclude that, according to a recent understanding of the Superior Court of Justice, the investigated/accused is allowed to answer only the questions that suit him, and, according

---

58 Contato: allison.nunes@hotmail.com



to part of the homeland Doctrine, the exercise of partial vertical silence can be considered an unfavorable sign.

**Keywords:** Right to silence; vertical partial silence; possibility; legal repercussions.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O Nemo Tenetur Se Detegere: Considerações Gerais. 3. O Interrogatório do Investigado/Acusado: Conceito e Natureza Jurídica. 4. Silêncio Total e Silêncio Parcial (Horizontal e Vertical). 4.1. O silêncio parcial vertical: possibilidades e repercussões jurídicas . 5. Considerações Finais. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O direito ao silêncio, modalidade de autodefesa exercida por aquele contra quem recai uma imputação penal, encontra-se previsto expressamente no art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal e configura decorrência do consagrado *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Também de estatura constitucional, encontra-se previsto no ordenamento pátrio o direito à segurança, nos arts. 5º, *caput*, 6º e 144 da Constituição Federal, como instrumento de proteção estatal aos bens jurídicos.

Nesse contexto, frequentemente surgem situações de colisão entre os direitos acima mencionados, de modo que, ao se garantir de forma efetiva um deles, acaba-se por preterir a efetividade do outro.

Por esse motivo se adota a tese de que o princípio da proporcionalidade tem dupla vertente, a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente. Ou seja, o Estado não pode se exceder na intromissão em direitos fundamentais, porém não é adequado proteger de forma deficiente direitos outros também de estatura constitucional que visam ao atendimento do interesse público.

No que se refere ao primeiro direito acima mencionado, qual seja, o direito ao silêncio, encontra-se na doutrina a classificação do citado direito em silêncio total e silêncio parcial, dividindo-se este em silêncio parcial horizontal e vertical.

Tendo a classificação acima como norte, a presente pesquisa visa aferir a possibilidade do exercício do silêncio parcial vertical no ordenamento pátrio e suas possíveis repercussões jurídicas.

A pesquisa se justifica no fato de que, hodiernamente, vem sendo cada vez mais frequentes as situações em que investigados/acusados comparecem ao ato de interrogatório com o propósito tão somente de responderem aos questionamentos da

defesa técnica, ou aos quesitos que lhes possam trazer algum favorecimento, sendo relevante perquirir se tal conduta pode ensejar algum tipo de repercussão jurídica, notadamente na formação do convencimento do delegado de polícia, quando na fase do inquérito, ou do julgador, quando na ação penal.

Outrossim, também será analisado de que forma o silêncio parcial pode contribuir com a busca pela verdade possível dentro do processo criminal, mormente quando em cotejo com outras informações contidas no processo, na perspectiva do interrogatório como meio de defesa e, também, como meio de prova (MUCCIO, 2011), dada sua natureza jurídica mista.

Assim, revela-se como problema a ser respondido pela presente pesquisa: é possível o exercício do silêncio parcial vertical pelo investigado/acusado, daí podendo advir, em caso positivo, alguma consequência jurídica?

Como forma de responder ao problema proposto, o estudo será realizado através da metodologia de pesquisa bibliográfica, analisando-se também entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

## 2. O *NEMU TENETUR SE DETEGERE*. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O princípio *nemo tenetur se detegere*, previsto tanto em tratados internacionais de Direitos Humanos quanto na Constituição Federal de 1988, preconiza, grosso modo, que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Nesse contexto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em vigor no Brasil desde 1992, assim preceitua, em seu art. 8º, §2º, "g":

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Seguindo a mesma diretriz, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXIII, estabelece que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" (CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988).

No léxico de Lima (2020, p. 70), trata-se de “uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação”.

Lopes Júnior, ao tratar sobre o *nemo tenetur se detegere*, ensina ser este o princípio segundo o qual “o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório” (2022, p. 117).

Na legislação infraconstitucional, o direito ao silêncio encontra guarida no art. 186 do Código de Processo Penal, o qual aduz que, antes de iniciar o interrogatório, o acusado será informado pelo juiz do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Diante do exposto, pode-se concluir que, numa análise inicial, o acusado/investigado, amparado no direito ao silêncio, corolário do princípio *nemo tenetur se detegere*, não é obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas no ato do interrogatório, não podendo, ainda, sofrer qualquer prejuízo decorrente desta omissão.

### **3. O INTERROGATÓRIO DO INVESTIGADO/ACUSADO: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA**

Tanto na fase do inquérito policial quanto na ação penal, o interrogatório é o momento de que dispõe o investigado/acusado para, diretamente, e caso queira, apresentar sua versão acerca da imputação que recai sobre sua pessoa, podendo indicar meios de prova, apresentar álibis, justificar atitudes ou, se assim o desejar, ficar em silêncio.

No que se refere à natureza jurídica do interrogatório, há, predominantemente, 03 (três) correntes na doutrina, sendo elas:

- a) meio de prova, segundo a qual o investigado/acusado é objeto de prova e, portanto, não pode deixar de responder às perguntas que lhe forem feitas, sendo-lhe objetado invocar o direito ao silêncio. Num sistema inquisitivo, a tendência é considerar o interrogatório como meio de prova;
- b) meio de defesa: por esta corrente, o interrogatório constitui meio de defesa, tendo em vista que o investigado/acusado não é obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, forte no direito ao silêncio, não podendo desta recusa advir qualquer prejuízo à sua defesa;

c) mista: pela corrente denominada mista, o interrogatório se trata, predominantemente, de meio de defesa, podendo constituir meio de prova quando o investigado/acusado opta por responder às indagações a ele formuladas.

Apesar das discussões quanto à natureza jurídica do interrogatório, revela-se improdutivo o seu aprofundamento, posto que, conforme Duclerc (2006, p. 252) *apud* Lopes Jr., as alternativas “meio de prova” e “meio de defesa” inevitavelmente coexistem. Aduz aquele doutrinador:

[...] se de um lado potencializamos o caráter de meio de defesa, não negamos que ele também acaba servindo como meio de prova, até porque ingressa na complexidade do conjunto de fatores psicológicos que norteiam o *sentire* judicial materializado na sentença. (LOPES JR., 2022, p. 512).

Ou seja, pelas lições do renomado jurista, não há como negar que o interrogatório, inevitavelmente, influi psicologicamente o magistrado quando da prolação da sentença penal. Aqui se impõe destacar que não apenas partes do interrogatório influem no *animus* do magistrado, mas o interrogatório em seu todo considerado, conforme será mais bem trabalhado nos próximos tópicos do presente trabalho.

É justamente no momento do interrogatório que o acusado/investigado poderá exercer seu direito constitucional ao silêncio, recusando-se a responder as indagações que lhe forem formuladas pela autoridade policial ou pelo magistrado.

Questão relevante e controvertida que vem gerando debates na doutrina e nos tribunais pátrios reside na possibilidade de o investigado/acusado responder apenas parte das perguntas a ele formuladas, é dizer, apenas às indagações que lhe forem convenientes, tais como as perguntas feitas pela defesa técnica, e quais as repercussões jurídicas daí advindas, ponto este o qual será trabalhado em tópico ulterior do presente trabalho.

#### **4. SILÊNCIO TOTAL E SILÊNCIO PARCIAL (HORIZONTAL E VERTICAL)**

O exercício do direito ao silêncio pode ocorrer de modo total, ou seja, quando o investigado/acusado se recusa a responder a qualquer indagação que lhe seja formulada, ou parcial, subdividindo-se este em silêncio parcial horizontal e silêncio parcial vertical.

O silêncio parcial horizontal ocorre quando, em um interrogatório, o agente exerce seu direito constitucional ao silêncio, mas não o faz em outro. Noutro giro, o silêncio parcial vertical se dá quando, no mesmo interrogatório, o acusado opta por responder apenas a algumas das perguntas formuladas, quedando-se silente quanto às demais.

Nesse sentido, quanto ao silêncio parcial horizontal, segue o léxico de Haddad (2005, p. 70-71, *apud* Lima, 2022, p. 78):

**silêncio parcial horizontal ou momentâneo:** o agente se cala completamente em um dos interrogatórios, mas não em outro ou outros. Funciona, pois, como exercício regular do direito ao silêncio. O agente manifesta, portanto, sua vontade de não constituir meio de prova, *in casu*, o interrogatório, daí porque se entende que nenhuma consequência prejudicial poderá ser extraída em seu desfavor (negrito original).

Quando ao silêncio parcial vertical, Lima leciona que o instituto se configura quando:

(...) em um só depoimento, o agente responde a algumas indagações e outras ou deixa sem resposta nenhuma, ou responde lacunosa ou deficientemente. Não há silêncio parcial vertical na hipótese de o interrogando apenas negar sua culpa e nada mais responder, nem tampouco na hipótese em que responde a todas as perguntas sobre um dos fatos imputados e não as referentes a outros. (LIMA, 2022, p. 78).

Geralmente se observa a ocorrência do silêncio parcial vertical quando o acusado, já no início do interrogatório, manifesta expressamente que irá responder tão somente às perguntas formuladas pela defesa técnica. É essa subespécie de direito ao silêncio que será detalhada adiante.

#### **4.1. SILÊNCIO PARCIAL VERTICAL: POSSIBILIDADE E EVENTUAIS REPERCUSSÕES JURÍDICAS**

Atualmente, o debate sobre a possibilidade de o acusado responder apenas às perguntas da defesa, ou seja, de exercer seu direito ao silêncio parcial vertical, tornou-se ainda mais relevante dada a incidência cada vez maior da citada estratégia pelas defesas técnicas, tanto que o debate chegou ao Superior Tribunal de Justiça.

Através da 6ª Turma, o STJ decidiu, no julgamento do HC 703.978, pela possibilidade de o acusado responder apenas às perguntas da defesa técnica, cassando decisão de pronúncia proferida contra um homem acusado de homicídio, contra quem fora cerceado o direito ao silêncio seletivo. Confira-se ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. PRIMEIRA FASE DO JÚRI. NULIDADE DO INTERROGATÓRIO. RECUSA DE RESPONDER PERGUNTAS AO JUÍZO. CERCEADO QUESTIONAMENTOS DEFENSIVOS. ILEGALIDADE CONSTATADA. 1. O artigo 186 do CPP estipula que, depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas 2. O interrogatório, como meio de defesa, implica ao imputado a possibilidade de responder a todas, nenhuma ou a apenas algumas perguntas direcionadas ao acusado, que tem direito de poder escolher a estratégia que melhor lhe aprouver à sua defesa. 3. Verifica-se a ilegalidade diante do precoce encerramento do interrogatório do paciente, após manifestação do desejo de não responder às perguntas do juízo condutor do processo, senão do seu advogado, sendo excluída a possibilidade de ser questionado pelo seu defensor técnico. 4. Concessão do habeas corpus. Cassação da sentença de pronúncia, a fim de que seja realizado novo interrogatório do paciente na Ação Penal n. 5011269-74.202.8.24.0011/SC, oportunidade na qual deve ser-lhe assegurado o direito ao silêncio (total ou parcial), respondendo às perguntas de sua defesa técnica, e exercendo diretamente a ampla defesa (HC 703.978/SC, Rel. Min. Olindo Menezes [Desembargador convocado do TRF 1ª Região], Sexta Turma, Brasília, 05/04/2022, DJ 07 abr 2022).

No mesmo sentido é o léxico de Lima:

Firmada a premissa de que o acusado é titular do direito ao silêncio, e que tal direito pode ser exercido de maneira total ou parcial, é de rigor a conclusão no sentido que, da mesma forma que o acusado pode optar por não responder a nenhuma pergunta, permanecendo em silêncio total durante seu interrogatório, também pode optar por responder a todas as perguntas que lhe forem feitas pelos diversos agentes jurídicos (Juiz, Promotor de Justiça, advogado do assistente de acusação, do querelante), ou apenas aos questionamentos formulados por seu defensor (LIMA, 2022, p. 78).

Em que pese a decisão acima, o tema não se encontra pacificado nas discussões jurídicas, havendo posicionamento doutrinário em sentido contrário.

Com efeito, Muccio entende não ser possível que o acusado escolha as perguntas que deseja responder, posicionando-se, portanto, contrariamente à possibilidade do



silêncio seletivo, argumentando que o interrogatório também é considerado meio de prova. Nas lições do citado doutrinador:

Defendemos que a opção pelo direito ao silêncio deve ser exercida para o todo, e não pergunta por pergunta. Ou o acusado faz opção por permanecer calado, quando não responderá acerca do fato que é objeto da imputação, ou opta por falar, quando não poderá recusar qualquer pergunta. Se o interrogatório também é meio de prova, não é razoável que se dê ao acusado o direito de escolher as perguntas que deseja e as que não deseja responder (MUCCIO, 2011, p. 896).

Em que pese o posicionamento supratranscrito, tem-se que tolher ao acusado o direito de se valer do silêncio seletivo não parece ser a opção adequada, mormente diante da recente decisão colegiada proferida pelo Superior Tribunal de Justiça e da própria garantia da ampla defesa, a qual ostenta envergadura constitucional (art. 5º, LV da CF/1988).

Ocorre que o julgado analisado abordou tão somente a possibilidade de o acusado se valer do silêncio parcial, não adentrando, contudo, em suas possíveis repercussões jurídicas, as quais são encontradas em âmbito doutrinário.

Lima (2022, p. 79) entende que o exercício do direito ao silêncio pode gerar nenhuma consequência desfavorável ao acusado, alertando que caso “fosse possível a extração de alguma consequência prejudicial ao acusado por conta de seu exercício, estar-se ia negando a própria existência desse direito”. Contudo, há posicionamentos doutrinários convincentes em sentido contrário, notadamente quanto às possíveis consequências jurídicas advindas do exercício do silêncio parcial vertical.

Nesse diapasão, doutrinadores de renome têm defendido que, conquanto o acusado possa responder apenas às perguntas que lhe sejam convenientes a partir de sua estratégia defensiva, não se pode negar evidente repercussão negativa quando da valoração do silêncio parcial vertical, posto que, neste caso, o investigado ou acusado voluntariamente se converte em meio de prova ao optar por responder algumas perguntas formuladas, submetendo, por conseguinte, seu interrogatório à livre valoração probatória (ROXIN, 2003, p. 109, *apud* COSTA, 2019, 258).

Ou seja, o acusado pode livremente escolher quais perguntas responder, mas não lhe é dado decidir qual parte do interrogatório produzirá efeitos.

Na mesma toada, Oliveira (2009, p. 186) leciona que o depoimento livremente prestado pode constituir “prova *eficaz* diante de eventual inconsistência lógica ou argumentativa”.

Malaquias (2014, p. 145), no mesmo sentido, assevera que “se o réu opta por algumas perguntas e prefere excluir outros questionamentos, demonstra inconsistência em sua defesa”.

Ou seja, a inidoneidade e incoerência de um interrogatório, reveladas através do silêncio seletivo do investigado/acusado, podem repercutir negativamente no julgamento ou no ato de indiciamento, podendo consubstanciar elemento de convencimento daquele que irá apreciar o arcabouço probatório em seu conjunto.

Imagine-se, por exemplo, a situação em que, durante cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência de investigado por crime de homicídio, policiais civis localizem uma arma de fogo no interior do imóvel. Realizada perícia de microcomparação balística com projéteis apreendidos no local do crime, chega-se à conclusão que os projéteis foram percutidos pela mencionada arma de fogo apreendida.

Em interrogatório, o investigado responde algumas perguntas, notadamente quanto à autoria do crime de homicídio, negando-a genericamente, porém opta por silenciar quanto às perguntas envolvendo a arma de fogo apreendida em sua residência e comprovadamente utilizada na prática do crime investigado.

Parece lógico que o silêncio seletivo do acusado, no caso acima citado e em outros semelhantes, consubstanciará elemento de convicção do julgador quando da apreciação de todo o conjunto probatório trazido a julgamento, forte no princípio da livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, conforme preconiza o art. 155 do Código de Processo Penal.

Rememore-se, por oportuno, as lições de Duclerc (2006) *apud* Lopes Jr. (2022), mencionadas alhures, no sentido de que o interrogatório tanto constitui meio de defesa quanto meio de prova, posto que, inevitavelmente, ingressa na complexidade dos fatores psicológicos que norteiam o *sentire* do julgador materializado na sentença.

Ou seja, no caso acima, evidente que o silêncio parcial do acusado, ao negar a autoria delitiva, mas calar quanto às perguntas referentes à arma de fogo encontrada no interior de sua residência e comprovadamente utilizada para o cometimento do delito, ingressará na complexidade dos fatores psicológicos que nortearão o magistrado quando do julgamento do caso.

Também costumam ocorrer casos, no meio investigativo, em que aparelhos telefônicos de investigados são apreendidos durante cumprimento de mandados de busca

e apreensão e, num segundo momento, durante a extração dos dados do dispositivo, realizada após autorização judicial, são coletados e transcritos vários áudios enviados pelo investigado mencionando e assumindo para alguém de seu convívio a autoria do crime investigado.

Durante interrogatório policial ou judicial, o autor nega a autoria delitiva, apresenta álibis não comprovados, mas quando confrontado com os áudios extraídos de seu aparelho telefônico, decide reservar-se ao direito constitucional ao silêncio.

Mais uma vez, revela-se inegável que o silêncio seletivo do acusado, na circunstância referida, será elemento de convencimento do juiz da causa, integrando o *sentire* judicial materializado na sentença.

Ora, se o silêncio seletivo constituirá elemento para formação do convencimento do juiz, necessário que o magistrado fundamente a conclusão revelada na sentença judicial, consoante art. 93, IX da Constituição Federal.

Para tanto, o silêncio parcial vertical do investigado ou acusado pode ser utilizado como fundamento quando da elaboração do relatório conclusivo de inquérito policial pelo delegado de polícia, e notadamente quando da prolação de sentença judicial pelo magistrado, devendo ser considerado prova indiciária, na forma do art. 239 do Código de Processo Penal, podendo lastrear eventual decreto condenatório, sobremaneira quando em harmonia com outros elementos de prova produzidos.

Ou seja, sendo considerado indício desfavorável, e havendo outros elementos de prova que reforcem a hipótese acusatória, evidente que o silêncio parcial pode e deve ser utilizado como fundamento para a condenação, forte no dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais previsto no já citado art. 93, IX da Constituição Federal, notadamente quanto o silêncio parcial tenha sido utilizado para a formação do convencimento do julgador.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito ao silêncio, decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, encontra-se previsto tanto em tratados internacionais de direitos humanos quanto na Constituição Federal de 1988, não havendo maiores divergências quanto ao regramento segundo o qual o investigado ou acusado tem o direito de permanecer em silêncio sem que tal fato seja prejudicial à sua defesa.

Durante o desenvolvimento do presente trabalho, buscou-se diferenciar o silêncio total do silêncio parcial e, quanto a este, o silêncio parcial horizontal do silêncio parcial vertical, consistindo este na possibilidade de o investigado ou acusado, no mesmo interrogatório, responder algumas das perguntas formuladas e quedar-se silente quanto às demais.

Nesse diapasão, conforme explanado, têm sido cada vez mais frequentes as ocasiões em que autores de crimes optam por exercerem o silêncio parcial vertical, ou seja, responderem tão somente às perguntas da defesa técnica, ou somente às indagações que lhes convierem, calando-se quanto às perguntas dos demais atores do processo ou quanto àquelas que possam lhe implicar algum comprometimento.

Durante as pesquisas, verificou-se que o entendimento jurisprudencial mais recente, consubstanciado em decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Habeas Corpus* HC: 703.978, possibilita ao acusado responder apenas às perguntas da defesa, sendo nulo o interrogatório em que lhe é negado esse direito.

Adentrando na seara doutrinária, com o objetivo de analisar possíveis repercussões jurídicas ao chamado silêncio seletivo do acusado/investigado e como forma de efetivar o princípio da proporcionalidade, no contexto da colisão entre o direito ao silêncio, de um lado, e o direito à segurança, de outro, perquiriu-se inicialmente acerca da natureza jurídica do interrogatório, sendo possível concluir que se trata prioritariamente de meio de defesa, podendo também caracterizar meio de prova quando o interrogado opta voluntariamente por falar.

Constatou-se que o interrogatório, em seu todo considerado, ou seja, tanto nas perguntas respondidas, quanto nos pontos em que o interrogado se queda silente sobre questões que o incriminam, inevitavelmente ingressa no manancial de fatores psicológicos que influem no *sentire* judicial quando da prolação de decisão ou de sentença judicial, podendo constituir, portanto, elemento para a formação do convencimento do julgador, notadamente quando em harmonia com outros elementos probatórios que corroborem a hipótese acusatória.

De mais a mais, destacou-se, também, a previsão constitucional da necessidade de motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX da Carta Magna.

Nesse contexto, e conforme entendimento de parcela da Doutrina brasileira, concluiu-se que, sendo o interrogatório, também, meio de prova, pode o silêncio parcial vertical do acusado (ou investigado), a depender do caso concreto, constituir prova indiciária em seu desfavor.

Destarte, o silêncio parcial vertical pode ser utilizado como fundamentação em eventual ato de indiciamento por parte do delegado de polícia, ou até mesmo em prolação de sentença condenatória por parte do julgador, na forma do art. 93, IX da CF, quando o silêncio seletivo for utilizado para a formação do convencimento do magistrado na análise do arcabouço probatório em seu conjunto.

## 6. REFERÊNCIAS

BASTOS, C. L; KELLER, V. **Aprendendo a aprender**. Petrópolis: Vozes, 1995.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 703.978/SC**, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, Brasília, 05/04/2022, DJ 07 abr 2022.

BRASIL. Código de processo penal (1941). In: ANGER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito**. 8. ed. São Paulo: RIDEEL, 2010.

COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e Mentira como Prova e a Colaboração Premiada. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Judpodivm, 2015.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 11ª Ed. São Paulo: Juspodivm, 2022

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **Princípio nemo tenetur se detegere no Estado democrático de direito**. Revista dos Tribunais. Vol. 941/2014 - p. 145 | Mar / 2014DTR\2014\910

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2011.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 186 (itálico no original).

SEVERINO, A. J. **Metodologia do Trabalho Científico**. São Paulo, SP: Cortez, 2007.





## A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

**VANIA FERREIRA DUTRA:**  
Graduada em Direito pela  
Universidade Brasil -  
Campus Fernandópolis/SP.<sup>59</sup>

ALEX APPOLONI

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar a efetividade do provimento do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. A análise será executada na temática do direito à saúde, referido no artigo 196 da Constituição Federal do Brasil. A pesquisa será exercida quanto à judicialização do direito à saúde em contrapartida à aplicação do princípio da reserva do possível, instituto contestado pela doutrina e pela jurisprudência, como elemento restritivo ao exercício do direito à saúde. A responsabilidade de legitimação desses direitos é da Administração Pública, e quando ultrajado necessita de intervenção do Poder Judiciário, sendo admitida exclusivamente em episódios de inércia do Poder Executivo. Assim sendo, considera-se que efetivação do direito à saúde na Constituição Federal implica na obrigação de agir do Estado para sua concretização. No que tange a forma metodológica será realizada uma pesquisa exploratória, buscando entender a questionável aplicabilidade do direito à saúde e o princípio da reserva do possível.

**Palavras-chave:** Direito à Saúde. Reserva do possível. Judicialização.

**ABSTRACT:** The present study aims to analyze the effectiveness of the provision of the right to health in the Brazilian legal system. The analysis will be carried out on the theme of the right to health, referred to in Article 196 of the Federal Constitution of Brazil. The research will be carried out as regards the judicialization of the right to health in return for the application of the principle of the reservation of the possible, an institute challenged by legal literature and case-law, as a factor restricting the exercise of the right to health. The responsibility for legitimizing these rights lies with the Public Administration, and when outraged it needs the intervention of the Judiciary, being admitted exclusively in episodes of inertia of the Executive Power. Thus, it is considered that the implementation of the right to health in the Federal Constitution implies the obligation of the State to act to implement it. Regarding the methodological form, exploratory research will be carried out, seeking to

<sup>59</sup> Contato: vaniadutra32@gmail.com

understand the questionable applicability of the right to health and the principle of reserving the possible.

**Keywords:** Right to Health. Reservation of the possible. Judicialization.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL. 2 DIREITO COMPARADO. 2.1 Estados Unidos da América do Norte (EUA). 2.2 Canadá. 2.3 França. 2.4 Inglaterra. 3. A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO - JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. 4. O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde se torna determinante à medida que esteja disponível para todos. O ordenamento jurídico deve instituir procedimentos suficientes para possibilitar que todo cidadão tenha seu direito assegurado.

Assim, compreende-se que é de suma relevância a efetividade do direito à saúde, posto que as políticas públicas para a saúde são indispensáveis à coletividade. Consequentemente, a saúde deve obter custódia integral por parte do Estado, com assistência que assegure a efetividade do direito.

A judicialização do direito à saúde é consequência da inércia do Estado em prover a garantia efetiva deste direito, dado que demonstrou ser uma técnica muito utilizada para a conservação do direito prejudicado.

O desfecho para o problema da impermanência do direito à saúde provém de forma efetiva mediante autorização do Judiciário, contudo essa deliberação pode acarretar um comprometimento orçamentário, considerando que ao despender uma concessão de alto valor a um único cidadão, outros pacientes deixariam de serem atendidos, pois os recursos restariam prejudicados, inviabilizando a concretização da universalidade do SUS.

No Brasil, a demanda da precariedade do SUS é roteiro constante de questões de caráter político, econômico e social, mas a análise referente ao tema ocasionalmente é explorada, razão pela qual o presente estudo busca oferecer uma breve discussão sobre a matéria da judicialização como evidência da ineficácia e inércia do Poder Público no oportuno acolhimento às demandas da saúde pública.

Este trabalho objetiva analisar a eficácia da prestação do direito à saúde, garantia assegurada pela Constituição Federal de 1988 em contrapartida com a aplicação do princípio da reserva do possível e demonstrar se o Estado está garantindo de modo pleno o direito fundamental social à saúde e analisar a disponibilidade desse direito considerando a omissão de políticas públicas por parte dos entes federados frente à judicialização da saúde no Brasil.

A escolha do tema justifica-se pela inquietude com a ineficácia do direito fundamental à saúde, ainda que a Constituição Federal tenha determinado a obrigação de disciplinar políticas públicas para que o direito seja alcançado pelos brasileiros.

Em termos metodológicos será utilizada a técnica de pesquisa exploratória, de fontes secundárias, de resultados qualitativos no intuito de realizar análise do tema, além da pesquisa documental. Será realizada uma pesquisa exploratória, procurando entender a problemática do direito à saúde e o princípio da reserva do possível.

## **1.0 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

A Constituição Federal de 1988 teve atuação precursora na organização e delimitação da saúde pública no Brasil, evidenciando normas estabelecedoras dos direitos fundamentais e assegurando sua imediata aplicação. Incluiu em seu escopo os preceitos de: universalidade, descentralização, hierarquização, regionalização e participação popular, sendo estes os princípios doutrinários do Sistema Único de Saúde - SUS.

Segundo Flávia Piovesan (2003, p. 350):

As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, cabendo aos poderes públicos conferir eficácia máxima imediata a todo e qualquer preceito constitucional definido de direito e garantia fundamental.

Assim, o SUS foi criado no âmbito dos artigos 196 a 200 da CF de 1988 para proporcionar e diferenciar a gestão do Sistema Único de Saúde.

Por estar entre os direitos sociais, exclusivamente no caput do art. 6º da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde se caracteriza como um direito indisponível. Posto isto, a observação deve ser imperiosa quanto a sua prestação pelo Poder Público.

Nessa perspectiva, pondera Humberto Ávila (2007, p. 146):

Portanto, o direito fundamental, por estarem em uma posição de destaque dentro da Constituição Federal de 1988, torna-se um tema bastante relevante para ser debatido, em especial, o direito à saúde, por ser um direito de cunho prestacional e social e pressuposto para a qualidade de vida e dignidade humana de qualquer pessoa.

Para implementar a ordem constitucional exigida pelo artigo 196 da Constituição de 1988, o Estado aprovou diversas leis que visam garantir o acesso universal e igualitário à saúde no Brasil.

Evidencia-se:

A Lei no 8.080/90, conhecida como a Lei do SUS, sancionada em 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.” (BRASIL 1990)

A Lei 8.142/90 de 28 de dezembro de 1990 que: “Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.” (BRASIL 1990)

Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998 que aprova:

A Política Nacional de Medicamentos como parte essencial da Política Nacional de Saúde e constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população. (BRASIL 1998)

Norma Operacional da Assistência à Saúde, no 01/2002 (NOAS-SUS 01/02), aprovada por meio da Portaria/GM/MS 373 de 27 de fevereiro de 2002 que:

Amplia as responsabilidades dos municípios na Atenção Básica; estabelece o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e de busca de maior equidade; cria mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do Sistema Único de Saúde e procede à atualização dos critérios de habilitação de estados e municípios.

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado para que os serviços efetivamente garantam o direito à saúde, todavia, não obstante os avanços, as desproporções em saúde subsistem no Brasil, refletindo a profunda desigualdade social e econômica no Brasil e a privação do fortalecimento do SUS.

## **2.DIREITO COMPARADO**

A Organização das Nações Unidas (ONU) definiu que saúde vai além da ausência de doenças e só é presumível ter saúde quando há pleno bem-estar, mental, físico e social.

Para José Cretella Júnior, na obra “Comentários à Constituição de 1988”, vol. III, (1988, p. 4331) assevera que:

Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político.

Motivados pela Declaração de Alma-Ata, que especificou os cuidados primários e a assistência universal na saúde, alguns países decretaram, nas respectivas constituições, que a saúde é dever do Estado e direito de todos.

A seguir uma breve análise sobre o funcionamento dos serviços de saúde nos Estados Unidos da América, Canadá, França e Inglaterra.

## **2.1 Estados Unidos da América do Norte (EUA)**

O acesso à saúde é feito principalmente via sistema de seguro-saúde, existindo três sistemas estatais secundários: o *Medicare*, o *Medicaid* e o Sistema de Veteranos.

O seguro-saúde funciona de acordo com as leis do mercado e é organizado pela *Health Maintenance Organization* e *Preferred Provider Organization*.

O programa *Medicare* é para empregados com baixa renda e *Medicaid* para aposentados que comprovarem situação de pobreza.

Ademais, "além dos serviços governamentais e do seguro privado há inúmeras instituições não - governamentais para grupos específicos: câncer, doenças cardíacas, drogas, saúde mental, crianças, etc." (CONILL, 2008)

*Department of health and human services* é principal agência do Governo para proteger a saúde dos americanos e dispor serviços essenciais. Corresponde ao Ministério da Saúde no Brasil.

Enquanto nos EUA, é necessário comprovar necessidade para receber o auxílio limitado do governo, no Brasil é o contrário, o sistema de saúde é gratuito, e a população pode aderir a planos de saúde privados.

## 2.2 Canadá

O Canadá tem um sistema de assistência médica principalmente financiado pelo setor público, conhecido como *Medicare*.

Diferente do sistema americano, o *Medicare* canadense fornece acesso a uma cobertura universal e abrangente de serviços médico-hospitalares, é um seguro nacional, financiado pelo poder público.

É um sistema universal e descentralizado, no qual, cada província tem soberania na gestão dos serviços.

O serviço é realizado por prestadores privados, que atendem em clínicas ou hospitais particulares em que acolhem os serviços enviados pelas agências provinciais.

## 2.3 França

Todos os residentes legais possuem a cobertura do seguro-saúde, seu financiamento é distribuído e provém de contribuições sobre os impostos indiretos, salários, e principalmente, da contribuição social generalizada, que é paga por equivalência à todas as faixas de renda, proporcionalmente, incluindo as rendas sobre capital e aposentadorias.

A prestação do serviço acontece em hospitais públicos e privados e em consultórios privados, sendo que os serviços privados podem ser reembolsados.

Um médico que fica responsável pelos encaminhamentos de cada paciente e as urgências, serviços de ginecologia, oftalmologia, pediatria e psiquiatria dispensam encaminhamento.

O tempo de espera é pequeno e não existe lista de espera para procedimentos cirúrgicos.

## 2.4 Inglaterra

Criado em 1948 o *National Health Service – NHS* é o sistema de saúde da Inglaterra e oferece para todos aqueles que residem legalmente nos países do Reino Unido, medicamentos e assistência médica gratuita ou de baixo custo.



Sua gestão é pública, o financiamento é principalmente fiscal e o modelo assistencial é regionalizado.

O sistema se fundamenta na pessoa do *general practitioner* (no Brasil corresponde à especialidade de clínico geral), que é o médico responsável pela população de uma determinada área geográfica. Ele é a porta de entrada para acesso aos especialistas e aos serviços especializados.

A maioria dos serviços do *NHS* são gratuitos. No entanto, a população precisa pagar uma taxa por serviços de prescrição médica e tratamento odontológico, contudo os maiores de 60 anos e a população de baixa renda e têm direito a isenções ou reduções nessas taxas.

O sistema de saúde da Inglaterra serviu de inspiração para a criação do Sistema Único de Saúde do Brasil – SUS, e assim como o *NHS*, O SUS é universal, gratuito e financiado pela arrecadação de impostos.

### **3.A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO - JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

O direito à saúde, na qualidade de direito social conserva o atributo de requerer do Estado ações cabíveis para a promoção e a recuperação da saúde, necessitando da intervenção do Estado à defesa do direito.

Art. 196, CF/88 - 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. (BRASIL, 1988).

O artigo acima determina expressamente que o Estado, por intermédio de políticas públicas, assegure aos usuários um serviço de saúde que garanta o respeito à dignidade da pessoa humana.

A fragilidade das políticas públicas ofertadas, demonstra a instabilidade do ordenamento do Estado brasileiro. Por consequência, a intervenção do Poder Judiciário nas causas relativas à saúde tem aumentado progressivamente.

A dificuldade ante ao alcance dos serviços de saúde se torna um obstáculo para garantir a universalidade que é um dos princípios fundamentais do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 7º, Lei 8.080/90 - As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - Universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; (BRASIL, 1990)

As políticas públicas praticadas pelo Poder Executivo para proteção e prevenção da saúde são guarnecidas de restrições orçamentárias, que acarreta em uma prestação de serviço deficitária.

Nessa conjuntura, afirma Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 210):

Subordinar esses direitos aos condicionantes econômicos significa, salvo melhor juízo, negar força normativa da Constituição. A saúde é direito público subjetivo, portanto, podendo ser exigido pelos instrumentos judiciais adequados, quando falhe o Poder Público, que não pode agir discricionariamente no atendimento a esse dever assistencial.

Contesta-se a legalidade do Judiciário para intervir nas políticas públicas, quando no cumprimento de suas decisões, não considera o gerenciamento do orçamento público destinado à saúde da coletividade, priorizando necessidades individuais.

A forma como devem ser implementadas, as políticas públicas devem ser decididas pelo Poder Executivo, sendo a judicialização das políticas públicas uma exceção. Entretanto, como as normas de direitos fundamentais não são normas pragmáticas, a política pública pode ser objeto de controle judicial, em caso de omissões injustificadas que ocasionem a ineficácia do direito social. (BOLFARINI, 2016)

Independente da possibilidade de manipulação do Judiciário sob os atos desempenhados pela Administração Pública, deve-se observar as limitações impostas pelos princípios constitucionais que regula a independência e a harmonia entre os poderes e a atividade administrativa.

No Brasil, a ineficiência do serviço público de saúde é notória, sendo apontada como a maior causa de insatisfação da população com o Governo. Conseqüentemente, qualquer demanda que vise a proporcionar condições mínimas e razoáveis de atendimento à saúde

deve ser devidamente acolhida pelo Poder Judiciário. (BOLFARINI, 2016)

Necessário é admitir que, o acesso equânime e universal à saúde, direito garantido constitucionalmente, tal como os outros direitos fundamentais, não pode ser interpretado incondicional e ilimitadamente.

Por conseguinte, a aplicação do artigo 196 da CF/88 a uma dimensão inquestionável, poderia violar outros princípios constitucionais protegidos.

Destarte, é fundamental o desempenho do Poder Judiciário no que se refere a efetivação do direito à saúde, diante da negligência do Estado em substancializar o direito, dado que é múnus do Poder Judiciário salvaguardar, após a legítima provocação, a ameaça do direito ou a lesão, resultante de inexistência ou ineficiência de políticas públicas.

Dessa maneira, é essencial o controle social e jurisdicional do poder público, no tocante aos princípios da moralidade e eficiência. Se o Judiciário brasileiro é bastante pródigo no tocante à adjudicação dos direitos sociais, qual direitos subjetivos, assim como na Colômbia, é bastante tímido quando o assunto é controle jurisdicional da (i)moralidade na Administração Pública. A sua omissão no controle da moralidade e da eficiência é um dos motivos causadores de tantas demandas por direitos sociais mínimos e cujas decisões são, muitas vezes, acusadas de inconstitucionais, autoritárias, decorrentes de exacerbado ativismo etc. Podemos dizer que, em parte, o Judiciário também é causador do problema que o tenta arduamente resolver (a busca por maior eficácia dos direitos fundamentais sociais). (MARTINS, 2020)

Embora, sob a alegação de usurpação de competência e afronta ao princípio da separação dos poderes, o desempenho do Poder Judiciário na preservação dos direitos fundamentais, faz-se indispensável para a efetivação das garantias sociais, objetivando a proteção do indivíduo das lacunas estatais.

Esse, em nosso entender, é o ponto nevrálgico e que precisa ser o foco principal da atuação dos órgãos públicos, em todas as suas respectivas funções (legislativa, administrativa e jurisdicional). Quando se discute hodiernamente a “reserva do possível”, normalmente se busca encontrar os limites da adjudicação por parte do Judiciário dos direitos sociais, com todas as implicações e discussões daí decorrentes (suposta violação da separação dos

Poderes, violação das escolhas democráticas, ativismo judicial etc.)  
(MARTINS, 2020)

#### 4.O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Em 1970, na Alemanha, teve origem a Teoria da Reserva do Possível, com o intuito de limitar a realidade da prestação dos direitos sociais conforme o potencial monetário do Estado.

No âmbito saúde, o possível é algo que o Estado pode disponibilizar de maneira equânime para a coletividade, por intermédio de políticas públicas que proporcione promoção e prevenção da saúde, consoante com as capacidades financeiras disponíveis.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (Supremo Tribunal Federal, 2004).

Pontualmente no “cenário de restrições à concretização de direitos fundamentais sociais, que a apresentação da denominada cláusula da reserva do possível revela-se adequada” (OLIVEIRA, 2010).

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008)

A reserva do possível expressa que os direitos sociais garantidos na Constituição devem ser cumpridos, porém na capacidade admissível, partindo do pressuposto de que o Estado não é um provedor ilimitado e os recursos públicos são parcos.

O cumprimento de uma decisão judicial não pode resultar, em razão do interesse de um único indivíduo, na impossibilidade de cumprimento de outros deveres estatais da mesma relevância para uma coletividade. Em especial na questão do fornecimento de medicamentos, uma decisão judicial pode beneficiar uma pessoa em detrimento de uma coletividade inteira. Se o Estado custear um tratamento de altíssimo custo, muitas vezes sem comprovação

científica de sua eficácia, em favor de uma pessoa, pode não ter condições de fornecer medicamentos básicos para uma coletividade. Assim, é legítima, em determinados casos, a alegação da teoria da reserva do possível.” (BOLFARINI, 2016)

Compreende que princípio da reserva do possível é uma resistência do Estado em face as demandas judiciais que abarcam o direito à saúde, os quais apresentam uma expectativa orçamentária para o provimento do direito. Assim, demonstra-se que para propiciar o direito à saúde efetivamente, necessita verificar antecipadamente o plano orçamentário do Estado.

A reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito. O Direito é um fenômeno prescritivo, ou seja, as normas jurídicas têm por fundamento uma determinada realidade fática, a partir da qual prescrevem condutas. Dentro desta concepção, é certo que o Direito não pode prescrever o impossível – e é neste sentido, em um primeiro momento, que se pode abordar a temática da reserva do possível – embora trazendo a discussão para o campo dos direitos fundamentais sociais a prestações”. (OLSEN, 2008)

Entretanto, o direito a saúde é um dispositivo para a preservação da vida humana, resultando em uma obrigação do Estado, definida na distribuição de competência dos entes federados, incorporado na Constituição Federal.

A materialização do direito à saúde não pode se submeter à aplicação do princípio da reserva do possível, a deficiência de recursos orçamentários não pode ser razão considerável para prejudicar a concretização do direito fundamental.

O argumento da reserva do possível não deve ser usado indiscriminadamente para qualquer situação concreta em matéria de direitos fundamentais, sem a necessária consideração da realidade social, pois não se afigura difícil a um ente público justificar sua omissão social perante critérios de política orçamentária e financeira, mitigando a obrigatoriedade do Estado em cumprir os direitos fundamentais, especialmente aqueles direitos sociais de cunho prestacional, que, por conseguinte, restariam inoperantes. (SOARES, 2010)

Assim, no âmbito da abstenção do Estado em assistir alguns dos direitos fundamentais basilares da sociedade é que se qualificou o princípio do mínimo existencial.

Refere-se a um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, intrínseco a todo indivíduo.

O princípio do mínimo existencial prescreve que inclusive em face à ausência de recursos, é dever do poder público responsabilizar-se pelo o mínimo necessário para a manutenção da população concernente aos direitos sociais, compatível com o conceito de justiça social, ou seja, o mínimo existencial é um princípio que propõe a garantia de circunstâncias mínimas para uma digna existência humana e determina que o Estado disponha de políticas públicas para que aconteça a efetividade plena na prestabilidade destes direitos.

Conforme Paulo Caliendo (2009, p.201), “o mínimo existencial funciona como uma cláusula de barreira contra qualquer ação ou omissão estatal que impeça a adequada concretização ou efetivação do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais.”

Por essa razão, se compreende que quando o Estado não garante a aplicabilidade dos direitos fundamentais de maneira eficaz, aquele que tem seu direito ao mínimo existencial prejudicado, poderá entrar com medidas judiciais cabíveis, mesmo na presença do princípio da reserva do possível.

Dessa maneira, fica evidenciado que o Estado não pode se desobrigar da sua responsabilidade constitucional de promover o direito à saúde de maneira qualificada para a coletividade.

## **CONCLUSÃO**

O objetivo principal deste trabalho era analisar a eficácia da prestação do direito à saúde, em contrapartida com a aplicação do princípio da reserva do possível e demonstrar se o Estado está garantindo de modo pleno o direito fundamental social à saúde e analisar a disponibilidade desse direito considerando a omissão de políticas públicas por parte dos entes federados frente à judicialização da saúde no Brasil.

No tocante à saúde no Brasil, a Constituição Federal, expressa que a saúde é direito de todos e deve ser garantido mediante políticas, sendo não apenas um direito fundamental constitucional e sim um dever do Estado.

No desenvolvimento do trabalho buscou-se entender a causa do impulsionamento dos processos de judicialização, no qual o Poder Judiciário tem sido o cerne para a concretização do direito à saúde, e tem sido empregado como meio de provimento diante da inércia dos demais Poderes, na efetivação de políticas públicas de saúde.

Ficou evidenciado que a fragilidade das políticas públicas, justificada pela restrição orçamentária é a causa da deficiência da promoção à saúde. Assim, o indivíduo que teve



seu direito negligenciado, dispõe do Poder Judiciário como o recurso mais viável para alcançar o seu direito à saúde.

A intervenção do Judiciário tem como propósito compensar a omissão do Estado, sob alegação do princípio da reserva do possível, que argumenta que os direitos sociais garantidos na Constituição devem ser cumpridos, porém na capacidade admissível.

Constatou-se que a judicialização pode não ser a melhor opção, pois os processos advêm de demandas individuais e o valor despendido no cumprimento dessas decisões judiciais, consomem parte do orçamento destinado à saúde da coletividade

A análise sob a intervenção do Judiciário torna-se complexa pois apesar da alegação de usurpação de competência e afronta ao princípio da separação dos poderes, é custoso determinar uma barreira para o desempenho do Poder Judiciário entre a preservação dos direitos fundamentais e a subordinação ao princípio da reserva do possível, sem o perigo de invadir a competência dos outros Poderes comprometidos com a disposição do direito à saúde.

Ao longo deste trabalho, concluímos que a atuação do Judiciário se amolda como ferramenta para a efetivação dos direitos constitucionais e que, a reserva do possível não pode servir como razão considerável para prejudicar a concretização do direito fundamental.

Deste modo, na proporção em que se averiguar a efetiva prestação do serviço de saúde, por conseguinte, ocorrerá a atenuação da demanda do Judiciário para efetivação dos direitos. Nesse diapasão, necessário é equilibrar princípios e direitos constitucionais para que se vislumbre decisões assertivas que favoreçam a conquista da justiça social.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, **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: 17 nov. 2021

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm)>. Acesso em: 03 out. 2022.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998.** Disponível em: <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html)>. Acesso em: 03 out. 2022.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº 373, de 27 de fevereiro de 2002.** Disponível em: <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0373\\_27\\_02\\_2002.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0373_27_02_2002.html)> Acesso em: 03 out. 2022.

\_\_\_\_\_, **Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**, EMENTA: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade Governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do Legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). ADPF 45. Requerente: Presidente da República. Requerido: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Brasília, 29 abr. 2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>>. Acesso em 08 nov. 2021

BOLFARINI, Isabella Christina da Mota (Org.). **A Efetividade dos Direitos Sociais no Brasil**. Jundiaí, Paco Editorial, 2016.

CONILL, Eleonor Minho. **Sistemas comparados de saúde**. In: Campos et al. Tratado de Saúde Coletiva. HUCITEC/FIOCRUZ, 2008.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, vol. VIII, 1993

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

MARTINS, Flávio. **Direitos Sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVEIRA, Monica Drumond. **O direito à saúde e a responsabilidade do Estado pela sua efetivação**. 2010. 78 f. Dissertação de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo Contemporâneo, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção jurídica contra omissão legal**, 2 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em:

<[https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 10 nov. 2021.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito tributário e análise econômica do direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010

## OS DIREITOS DA VÍTIMA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

**RENILDO ARGÔLO NERY:** Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).<sup>60</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho emergiu do pressuposto de que o processo de esquecimento da figura da vítima no processo penal se consolidou à medida que o Estado assumia a titularidade do direito de punir. Isso porque, com o surgimento do direito penal estatizado, toda manifestação de justiça privada foi, em regra, banida do ordenamento jurídico, ao passo que o ente soberano assumia a função de investigar, processar e punir o causador do ato delituoso. Buscou-se criticar o tratamento dispensado à vítima pelo direito brasileiro, especialmente no que se reporta às propostas contidas do Projeto de Lei nº 8.045/2010, matriz do novo Código de Processo Penal (CPP). Assim, muito longe de expor conclusões definitivas, esta pesquisa descreveu, por intermédio da doutrina especializada, os pressupostos gerais que circundam o problema, servindo de base para futuras discussões no âmbito acadêmico.

**Palavras-chave:** PL nº 8.045/2010. Processo Penal. Direitos da Vítima.

### INTRODUÇÃO

Tramita no Congresso Nacional um projeto de lei que, se aprovado, instituirá um novo Código de Processo Penal, revogando o diploma vigente desde 1942 (Decreto-Lei nº 3.689/1941) para adequar o processo aos novos ditames constitucionais. Em verdade, o projeto de lei originário (PLS nº 156/2009) já foi aprovado no Senado Federal, em Sessão Extraordinária do dia 07/12/2010, e se encontra em discussão avançada na Câmara dos Deputados, onde recebeu nomenclatura própria (PL nº 8.045/2010)<sup>61</sup>.

Inicialmente, é imperioso rememorar que, dada a ocorrência de um ato delituoso, surgem automaticamente duas vítimas. A primeira, é o Estado lesionado com a ocorrência de todo crime, porque representante dos interesses da coletividade. A segunda vítima, que é o objeto do presente trabalho, corresponde à figura jurídica do ofendido, ou seja, o

<sup>60</sup> Contato: argolo.nery@gmail.com

<sup>61</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.045/2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 20 de out. 2017

indivíduo inserido na história contemporânea que suportou a corrosão do dano ou a exposição a perigo de um bem da vida juridicamente tutelado.

Mesmo figurando como principal prejudicada pelo resultado do crime, a vítima se encontra secundarizada pelo atual CPP, que não lhe dispensa atribuições relevantes no curso do processo, tendo em vista que toda sistemática processual está vocacionada à punição do autor do crime. A vítima é subtraída do sistema, sendo considerada verdadeira "convidada de pedra"<sup>62</sup> no processo criminal. Basta mencionar que seu testemunho é considerado parcial e sua participação no processo é obsoleta, em especial nos delitos de ação penal pública. Em muitos procedimentos, como naqueles instaurados para apurar crimes contra a dignidade sexual, se o ofendido declarar interesse em acompanhar o julgamento, será inexoravelmente forçado a reviver os dolorosos momentos do crime, possivelmente gerando uma situação traumática perante a sociedade, além de comprometer o próprio direito à intimidade.

Nos dizeres de Antônio García-Pablos de Molina<sup>63</sup>, ilustrado jurista espanhol, o esquecimento da vítima é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos, como no Direito Penal (material e processual), na Política Criminal, na Política Social e nas próprias ciências criminológicas. Adverte o doutrinador que o Direito Penal contemporâneo é unilateral e equivocadamente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, no âmbito social e do direito.

A própria dogmática penal se encarregou, com a evolução das ciências criminais, de contribuir para o esquecimento da figura do ofendido, reacendendo críticas doutrinárias no sentido de que o processo penal não estabiliza os conflitos intersubjetivos nem mesmo repara o mal causado. A sociedade civil, por seu turno, ciente da lesão causada ao bem jurídico particular e reprimida em face de um panorama de aumento constante da criminalidade, impunidade e incapacidade das forças policiais em reprimir e investigar os crimes, "espera que os criminosos sejam punidos".

Em razão disso, será analisada a proposta legislativa, maior empreendimento de reforma das regras processuais penais da atualidade, que, se aprovada, instituirá o novo CPP, contemplando uma significativa tentativa de proteger a figura do ofendido ao longo do processo. Será feita, na oportunidade, uma análise comparativa entre o tratamento

---

62 PALLAMOLLA, Rafaela da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: Teoria e Prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, fls. 21/23.

63 MOLINA, Antônio García-Pablos de. **Criminologia**. 3ª ed. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, fl. 73.

dispensado à vítima pelo modelo do atual código e o paradigma vitimológico que será inaugurado com a futura promulgação do PL nº 8.045/2010.

## DESENVOLVIMENTO

Um papel secundário foi conferido à vítima na história do direito nacional. No Código Penal, por exemplo, o comportamento do ofendido somente foi contemplado como referência processual após a reforma de 1984, no dispositivo que trata das circunstâncias judiciais (artigo 59), para determinação da pena-base.

Nesse sentido, Ana Sofia Schmidt Oliveira<sup>64</sup> leciona que, no processo penal atual, os conflitos são decididos por pessoas estranhas e as partes originalmente envolvidas desaparecem. Entende a doutrinadora que a vítima é uma perdedora diante do autor da infração e diante do Estado, pois não recupera o que perdeu para o infrator e as sanções penais não levam em conta seus interesses. Adverte, ainda, que a localização das salas de julgamento nos tribunais das cidades grandes, a ritualização dos atos, a linguagem peculiar, uma verdadeira subcultura, tudo afastaria a vítima que, quando comparece em juízo, percebe que seu conflito seria propriedade dos operadores do direito.

A Lei 11.690/2008 inseriu no Código de Processo Penal vigente uma série de inovações legislativas no sentido de salvaguardar os interesses da vítima, como obrigatoriedade de comunicação quanto a determinados atos processuais e sobre a prisão ou liberdade do acusado, reserva de lugar em separado para que esta permaneça antes e durante a audiência, encaminhamento a atendimento multidisciplinar e medidas necessárias a resguardar sua imagem, honra e vida privada.

Apesar das mudanças pontuais na lei processual, o CPP em vigor não prevê direitos e garantias que protejam integralmente as vítimas, de sorte que estas parecem apenas ter importância no ato de abertura do inquérito policial. Proposta a ação penal, as vítimas se tornam um mero personagem, um número ou um nome nos autos do processo.

Eugênio Pacelli<sup>65</sup> leciona que vítima tem interesse jurídico na recomposição do seu patrimônio (material e moral) atingido, com a obtenção da sentença condenatória que propiciará o posterior ajuizamento de ação civil *ex delicto*. Aduz que a atual legislação prevê que o ofendido, ainda quando não tenha se animado a ocupar a posição de assistente de acusação, pode, em tese, participar na produção da prova, com formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. Conclui o doutrinador que melhor seria ouvir

64 OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. A Vítima e o Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, fl.109.

65 PACELLI, Eugênio. Curso de Direito Processual Penal. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017, fls. 498/499.



o ofendido acerca de seu eventual interesse em relação aos demais atos do processo do que submetê-lo, contra sua vontade, ao andamento de toda a ação penal.

O PL nº 8.045/2010 pode ser o estopim desta mudança, não no sentido de abandonar a figura do acusado, mas de agregar as partes envolvidas, a fim de que o conflito seja composto da melhor forma possível, por meio de mecanismos que visem não apenas a retribuição pelo mal causado, mas também a efetiva compensação à vítima pelo dano que lhe foi infligido.

Dentre as alterações propostas pelo anteprojeto, destaca-se a inclusão, no "Livro I", que dispõe acerca da persecução criminal, do "Título V", denominado "Dos Direitos da Vítima"<sup>66</sup>, ora sob análise.

---

## 66 TÍTULO V

### DOS DIREITOS DA VÍTIMA

Art. 90. Considera-se "vítima" a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e as circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais ou patrimoniais, ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais.

Art. 91. São direitos assegurados à vítima, entre outros:

I– ser tratada com dignidade e respeito condizentes com a sua situação;

II– receber imediato atendimento médico e atenção psicossocial;

III– ser encaminhada para exame de corpo de delito quando tiver sofrido lesões corporais;

IV– receber, no caso de crimes contra o patrimônio, os objetos e pertences pessoais que lhe foram subtraídos, ressalvados os casos em que a restituição não possa ser efetuada imediatamente em razão da necessidade de exame pericial;

V– ser comunicada:

a) da prisão ou soltura do suposto autor do crime;

b) da conclusão do inquérito policial e do oferecimento da denúncia;

c) do eventual arquivamento da investigação, nos termos do art. 39;

d) da condenação ou absolvição do acusado;

VI– obter cópias de peças do inquérito policial e do processo penal, salvo quando, justificadamente, devam permanecer em estrito sigilo;

VII– ser orientada quanto ao exercício oportuno do direito de representação, de ação penal subsidiária da pública, de ação civil por danos materiais e morais, da adesão civil à ação penal e da composição dos danos civis para efeito de extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei;

VIII– prestar declarações em dia diverso do estipulado para a oitiva do suposto autor do crime ou aguardar em local separado até que o procedimento se inicie;

Inicialmente, o artigo 90 do anteprojeto trata de delimitar conceitualmente a figura da vítima, em consonância com a inclinação humanista do novo código e respeito às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988. De acordo com a referida norma, considera-se "vítima" a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais, patrimoniais ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais.

Da análise da norma referida, verifica-se a tentativa de delimitar a condição de vítima sob a ótica psicológica, moral, física e patrimonial. Além disso, a menção a "quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais" remete às prerrogativas constitucionais e aos direitos oriundos de legislação extravagante posterior, tornando evidente o caráter meramente exemplificativo dos direitos e garantias elencados no anteprojeto. O ofendido será considerado, de forma inédita, verdadeiro sujeito do

IX– ser ouvida antes de outras testemunhas, respeitada a ordem prevista no caput do art. 276;

X– peticionar às autoridades públicas para se informar a respeito do andamento e deslinde da investigação ou do processo, bem como manifestar as suas opiniões;

XI– obter do autor do crime a reparação dos danos causados, assegurada a assistência de defensor público para essa finalidade;

XII– intervir no processo penal como assistente do Ministério Público ou como parte civil para o pleito indenizatório;

XIII– receber especial proteção do Estado quando, em razão de sua colaboração com a investigação ou processo penal, sofrer coação ou ameaça à sua integridade física, psicológica ou patrimonial, estendendo-se as medidas de proteção ao cônjuge ou companheiro, filhos, familiares e afins, se necessário for;

XIV– receber assistência financeira do Poder Público, nas hipóteses e condições específicas fixadas em lei;

XV– ser encaminhada a casas de abrigo ou programas de proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar, quando for o caso;

XVI– obter, por meio de procedimentos simplificados, o valor do prêmio do seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores.

§ 1º É dever de todos o respeito aos direitos previstos neste Título, especialmente dos órgãos de segurança pública, do Ministério Público, das autoridades judiciárias, dos órgãos governamentais competentes e dos serviços sociais e de saúde.

§ 2º As comunicações de que trata o inciso V do caput deste artigo serão feitas por via postal ou endereço eletrônico cadastrado e ficarão a cargo da autoridade responsável pelo ato.

§ 3º As autoridades terão sempre o cuidado de preservar o endereço e outros dados pessoais da vítima.

Art. 92. Os direitos previstos neste Título estendem-se, no que couber, aos familiares próximos e ao representante legal, quando a vítima não puder exercê-los diretamente, respeitadas, quanto à capacidade processual e legitimação ativa, as regras atinentes à assistência e à parte civil.

processo, visto que o código atual dispensa à vítima um tratamento destinado à instrução probatória, como meio para potencializar o *ius puniendi*.

Em seguida, os dezesseis incisos que compõem o artigo 91 detalham, de forma pormenorizada, direitos a serem assegurados à vítima no processo criminal, não cabendo neste trabalho um estudo minucioso de cada um deles, dado o objetivo de analisar genérica e comparativamente a situação do ofendido. Entretanto, é imprescindível colocar em relevo as principais mudanças.

O inciso I destaca que, no processo penal, a vítima terá um tratamento digno e respeitoso, condizente com sua condição especial. Na verdade, o indivíduo que acabou de sofrer as consequências de um crime se encontra em inegável situação de fragilidade e rebaixamento, o que justifica atenção correspondente ao seu estado psicológico. A proposta do PL nº 8.045/2010 é no sentido de que o *ius puniendi* estatal deve ser efetivo para concretização da prevenção geral e especial, mas a vítima deve ser inserida no sistema, bem como seus interesses na solução do conflito, com a efetiva reparação do dano ocasionado pelo delito.

A previsão inserida no inciso II aponta a necessidade de fornecimento de serviço médico especializado e assistência por profissional de Psicologia e Serviço Social como maneiras de amenizar do trauma causado à vítima pelo delito. Esta possibilidade de atendimento já havia sido inserida no CPP de 1941 por meio da Lei nº 11.690/2008. No entanto, o novo CPP prevê o atendimento médico e psicossocial imediato, ao invés de condicionar o encaminhamento à discricionariedade do juiz.

Poderá ocorrer que o indiciado, na fase pré-processual da persecução criminal, esteja preso preventivamente ou em flagrante, mas seja solto, ainda antes da instauração do processo. A nova lei estabelece a necessidade de comunicação à vítima sobre a soltura (inciso V, alínea "a"), com o escopo de evitar o desagradável contato com o ofensor.

Estabeleceu-se, no inciso V, que o ofendido será comunicado dos principais atos da persecução penal, a exemplo de ingresso e saída do acusado da prisão, conclusão do inquérito policial, oferecimento da denúncia, arquivamento da investigação e condenação ou absolvição do acusado. Nesse contexto, a comunicação, à vítima, dos desdobramentos do processo criminal, representa uma atitude de respeito do Estado perante a pessoa que já foi fragilizada com a agressão a bem jurídico.

Além disso, poderá a vítima acompanhar o desenrolar do procedimento judicial, por meio do recebimento de cópias de peças do inquérito policial e do processo penal, salvo quando, justificadamente, o sigilo se mostrar imprescindível ao próprio andamento das investigações (inciso VI).

O inciso VII destaca também a necessidade de orientação à vítima quanto ao exercício oportuno do direito de representação, de ação penal subsidiária da pública, de ação civil por danos materiais e morais, da adesão civil à ação penal e da composição dos danos civis para efeito de extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei. Entrementes, é possível concluir que o tratamento destinado à vítima pelo novel CPP beneficia o próprio réu, minimizando o caráter vingativo-retributivo da persecução penal, sem desatender ao ideário de justiça e reparação integral, mormente porque admite que lei posterior estabeleça casos em que a composição dos danos civis tenha o condão de extinguir a punibilidade do agente.

O magistrado adotará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo decretar o segredo de justiça em relação aos dados, bem como poderá a vítima prestar declarações em dia diverso do estipulado para oitiva do suposto autor do delito (incisos VIII e XIII).

A respeito, é imperioso destacar que, na sistemática garantista do novo CPP, haverá criação da figura do juiz de garantias, que atuará unicamente na fase da investigação policial, com o escopo de controlar a legalidade da ação policial e assegurar o respeito aos direitos do investigado e da vítima. O PL nº 8.045/2010 define o processo penal de tipo acusatório como aquele que não permite que o juiz substitua o acusador natural na função de acusar e de levantar provas que corroborem os fatos narrados na denúncia.

Talvez a maior inovação do novo CPP seja permitir que a vítima intervenha no processo penal não apenas como assistente de acusação, mas também como parte civil para o pleito indenizatório, já que seu interesse jurídico não se resume à condenação do réu. Reza o artigo 81 do anteprojeto que o ofendido, sem ampliar a matéria de fato constante da denúncia, poderá, no prazo de dez dias, requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração, nos termos e nos limites da imputação penal, para o que será notificado após o oferecimento da inicial acusatória.

De acordo com Nestor Távora<sup>67</sup>, a assistência do Ministério Público pressupõe que o crime tenha um sujeito passivo determinado (ofendido). Leciona o doutrinador que a jurisprudência majoritária encontra legitimidade para o instituto no fato de que o ofendido tem direito de ver aplicada adequadamente a pena, malgrado parte da doutrina entenda que seu interesse de participação no processo também se legitima na necessidade de reparação em eventual ação civil *ex delicto*. Então, com a criação do instituto da parte civil,

---

<sup>67</sup> ALENCAR, Rosmar Rodrigues. TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 9ª Edição. Salvador: Jus Podivm, 2014, fls. 681/683.

não remanesçam dúvidas acerca da possibilidade jurídica de intervenção da vítima com fundamento em interesse de ordem meramente patrimonial.

Também digna de ser mencionada é a dicção do inciso XIV, que determina ao Estado o pagamento de auxílio financeiro à vítima nas situações e condições legalmente estabelecidas. A inovação tem o escopo de minimizar os efeitos da vitimização secundária, que corresponde ao desamparo psicológico e material após o crime.

Por fim, o artigo 92 dispõe que os direitos serão estendidos, no que couber, aos familiares próximos ou ao representante legal, quando a vítima não puder exercê-los diretamente. Trata-se de norma que representa grande avanço humanitário e principiológico, ao ressaltar que os interesses do ofendido persistem, mesmo quando, por causa transitória ou permanente, não puder livremente exercê-los. Vislumbra-se, ainda, que os direitos e garantias processuais devem ser outorgados aos parentes próximos da vítima, que muitas vezes são reflexamente atingidos pelos efeitos nocivos da atividade delitiva.

## **CONCLUSÃO**

O PL nº 8.045/2010 promoverá uma ruptura paradigmática no processo penal brasileiro. A vítima, redescoberta pelo novo sistema, terá direito a um tratamento digno e respeitoso, o que inclui a comunicação pelas autoridades sobre a prisão e a soltura do acusado, bem como de todos os atos processuais relevantes, podendo acompanhar pessoalmente o desenrolar do procedimento judicial, por meio do recebimento de cópias de peças do processo, como assistente ou parte civil. O novo CPP permitirá, ainda, sua oitiva antes das testemunhas, além de possibilitar que solicite à autoridade pública informações a respeito do andamento e do desfecho da investigação ou do processo, bem como manifeste as suas opiniões nos casos legalmente permitidos.

Assim, o legislador ordinário almeja destinar àqueles que suportaram os efeitos do crime uma posição menos obscura do que aquela a que o CPP confere atualmente. Haverá ampla evolução humanitária no âmbito do processo penal que, sem subtrair da sociedade a expectativa de punição do criminoso, finalmente volta a atenção à figura do ofendido e seu interesse na persecução penal.

O novo CPP manterá na pena as finalidades da prevenção geral e especial, entretanto, consagrará o princípio da reparação à vítima como um dos escopos do sistema repressivo. A restituição dos bens será elevada à condição de direito do ofendido, que deverá reaver os objetos e pertences pessoais que lhe foram subtraídos, a menos que estes bens sejam imprescindíveis ao exame pericial.

Embora se reconheça a tentativa de mudança do panorama processual penal brasileiro por meio do PL nº 8.045/2010, o legislador poderia introduzir definitivamente no direito brasileiro a Justiça Restaurativa, há muito utilizada em diversos países do mundo. Trata-se de instituto que tem se mostrado eficaz na busca pela superação de um sistema penal eminentemente retribucionista, passando a buscar a reparação à vítima por meio de institutos como mediação e conciliação, além de questionar as práticas da justiça criminal vigente.

Ressalte-se que o inciso VII do artigo 91 dispõe que lei posterior poderá instituir a possibilidade de composição dos danos civis para fins de extinção da punibilidade, o que implicará adoção de um dos vetores metodológicos do pensamento restaurativo, embora o instituto não seja acolhido em definitivo no Brasil.

De acordo a doutrina especializada<sup>68</sup>, a essência da Justiça Restaurativa é a resolução de problemas de forma colaborativa entre as partes conflitantes. A prática demonstra que a justiça restaurativa proporciona àqueles que foram prejudicados por um crime de menor gravidade a oportunidade de reunião para expressar seus sentimentos, descrever como foram afetados e desenvolver um plano para reparar os danos ou promover a prevenção de novos incidentes. Leciona-se que a abordagem restaurativa é reintegradora e permite que o transgressor repare danos e não seja mais visto como tal. Assim, o objetivo primordial do instituto é satisfazer as necessidades da vítima, ao passo que também faz com que o infrator assuma a responsabilidade pelos atos praticados.

Desse modo, é necessário instituir um processo penal que não produza "vitimização secundária" de quem já se encontra em estado psicológico fragilizado. A adoção de medidas protetivas às vítimas não significa retrocesso das garantias conquistadas pelos réus. A concretização da justiça deve ser buscada por meio de um juízo imparcial, que respeite as partes que possuem interesse no resultado do processo. Ademais, a superação do modelo penal retributivo, com o escopo de efetivação da recomposição de danos, além de proporcionar efetiva reparação à vítima, também beneficia o réu, que se vê distante da face meramente vingativa do *ius puniendi*.

A respeito dos novos desafios do sistema criminal, leciona Cezar Roberto Bitencourt<sup>69</sup> que a perspectiva dos direitos humanos e o interesse de efetividade dos direitos e garantias individuais apontam para um futuro menos cruel para o direito penal. De acordo com o doutrinador, esse caminho deve ser guiado pelo pluralismo jurídico, sem perder de vista que a construção de um sistema repressor legítimo depende da paulatina

---

68 PALLAMOLLA, Rafaela da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: Teoria e Prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, fls. 47/50.

69 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1, 23ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2017, fl.104.



consolidação do sistema democrático como reflexo de uma convivência social em condições materiais de igualdade.

O PL nº 8.045/2010 representa um avanço no reconhecimento da importância do ofendido para o processo penal, porque, no "Título V" do "Livro I", outorga uma lista de direitos a um grupo historicamente marginalizado. Entretanto, espera-se que a aprovação do novo código seja acompanhada de reformas efetivas no sistema judicial, para que os direitos outorgados à vítima sejam realmente efetivos. Acredita-se que muito ainda precisa ser discutido e ponderado até a aprovação definitiva pelo Congresso Nacional.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 9ª Edição. Salvador: Jus Podivm, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1, 23ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.045/2010*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 16 de out. 2017.

MOLARI, Alfredo. *O Papel da Vítima no Processo Criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MOLINA, Antônio García-Pablos de. *Criminologia*. 3ª ed. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Direito Processual Penal*. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PALLAMOLLA, Rafaela da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: Teoria e Prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

## **ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E SEUS EFEITOS LEGAIS NO REGISTRO DE IMÓVEIS**

**MARCELA ROBERTA SANTANA BRAGA DO CARMO:**  
Graduanda em Direito pela Universidade Brasil - Campus Fernandópolis/SP.<sup>70</sup>

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho se trata de uma pesquisa bibliográfica, onde é exposto o pensamento de alguns autores importantes, a respeito da alienação fiduciária, e seus efeitos no registro imobiliário, o qual foi escrito de uma forma simples e didática, para que qualquer pessoa que o leia, entenda do que se trata o tema apresentando, atuando ou não na área do direito. Inicia com a apresentação de alguns conceitos de autores sobre o que é alienação fiduciária, o que se entende por registro de garantia, quais são seus efeitos legais, e os requisitos que são necessários em um contrato para que o mesmo possa ter validade jurídica. Na segunda parte é apresentado os efeitos no registro de imóveis, quando é que a garantia produz efeito, e o que acontece com a propriedade do imóvel quando o mesmo é dado em garantia, e ainda, quais as vantagens desse modo de garantia, comparada a outras existentes. E finaliza esclarecendo quais as consequências existentes, quando o devedor, se torna um inadimplente da dívida constituída, qual o papel do registro de imóveis nessa fase, e qual é o procedimento que deve ser realizado para que o devedor possa ser intimado e efetuar o pagamento das parcelas vencidas, ou para que o credor possa reaver a propriedade do bem em questão para si, através da consolidação da propriedade.

Podendo concluir então, que o trabalho apresentado cumpriu os objetivos pretendidos, apresentou ideias e opiniões, explanou um pouco de cada item, e teve todos os requisitos pertinentes levantados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Alienação, Imóveis, Consolidação.

**ABSTRACT:** This paper is a bibliographic research, where the thoughts of some important authors are exposed, regarding the fiduciary alienation and its effects on the real estate registry, which was written in a simple and didactic way, so that anyone who reads it understands what the theme is about, whether or not he/she works in the law area. It starts with the presentation of some authors' concepts about what is fiduciary alienation, what is

---

<sup>70</sup> Contato: marcela-roberta15@hotmail.com

understood by guarantee registration, what are its legal effects, and the requirements that are necessary in a contract so that it can have legal validity. The second part presents the effects on the real estate registry, when does the guarantee take effect, and what happens to the property of the property when it is given as guarantee, and also what are the advantages of this type of guarantee compared to others that exist. It ends by clarifying what the consequences are when the debtor becomes a defaulter of the debt incurred, what the role of the real estate registry is in this phase, and what the procedure should be so that the debtor can be summoned to pay the overdue installments, or so that the creditor can reclaim ownership of the property in question through the consolidation of the property. Therefore, we can conclude that the work presented met the intended objectives, presented ideas and opinions, explained a little about each item, and had all the relevant requirements raised.

**KEY WORDS:** Disposal, Real Estate, Consolidation.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO REGISTRO DE IMÓVEIS. 3. ASPECTOS CONTRATUAIS. 4. COMPRA E VENDA. 5. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. 6. FORMALIDADES. 7. SEUS EFEITOS. 8. NO CASO DE INADIMPLEMENTO DO CONTRATO. 9. CONCLUSÃO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## **1.INTRODUÇÃO**

A referida pesquisa tem como propósito, apresentar um pequeno estudo, a respeito da alienação fiduciária e seus efeitos no registro imobiliário, e deixar evidenciado a segurança jurídica que o Registro de Imóveis proporciona. A mencionada forma de garantia, é a modalidade contratual mais utilizada e mais benéfica utilizada atualmente, no que diz respeito aos financiamentos imobiliários em geral. Baseado na Lei nº 9.514/97, onde a mesma disciplina a alienação fiduciária de coisa imóvel, e tem como objetivo principal, dar maior abrangência ao referido instituto.

O registro de imóveis tem como principal função, dar segurança jurídica e publicidade a todos os atos praticados, e é extremamente importante em toda transação fiduciária, e além dessas funções, também é responsável pela extrajudicialização do processo de "execução", ou seja, o procedimento vai ser feito de uma forma mais rápida e prática diretamente no cartório.

O contrato de alienação fiduciária em garantia somente produz efeitos entre as partes contratantes, na ocasião em que é levado a registro perante o cartório imobiliário, e então, gera a constituição do direito real de garantia que é contestável a terceiros. (OLIVEIRA, 2021).

E é a partir da constituição do direito real que se evidencia o desdobro da propriedade, isso significa que, caso em algum momento o devedor não consiga mais pagar o valor devido, o credor tem o direito de vender o bem para quitar a dívida, o que nos leva a execução da alienação fiduciária, e é aí que o registro de imóveis vai atuar, dando mais segurança e agilidade para todo o procedimento

## **2.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO REGISTRO DE IMÓVEIS**

O fideicomisso surgiu no direito romano como um contrato consensual, secreto por natureza e baseado principalmente na honestidade e confiança entre as partes, por meio do qual o credor transferia determinado bem para o síndico e o obrigava a devolvê-lo ou encaminhá-lo ao seu destino na forma acordada entre as partes.

A primeira lei brasileira sobre o registro de direitos reais foi a, a Lei Orçamentária nº 317, de 21-10-1843, regulamentada pelo Decreto n. 482, de 14-11-1846, criando o registro geral de hipotecas. A hipoteca, direito real de garantia, vincula o bem registrado, ficando o mesmo sujeito à liquidação do débito. Consequentemente, a lei deve proteger o crédito, e não o domínio privado. No entanto, foi a primeira regulamentação o sobre registro de direitos reais sobre imóveis, gerando o embrião do sistema de registro de imóveis brasileiro. (SOU, 2022).

A função básica do registro de imóveis é constituir o repositório fiel da propriedade imóvel e dos atos e negócios jurídicos relacionados, oferecendo publicidade à situação jurídica dos bens imóveis, garantindo a segurança jurídica. Pode-se dizer que o registro imobiliário não desempenha apenas a função jurídica, para fins de dar publicidade registral, mas também estimula o desenvolvimento econômico, fornecendo meio seguro para a concessão de crédito. (SOU, 2022).

## **3.ASPECTOS CONTRATUAIS**

Existem diferentes tipos de contratos em nosso ordenamento jurídico, mas o que tange o referido estudo, é um tipo específico, o contrato de compra e venda, mas antes de adentrarmos no referido tipo, é feita uma breve descrição de contrato.

O contrato é um ato jurídico pelo qual as partes, relacionadas pelo princípio da obrigação social e da boa-fé objetiva, declaram que desejam formalizar um ato jurídico, condicionando os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, de acordo com a autonomia das suas próprias vontades. (GAGLIANO, 2022).

O principal efeito de um contrato é criar de obrigações e um vínculo jurídico entre as partes contratantes. Refere-se a uma verdadeira fonte de vínculos e obrigações; em razão disso, todos os seus efeitos são puramente obrigacionais, mesmo quando o contrato

serve de título à transmissão de direitos reais. Estes efeitos se manifestam não só na força obrigatória, mas também na condicionalidade do contrato" (DINIZ, 2022).

#### **4.COMPRA E VENDA**

A origem histórica e remota do contrato de compra e venda está ligada à troca, onde na fase primitiva da civilização, se predominava a troca ou permuta de objetos.

No começo, foram utilizadas as cabeças de gado (pecus, dando origem à palavra "pecúnia"); em seguida, os metais preciosos. Quando estes começaram a ser monetizados com o seu peso, tendo valor determinado, surgiu a moeda e, com ela, a compra e venda. (GONÇALVES, 2022).

Para GONÇALVES (2022, p. 66) denomina-se compra e venda o contrato bilateral pelo qual uma das partes determina modificar o domínio de uma coisa à outra, mediante a contraprestação de certo valor em dinheiro.

O Código Civil o enuncia desta forma:

"Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro".

Além de se bilateral, é, em geral, consensual, ou em outras palavras, torna-se perfeito quando as partes combinam a respeito do preço e da coisa a ser vendida. Vale ressaltar, o contrato se constitui, pelo simples consentimento, independentemente da entrega do bem. (GAGLIANO, 2022).

#### **5.ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

A alienação fiduciária quando ofertada como garantia consiste na transferência, feita pelo devedor ao credor, da propriedade reparável e da posse indireta de um bem, (art. 22, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.514/97, com a alteração da Lei n. 11.481/2007) como forma de garantir o seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o cumprimento da obrigação, ou seja, com o pagamento da dívida garantida (Lei n. 4.728/65, artigos. 66 e 68, com a redação dada pelo Dec.-Lei n. 911/69, ora revogados pela Lei n. 10.931/2004, e com os acréscimos feitos pela Lei n. 10.931/2004). (DINIZ, 2022).

Entende-se por transação fiduciária o negócio jurídico em que uma pessoa denominada agente fiduciário transfere a propriedade de algo ou a titularidade de um

direito a outro, denominado fiduciário, onde o mesmo se compromete a lhe dar um destino específico e após o cumprimento dos encargos, transferir a propriedade ou direitos para o administrador ou o beneficiário especificado no contrato de agente fiduciário. (CHALHUB, 2021).

A Lei nº 9.514/97 regulamenta e traz um conceito próprio do que é alienação fiduciária:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

A alienação fiduciária é a operação que, em regra, estrutura-se mediante concessão de crédito ligado a um contrato de alienação fiduciária ou de cessão fiduciária, pelo qual o devedor, ou terceiro garantidor, transmite ao credor, para garantia, a propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis, mas permanece na posse e continua a exercer diretamente o controle e o uso dos direitos econômicos sobre os bens. (CHALHUB, 2021).

## **6.FORMALIDADES**

Conforme determina a Lei 9.514/97, para que o contrato de alienação fiduciária seja válido, existem alguns requisitos que devem ser observados no ato da elaboração de um contrato, como:

Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá:

I - o valor do principal da dívida;

II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;

III - a taxa de juros e os encargos incidentes;

IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;

V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;



VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;

VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

Esses requisitos são os que todo contrato de alienação fiduciária deve conter, para ser válido na esfera jurídica, não esquecendo que o mesmo deve ser apresentado posteriormente para registro no Registro de Imóveis, de acordo com o artigo 23 da referida lei.

Em todo negócio de alienação fiduciária existirá, necessariamente, pelo menos um registro e uma averbação, no Registro de Imóveis. Esses atos dizem respeito à constituição e execução regular do negócio de alienação fiduciária de imóvel. (COSTA, 2008).

Somente quando é efetuado o registro, que há a constituição do direito real de garantia, tornando o bem incapaz de responder por dívidas, seja do devedor/fiduciante, ou do credor/fiduciário, embora possam ser constrictos direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária em garantia. (OLIVEIRA, 2021).

## **7. SEUS EFEITOS**

Na alienação fiduciária de bem imóvel, em garantia, o adquirente do bem desmembra a posse da sua propriedade com o agente financeiro, pelo período de duração do financiamento. O termo de quitação da dívida previsto no artigo 25, § 2º, da Lei 9.514/97, pode ser apresentado diretamente no registro imobiliário, o qual será feito o cancelamento da alienação e garantir de forma íntegra, a propriedade do bem na pessoa do adquirente (MAIA, 2014).

A vantagem deste modo de garantia, comparando à hipoteca, garantia, até então, mais utilizada no mercado imobiliário, é a agilidade na execução do bem, pois todo o procedimento acontece no cartório imobiliário, não havendo a necessidade de ser levado ao judiciário. Na verdade, é o agente notarial quem notifica o devedor, constituindo em mora, e, persistindo a inadimplência pelo prazo de 15 dias, consolidando a propriedade do bem em favor do credor fiduciante (MAIA, 2014).

## **8. NO CASO DE INADIMPLEMENTO DO CONTRATO**

Havendo a falta de pagamento da dívida, ficará a cargo do credor requerer ao Registro de Imóveis a propriedade registrada, a abertura do procedimento de consolidação da propriedade, pedindo a intimação do fiduciante para que este satisfaça, no prazo de quinze dias, as prestações vencidas, e as que forem vencer até a data de efetuar o

pagamento, os § 1º e 2º do artigo 26, da Lei 9.514/97, dispõe que “o contrato deve estipular o prazo de carência após o qual será expedida a intimação”. Isto quer dizer que o contrato deve conter um número mínimo de parcelas em aberto, para que o credor possa requerer a abertura do procedimento de consolidação da propriedade. Normalmente, os contratos estipulam três parcelas vencidas, mas não há impedimento algum em fixar número menor ou maior de parcelas em atraso. (FILHO, 2018).

Todo o procedimento de intimação do fiduciante, desde o requerimento para intimação, a eventual circunstância da intimação por edital, a purgação ou a não purgação da mora e o encerramento do procedimento de intimação deverão ser lançados no protocolo, para fixação dos prazos legais envolvidos no procedimento, que devem ser observados, sob pena de comprometer eventual consolidação e execução do contrato, por inobservância de formalidade legal. (COSTA, 2008).

## 9. CONCLUSÃO

Completando assim este artigo, um conceito conciso do que se entende por alienação fiduciária de imóvel, é possível garantir que por meio da lei n. 9.514/97, foi instituída alienação fiduciária de imóvel, com o objetivo de dar à instituição fiduciária um campo de atuação mais amplo. Este regulamento procurou solidificar o contrato de financiamento imobiliário, com uma rápida recuperação do empréstimo em caso de inadimplência do mutuário.

Assim, trata-se de uma relação contratual estabelecida entre o devedor e o credor, sendo um deles proprietário direto e o outro proprietário indireto do bem, isto é, o devedor tem o direito de usar e usufruir do bem, ao passo que, o credor garante a propriedade para si até que a dívida seja paga. O registro de imóveis é importante em toda operação fiduciária, pois não só tem a atribuição essencial de garantir a segurança jurídica e dar publicidade as ações realizadas, mas também extrajudicializar o processo de execução.

A alienação fiduciária é sempre acompanhada de uma garantia. Normalmente, o acordo para tal garantia consiste em um contrato e está vinculado ao mesmo procedimento contratual que estabelece os termos da obrigação principal.

Entende-se que este artigo não finaliza o estudo da alienação fiduciária e seus efeitos, uma vez que, esse assunto abrange inúmeras tendências e alterações, especialmente dentro do âmbito jurídico.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

COSTA, Valestan Milhomem. **Aspectos Práticos da Alienação Fiduciária de Imóveis**. Rio de Janeiro: 2008 Disponível em:

<<http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1191615/valestan-milhomen.pdf>>. Acesso em: 21 de novembro de 2021.

COSTA, Vitória de Castro. **A alienação fiduciária e seus efeitos legais**. Anápolis: 2018, Disponível em: <[Monografia - Vitoria de Castro.pdf \(aee.edu.br\)](#)> Acesso em 05 novembro de 2022.

DINIZ, Maria. Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

FILHO, Bruno José Berti. **A alienação fiduciária de coisa imóvel e os leilões após a consolidação da propriedade imobiliária**. 2018, Disponível em: <<https://www.irib.org.br/noticias/detalhes/artigo-a-alienacao-fiduciaria-de-coisa-imovel-e-os-leiloes-apos-a-consolidacao-da-propriedade-imobiliaria-undefined-por-bruno-jose-berti-filho>> Acesso em 27 novembro de 2021.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Manual de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GOMES, Carlos Evandro. Segurança jurídica em cartório de registro de imóveis. Curitiba: 2020, Disponível em: <[Segurança jurídica em cartório de registro de imóveis: garantias reais dos contratos bancários | gomes | percurso \(unicuritiba.edu.br\)](#)> Acesso em 04 de novembro de 2022.

GONÇALVES, C. R.; LENZA, P. **Direito civil esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

**Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm)>. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

MAIA, Gleyson dos Anjos. **Alienação Fiduciária de Bens de Móveis e Imóveis**. Goiânia, 2014.

OLIVEIRA, Gleydson. **A natureza jurídica do registro da alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Revista **Consultor Jurídico**, 2021.

SOU, E. P. R. D. **Série Direito Registral e Notarial - Noções F de Direito Reg.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

## AUXÍLIO DOENÇA PARENTAL E SUA IMPLEMENTAÇÃO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOB A ÓTICA DO PROJETO DE LEI Nº 286/14

**NATÁLIA SOLIGO BUOZI:**  
Graduada em Direito pelo Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul –  
SP.<sup>71</sup>

EDUARDO CURY  
(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo evidenciar a importância da aprovação do Projeto de Lei nº 286/14 ao Regime Geral de Previdência Social. O estudo será baseado no auxílio doença parental, novo instituto que, apesar de já haver previsão legal no Regime Próprio de Previdência Social, é ausente no Regime Geral de Previdência e, por isso, não protege o segurado em casos que necessita se ausentar do emprego para prestar cuidados a ente familiar enfermo. Para tanto, devem ser estudados, num primeiro momento, a seguridade e a previdência social, que possui, inclusive, longa trajetória de evolução, sendo resultado de muita discussão perante a sociedade. Posteriormente, será suficientemente demonstrado que a aprovação do Projeto de Lei nº 286/14 é baseada na Constituição Federal, incluindo seus princípios norteadores. Por fim, foi possível perceber que sua aprovação é primordial para a efetiva prestação da segurança social aos trabalhadores segurados do INSS. O trabalho foi desenvolvido utilizando a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos e legislações.

**Palavras-chave:** Regime Geral de Previdência Social. Auxílio Doença Parental. Regime Próprio de Previdência Social. Projeto de Lei nº 286/14. Constituição Federal.

**ABSTRACT:** The present work aims to highlight the importance of the approval of Bill nº 286/14 to the General Social Security System. The study will be based on parental illness aid, a new institute that, despite already having a legal provision in the Special Social Security Regime, is absent in the General Social Security System and, therefore, does not protect the insured in cases where he needs to be absent from work. To provide care to a sick family member. In order to do so, security and social security and social security should be studied, at first, which has a long history of evolution, being the result of much discussion in society. Subsequently, it will be sufficiently demonstrated that the approval of Bill nº 286/14 is based on the Federal Constitution, including its guiding principles. Finally, it was possible to perceive that its approval is essential for the effective provision

<sup>71</sup> Contato: nataliabuozi\_@hotmail.com

of social security to INSS insured workers. The work was developed using a literature review based on bibliographic research, through research on websites, doctrines, articles and legislation.

**Keywords:** General Social Security System. Parental Illness Aid. Own Social Security System. Bill nº 286/14. Federal Constitution.

## 1 INTRODUÇÃO

Como se sabe, além da Previdência Social ser um direito fundamental, também é o pilar da seguridade social. A partir de sua concretização, se garante a efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, caracterizando um seguro público aos trabalhadores na aposentadoria. No caso da presente pesquisa, será tratado exclusivamente acerca daquele que auxilia nos cuidados de um familiar que esteja permanentemente incapaz de exercer qualquer atividade laborativa.

Em razão da incidência de inúmeras doenças graves, algumas pessoas ficam impedidas de trabalhar, o que, muitas vezes, ocasiona grande sofrimento aos seus familiares. Acerca disso, a Senadora Ana Amélia criou o Projeto de Lei nº 286/2014 que tem como objetivo inserir no rol de benefícios previdenciários, o auxílio doença parental, prevendo a concessão de uma licença remunerada em favor do cuidador da pessoa enferma da família, enquanto a necessidade persistir.

O objetivo da pesquisa paira acerca do importante avanço que se teria diante da aprovação do Projeto de Lei nº 286/14, garantindo amparo a aquele que é impossibilitado de trabalhar por ter que cuidar de um ente enfermo, uma vez que não existe previsão legal para esta modalidade de benefício englobando qualquer indivíduo, tão somente aqueles que são funcionários públicos federais, assim como dispõe a Lei nº 8.112/90.

A referida pesquisa traz uma importante discussão no meio acadêmico e ganha cada vez mais visibilidade. A reflexão também importa pelo fato de ser um problema cotidiano que muitas pessoas vivem e que não é dada a devida importância.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste artigo foi por meio revisão pautada em pesquisas bibliográficas, com apoio de artigos científicos, doutrinas, artigos e jurisprudências, através de um estudo qualitativo, analisando o entendimento e suas consequências sobre a temática.

## 2 A SEGURIDADE E A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Como se sabe, a Previdência Social é um seguro que garante a renda do contribuinte em casos determinados. As políticas preparadas pelo RGPS são operadas

através do INSS, entre elas encontram-se os benefícios garantidores da proteção dos rendimentos de seus segurados. Entre os mais comuns e conhecidos, tem-se: aposentadoria por idade; aposentadoria por invalidez; aposentadoria por tempo de contribuição; aposentadoria especial; auxílio acidente; e, por fim, pensão por morte.

Através do que se extrai do artigo 194 da Constituição Federal de 1988, a Previdência Social faz parte do contexto da Seguridade Social, assim como ensinam Castro e Lazzari (2011, p. 85):

Previdência Social é o sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos de infortúnica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços.

Ademais, como toda norma jurídica parte de um princípio, segundo Castro e Lazzari, os que compreendem à Previdência Social, são:

[...] dos quais merecem destaque o da universalidade; o da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; o da irredutibilidade do valor dos benefícios; o da seletividade e distributividade; e o da gestão centralizada, constam do texto constitucional mais alguns princípios no que tanga à relação previdenciária.

Ao adentrarmos à questão constitucional, importante mencionar o início deste benefício. O Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) foi criado em 1990 através da Lei nº 8.029/90, sendo autarquia que inicialmente possuía uma ligação com o Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Em 1988 surgiu a Constituição Federal, que cita a Seguridade Social como sendo composta pelo tríptico da proteção social, sendo: 1) Assistência Social; 2) Saúde e 3) Previdência Social. Para Ibrahim (2012, p. 5), a seguridade é:

[...] a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna.



Ao contrário do que se pensa, apenas em 1991, entra em vigor as leis básicas da Seguridade Social, que são vigentes até os dias atuais, que são: Lei nº 8.212/91, relacionada com o custeio da Seguridade, e a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os benefícios da Previdência.

A partir disso, é notório que a evolução da Seguridade Social brasileira é acima de tudo um resultado de muita discussão, onde o Estado cedeu aos poucos à pressão dos servidores, concedendo-os o direito à Assistência, Saúde e Previdência, pilares importantíssimos da Seguridade Social.

No Brasil, a previdência social compõe dois regimes, tendo com sua principal característica a obrigatoriedade na filiação, na qual destacamos: a) o Regime Geral de Previdência Social, destinados aos segurados e dependentes do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); b) o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), tendo como beneficiários os Servidores Públicos e Militar.

### **3 DO AUXÍLIO DOENÇA PARENTAL SOB A ÓTICA DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Muito embora já tenhamos comentado acerca da possibilidade do servidor público federal, a partir da Lei nº 8.212/90 tirar licença para poder cuidar de parente próximo que está enfermo, importante ressaltarmos esta questão, tendo em vista que há grave ausência de tal benefício para aqueles inscritos no Regime Geral de Previdência Social (INSS).

Ao notar que o funcionário público federal possui tratamento diferenciado daqueles que estão em situação de risco idêntico, mas que são filiados ao Regime Geral de Previdência Social, abre-se uma lacuna. A disparidade de direitos fere diretamente as normas constitucionais, já que todos perante a Constituição são iguais.

Trataremos, primeiramente, do que define o auxílio-doença, que é compreendido como aquele que, ao ser constatada a incapacidade laborativa do segurado e se cumprida a carência exigida pela lei, o benefício será concedido pelo período em que persistir a incapacidade. Para tanto, deverá a incapacidade ser comprovada em perícia médica, estando temporariamente incapaz para o exercício de suas atividades laborais em decorrência de doença ou acidente.

Por outro lado, o auxílio doença parental se trata de uma construção de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que tem como molde a união do auxílio doença do RGPS, a licença para tratamento de saúde e a licença por motivo de doença em pessoa da família, esses dois últimos previstos no RPPS.

Assim, em tais casos, não se trata propriamente do trabalhador, mas um de seus familiares que se encontra acometido de uma doença grave que o impossibilita de se manter vivo sem a ajuda de terceiros. A justificativa para a concessão do benefício reside na perda ou diminuição da capacidade laborativa do responsável que acompanha o enfermo.

Ao que se parece justo e razoável, tem-se que o Regime Geral de Previdência não cobre a hipótese desta modalidade de auxílio. Nesse sentido, pela ausência de norma, o Projeto de Lei do Senado nº 286/2014, de autoria da Senadora Ana Amélia, foi o primeiro a objetivar a instituição do benefício. Uma vez aprovado, este projeto acrescentaria o art. 63-A na Lei nº 8.213/91, concedendo a licença remunerada para acompanhar pessoa enferma da família.

Após, surgiu o Projeto de Lei nº 711/2015, de autoria do deputado Alan Rick, pretendendo a criação do "auxílio doença de dependente menor". E ainda, com abordagem mais ampla aos demais, o Projeto de Lei nº 231/2020, de autoria do deputado Birá do Pindaré, que também objetiva a instituição do "auxílio por incapacidade temporária parental", com alteração da Lei nº 8.213/1991 e do Decreto Lei nº 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).

Apesar dos projetos acima citados, ainda em trâmite, não possuem eficácia normativa, refletem o anseio social para criação desse benefício. Ademais, diante da lacuna legislativa, demandas vêm sendo ajuizadas pleiteando sua concessão.

É incontroverso o fato de que a enfermidade causa consequências financeiras que se originam do custeio com tratamentos médicos. É incontroverso também que, na maioria dos casos, ocorre afastamento profissional para a prestação de cuidados ao parente enfermo.

Diante desse quadro, tem-se que o objetivo do auxílio doença parental é de amenizar os desgastes emocionais e financeiros que uma doença grave causa nos grupos familiares.

### **3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE AMPARAM A CONCESSÃO DO AUXÍLIO DOENÇA PARENTAL**

A ideia de beneficiar a pessoa com o auxílio doença parental, encontra respaldo em nossa Carta Magna que através de seus princípios, possível a percepção de que a possibilidade de sua concessão de fato existe.

Por outro lado, a não concessão do auxílio doença parental afronta diretamente os princípios constitucionais, tal como o da dignidade da pessoa humana, uma vez que, em todos os lugares e situações, o indivíduo, qualquer que seja, deve ter sua dignidade

respeitada. Arelado a isso, o núcleo familiar também deve ser abrangido, e para isso faz-se necessária a concessão do auxílio advindo do Estado.

Pode-se citar também o princípio do direito à vida, que nas palavras de Mário Luiz Delgado (2010):

O direito à vida é o mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico. Mais do que essencial, é um direito "essencialíssimo", porque dele dependem todos os outros direitos, razão pela qual a sua proteção se dá em todos os planos do ordenamento: no direito civil, penal, constitucional, internacional etc. Como bem lembra Luiz Edson Fachin, o direito à vida é "condição essencial de possibilidade dos outros direitos. Desenvolve-se aí a concepção da supremacia da vida humana e que, para ser entendida como vida, necessariamente deve ser digna.

Desse modo, o direito à vida dá acesso aos demais direitos. No caso do presente trabalho, o enfermo corre risco de perder sua vida, fato pode ser alterado com os cuidados prestados pelos familiares.

Adiante, tem-se também o princípio da proteção e assistência à família, de tal modo que a família tem especial proteção do Estado. Conforme sustentam os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] A principal função da família é a sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro (GAGLIANO; PAMPLONA, 2011, p. 98).

Ademais, para organizar a seguridade social, o Estado tem como base os seguintes objetivos: a) universalidade da cobertura e do atendimento; b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; d) irredutibilidade do valor dos benefícios; e) equidade na forma de participação no custeio; f) diversidade da base de financiamento;

Em relação ao princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, estes explicam a abrangência da Previdência Social, que segundo Bragança:

*A universalidade da cobertura diz respeito ao aspecto objetivo. Ou seja, trata-se de norma programática que visa proteger as pessoas diante das mais amplas contingências sociais que possam acarretar perda ou diminuição de seus ganhos ou, ainda, elevação de despesas, que comprometerão seu próprio sustento e de sua família. Na previdência social as contingências já estão previstas no art.201 da Constituição. A universalidade no atendimento refere-se ao aspecto subjetivo. Informa o princípio a intenção de amparar o mais amplo espectro de pessoas, tornando a seguridade social acessível a todos os residentes no país, independentemente de ser nacional ou estrangeiro. (BRAGANÇA, 2011, p. 104).*

Já o princípio da universalidade, como o próprio nome já diz, significa dizer que todos, sem exceção, devem ser englobados e alcançados pela seguridade social e pela proteção em todos os casos de infortúnios.

Por fim, considerado como o princípio de maior relevância, há o princípio da solidariedade, previsto na Lei da Seguridade Social (8.212/91) e na Lei do Sistema Único de Saúde (8.080/90). É um direito cujo objetivo é a redução das desigualdades sociais que possui eficácia plena e já tem eficácia na regulamentação ordinária.

Sua importância diz respeito à inclusão das pessoas para um fim benéfico, supre a ideia de que a concessão de direitos a grande parte da população é onerosa aos cofres públicos.

Portanto, tem-se que a Constituição Federal de 1988 regulamenta os princípios já existentes e aplica-os à Lei Federal assim, não é uma aventura jurídica a concessão do auxílio doença parental, e sim uma pretensão constitucional perfeitamente possível ao legislador.

#### **4 PROJETO DE LEI Nº 286/14 E SUA IMPORTÂNCIA COM BASE NO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

O Projeto de Lei nº 286 de 2014 de autoria da Senadora Ana Amélia, cujo objetivo é modificar a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, busca a inserção do artigo 63-A em sua letra.

O artigo 63-A elaborado para fazer parte da Lei nº 8.213/91, embora possua em seu teor um auxílio de extrema importância na sociedade atual, é ausente no ordenamento jurídico vigente e, por isso, não protege o segurado que necessita se ausentar do emprego

para prestar cuidados a ente familiar com moléstia. O projeto de lei nº 286/2014 ambiciona colocar um fim a essa ausência legal.

O artigo 63-A será inserido da seguinte forma, segundo redação dada pelo projeto de lei:

Art. 1º - A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescida do art. 63-A, com a seguinte redação: "Art. 63-A. Será concedido auxílio-doença ao segurado por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente que viva a suas expensas e conste da sua declaração de rendimentos, mediante comprovação por perícia médica, até o limite máximo de doze meses, nos termos e nos limites temporais estabelecidos em regulamento. (BRASIL, 2014)

A importância da aprovação do projeto de lei para que o auxílio doença parental faça parte dos demais auxílios concedidos aos segurados do INSS, vem principiantemente do fator social e da extinção da desigualdade havida entre os servidores do Regime Geral de Previdência Social e os servidores do Regime Próprio de Previdência Social.

Na situação que se encontra uma pessoa quando é surpreendida com a notícia de que uma doença começa a fazer parte da vida de um ente querido traz, sem dúvida, dano social.

Vejamos o porquê do dano social: essa pessoa terá seus dias invadidos por problemas psicológicos, sua atenção e pensamento não vão ser mais os mesmos e a capacidade de trabalhar com eficiência vai ser degradada. O empregador, por sua vez, terá problemas com as faltas do seu empregado e conseqüentemente com a diminuição de sua produção, tais faltas serão, de início, descontadas da remuneração do trabalhador que terá seus proventos cada vez mais insuficientes frente aos gastos realizados com tratamentos médicos de seu familiar doente. Tal ciclo pode ser interrompido com uma seguridade oferecida pelo regime previdenciário, regime este que tem a função de dar segurança ao contribuinte.

A adequação da legislação faz-se necessária devido às necessidades atuais, atender exclusivamente mais uma delas é a finalidade do Projeto de Lei nº 286/2014. Por isso, ele deve ser aprovado urgentemente. Foi inteligentemente elaborado quando exigiu que a outorga do benefício depende de perícia médica complexa, além disso, o tempo máximo de concessão é de até o máximo de 12 meses, não podendo ser aceita a

argumentação de que sua autorização acarretaria um custo adicional exorbitante aos cofres públicos.

Enquanto o Projeto de Lei não é aprovado, é necessário que o judiciário analise caso a caso e, com a observância dos princípios constitucionais e aplicabilidade análoga da Lei 8.112/90, ampare o segurado que está em situação de risco por ter seu familiar dependente adoecido impossibilitando-o de prover seu sustento.

Assim prevê a Constituição Federal sobre a igualdade: “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 (...)” (BRASIL, 1988).

## 7 CONCLUSÃO

As doenças graves acometem as pessoas quando elas menos esperam. Além de abalar o próprio doente essas enfermidades enternecem toda a sua família. Na maioria dos casos, os membros da família se organizam ou até mesmo fazem revezamentos entre eles para que possam prestar com eficiência os cuidados essenciais ao doente.

No entanto, algumas famílias não são contempladas com grande número de membros, elas podem, por exemplo, ser compostas por duas pessoas. Nestes casos, quando a doença grave contagia uma dessas pessoas da família torna-a totalmente dependente dos cuidados da outra. Dependendo da enfermidade, as necessidades mais básicas devem ser realizadas com auxílio de terceiro, como a locomoção, higiene, alimentação, entre outras.

O trabalhador que realiza sua atividade laboral eficientemente dia após dia, sendo ela em grupo, autônoma, desempenhando funções de risco ou não, não planeja que sua rotina se transforme, em pouco tempo, por ter um ente familiar adoecido e assim necessite abdicar sua profissão para auxiliá-lo.

Embora o trabalhador seja filiado do Regime Geral de Previdência e esteja em dia com suas obrigações, não encontra segurança, pois não há previsão de qualquer auxílio ou benefício capaz de assegurar a renda familiar enquanto o segurado encontra-se em situação de incapacidade laborativa. Por isso, foi criado o Projeto de Lei 286/14 que visa inserir o auxílio doença parental no rol dos auxílios previstos no RGPS. Diante da complexidade do tema, percebe-se que é de suma importância a aprovação do PL para a sociedade.

Conclui-se, portanto, que o projeto de lei que objetiva a implantação do auxílio doença parental junto aos demais auxílios previstos na Lei nº 8.213/91 é imprescindível para diminuir as diferenças entre os segurados do Regime Próprio de Previdência e os



segurados do Regime Geral de Previdência e para quebrar a inércia do Estado frente às situações de vulnerabilidade familiar.

Assim, diante da existência dos princípios constitucionais que regulamentaram a Constituição Federal/88 e a Lei Federal, deve a população clamar pela aprovação do Projeto de Lei e pela sua aplicação efetiva já que os princípios constitucionais também norteiam sua concessão aos demais desamparados mesmo que contribuintes da previdência social. Por isso a tese do presente artigo, dentro da possibilidade jurídica, é possível diante do paradigma existente.

## REFERÊNCIAS

BRAGANÇA, Kerlly Huback. **Direito Previdenciário**. (Parte Introdutória e Legislação de Benefícios) Doutrina, Jurisprudência e Exercícios. Vol.1. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

BRASIL, Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF, 18 de abril de 1991**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112con.s.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112con.s.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2022.

BRASIL, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Brasília, DF, 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2022.

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

BRASIL. Instituto Nacional de Seguridade Social. **Aposentadoria por tempo de contribuição**. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/beneficios/>>. Acesso em: 23 ago. 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: 24 ago. 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 6 ed. São Paulo: Conceito, 2005. CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13 ed. São Paulo: Conceito, 2011.

FERREIRA, M. **Direito Previdenciário**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. V. 6, p. 98.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. Carência. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/orientacoes/carencia/>> Acesso em: 20 set. 2022.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 17. ed. Niteroi: Impetus, 2012.

LENZA, P. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Reabilitação profissional**. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/informacoes-gerais/reabilitacao-profissional/>> Acesso em: 20 set. 2022.

Ministério da Previdência e Assistência Social. Ministério da Saúde. Portaria ° 2.998, de 23 de Agosto de 2001. Indica as doenças ou afeções que excluem a exigência de carência para a concessão de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez aos segurados do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Disponível em: <<https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=182427>>. Acesso em: 23 abr. 2022.

Ministério da Previdência Social. Instituto Nacional Do Seguro Social. Instrução Normativa N° 77, de 21 de Janeiro de 2015. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750)>. Acesso em: 23 abr. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. **Assembleia Legislativa. Projeto de lei 286/2014. Acrescenta o art. 63-A à Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que “dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências”, para instituir o auxílio doença parental**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=155415>>. Acesso em: 24 abr. 2022.

ROCHA, Daniel Machado da; JUNIOR BALTAZAR, José Paulo. Comentários a lei de benefícios da previdência social. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, N. P. da. **Auxílio doença parental**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50499/auxilio-doenca-parental/2>>. Acesso em: 24 abr. 2022.

TORRES, C. D. **Princípios da seguridade social**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11219&revista\\_caderno=20](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11219&revista_caderno=20)>. Acesso em: 24 abr. 2022.

## O DISCURSO DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA: UMA ANÁLISE DAS AUDIÊNCIAS

**CAMILA MORETTI MININEL:**

Graduanda em Direito pela  
Universidade Brasil/  
Fernandópolis.<sup>72</sup>

ALEXANDRE YURI KIATAQUI

(orientador)

**RESUMO:** As mulheres vítimas de violência doméstica têm a proteção legal da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha, para denunciarem seus agressores, bem como para restabelecerem suas vidas na sociedade, contudo, nota-se que dentro dos seus depoimentos na delegacia e nas audiências, muito se é omitido sobre o contexto real vivido por anos de agressões sofridas pelas vítimas. Apesar do ordenamento jurídico prever a proteção e acompanhamento dessas vítimas na ressocialização, o que se encontra, na realidade, é um sistema judiciário solitário para lidar com toda essa situação complexa, necessitando efetiva política governamental para ter essa rede de suporte educacional, social, psicológico, de saúde tanto para mulheres quanto para seus filhos, bem como um acompanhamento psicológico do agressor para que esse realmente compreenda os seus atos e modifique suas atitudes para evitar que mais vítimas sejam feitas.

**Palavras:** vítima, mulheres, ressocialização, assistencialismo

**ABSTRACT:** Women victims of domestic violence have the legal protection of Law 11,340, of August 7, 2006, Maria da Penha Law, to denounce their aggressors, as well as to restore their lives in society, however, it is noted that within their statements at the police station and in the court hearings, much is omitted about the real context experienced by years of aggression suffered by the victims. Although the legal system provides for the protection and monitoring of these victims in resocialization, what is actually a solitary judicial system to deal with this whole complex situation, requiring effective governmental policy to have this network of educational, social, psychological, health support for both women and their children, as well as psychological monitoring of the aggressor so that he really understands his actions and modifies his attitudes to prevent more victims from being made.

Key words: victim, women, resocialization, welfarism

---

72 Contato: camilamininel@gmail.com

## 1-INTRODUÇÃO

Analisando os depoimentos das vítimas de violência doméstica, verificou-se que é, em geral, diferente no momento da audiência do feito na delegacia de polícia na fase investigativa. Em razão disso, há a necessidade de adotar melhores procedimentos para acompanhamento da vítima, bem como a melhor compreensão daquilo que se é embutido culturalmente para realmente analisar-se os casos de agressão e o que pode se ter como consequência da “culpabilização” da vítima diante dos fatos.

Ao identificar esses fatores, pode-se auxiliar o sistema judiciário no melhor procedimento para agir com a vítima de violência doméstica, ao ponto de deixá-la mais segura, amparada psicologicamente e fisicamente diante da violência sofrida. Sendo assim, terá mais tranquilidade para depor de forma a dizer o fato verídico.

Este trabalho, sendo assim, teve o intuito de auxiliar o sistema judiciário, bem como a sociedade ao lidar com a vítima de violência doméstica para que ela se sinta realmente amparada diante do que viveu e podendo, desta forma, dizer o que realmente foi vivenciado.

O trabalho procurou investigar a existência de mudança no discurso da vítima de violência durante as audiências e sugerir melhorias no sistema judicial para melhor proteção e segurança dela, dando a vítima de violência melhor assistência e segurança para, durante a audiência, dizer tudo que realmente aconteceu e o réu ser punido de forma justa, legal.

## 2- DA PESQUISA

Mesmo com a lei de proteção à mulher, alguns depoimentos das vítimas mudam, deixando de acusar o agressor para defender sua conduta ou até mesmo inserir fatos para atribuir para si toda a responsabilidade do ato. Com base nesta situação, analisou-se os depoimentos, bem como a postura adotada pela vítima, buscando auxiliar o judiciário, bem como as próprias vítimas, a declararem o que de fato ocorreu, sem sentimento de culpa. Sendo assim, a lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 será aplicada de forma real, correta e justa, tendo em vista a verdadeira proteção da vítima.

Sendo assim, a lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 será aplicada de forma real, correta e justa, tendo em vista a verdadeira proteção da vítima.

A pesquisa aqui proposta pretendeu responder, o mais precisamente possível, as questões seguintes, constituintes do problema, quais sejam:

A- Por que há divergência nas declarações da vítima de agressão na fase de investigação e durante o contraditório judicial?

B- Qual dessas declarações que corresponde aos fatos?

C- O que o sistema judiciário pode contribuir diante desses fatos?

### **3- AS AUDIÊNCIAS**

Durante as audiências, notou-se que as vítimas procuravam não relevar inteiramente as violências sofridas, seja pelo fato de possuírem filhos com os agressores, seja por dependência econômica deles, ou, ainda, pelo fato de serem mulheres e temerem 'represálias' da sociedade.

Um das vítimas, entrevistada informalmente em ambiente externo ao da audiência, relatou que sofria violência verbal e física durante todo o período que permaneceu casada com o agressor e, por medo de não ter como se manter economicamente, por ser mulher, pela possibilidade da sociedade não acolher a mulher que sofre violência, ao contrário, sofrer preconceito e condenações do tipo, "o que você fez para que seu marido te agredisse?", suportou por anos as humilhações e condenações. Somente tomou iniciativa, pois começou a sofrer agressões físicas na frente de terceiros, causando temor pela própria vida e pela vida de seus filhos.

Outras relatam que a razão era pelo fato de estarem alcoolizados, terem ingerido drogas ilícitas, faltando o entendimento que essas só reforçam o que já existe no íntimo de cada um.

O perdão também é algo constante entre elas, que, com o tempo entre o boletim de ocorrência e a audiência, iniciaram o processo de restabelecimento de suas vidas e só desejavam seguir suas vidas.

São raros os casos em que o agressor admite tudo que fez e realmente procura mudança e ajuda para se restabelecer em sociedade, pois deve se ressaltar que, alguém que comete o ato de agredir um parceiro uma vez, a possibilidade disso ocorrer outras vezes é enorme, pois não houve modificação, tratamento psicológico para enfrentar esses problemas internos de cada agressor. Nota-se que o histórico familiar do agressor também é de agressão dentro do seu esteio familiar, sendo assim, o acompanhamento psicológico é essencial para que esse entenda, internalize e mude de atitude.

Em geral, o agressor procurava justificar suas ações perante as atitudes das vítimas e estas, querendo somente seguir suas vidas, acabam deixando de expor muitos fatos

vivenciados por elas que causaram sofrimentos imensos e feridas internas que provavelmente jamais cicatrizarão.

As vítimas, fora do ambiente de audiência, encontravam-se frágeis psicologicamente e poucas foram as que procuram ajuda médica, psicológica para seguirem suas vidas, pois, em geral, as que procuraram a polícia para proteção, possuíam condições financeiras escassa para pagar um tratamento.

#### **4- LEI**

O artigo 8, inciso I, desta Lei, determina que “a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;”.

Nota-se que isso não acontece na realidade, algo que deixa o judiciário brasileiro sem apoio para desenvolver melhor seu trabalho com as vítimas, ficando somente na parte legal e sanções previstas nos dispositivos legais, deixando, assim, as vítimas desamparadas nas suas readaptações sociais.

Um verdadeiro trabalho integrativo entre as entidades jurídicas, de assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação é de total urgência, pois está se deixando o judiciário brasileiro sem apoio algum para atuar não somente com o problema, mas também com as causas e consequências dele, deixando a vítima totalmente abandonada sem o acompanhamento necessário para a verdadeira melhoria social tanto das vítimas quanto da sociedade brasileira.

Deve-se considerar também o efeito da sobrevivitização, revitimização ou vitimização secundária, em que o próprio sistema penal, com seu espaço nada receptivo, faz com que essas vítimas revivam todo o sofrimento durante as audiências e outros atos processuais, o que ocasionou mais fragilidade psíquica delas, algo que reitera a necessidade de apoio de profissional para seu restabelecimento em sociedade, exigindo do Estado não só atuação no campo da imposição de pena.

Muito do que realmente aconteceu com a vítima e o agressor não é relatado no boletim de ocorrência, nem nos depoimentos na audiência, tornando superficial a verdadeira situação sofrida pela vítima. Elas se sentem desamparadas, pois não há um acompanhamento maior da situação, nem uma proteção para essas, que, em alguns casos, acabam voltando para seu agressor por se sentirem “abandonadas” pela sociedade, pelo sistema judiciário brasileiro.



Sofrer agressões físicas, verbais constante marca profundamente as vítimas, necessitando de um amparo maior para o restabelecimento das mulheres e até de seus filhos em sociedade, que presenciam muitos atos de agressão.

O sistema judiciário brasileiro trabalha com fatos, leis, mas em casos de agressões, envolve-se muito mais que isso. Está-se lidando com vidas que podem ser totalmente destruídas psicologicamente, tanto das mulheres quanto dos seus filhos, que, por vivenciarem isso dentro de seus lares, podem repetir isso futuramente com suas parceiras, parceiros, pois “entenderam” que é normal isso dentro do ambiente familiar. Exemplo encontrado em casos de audiências assistidas, na qual a vítima relatou, externamente ao ambiente do fórum, que o agressor era filho de outro agressor e que sua mãe sofre até hoje com o pai que a agride constantemente.

Um olhar com maior sensibilidade da parte do judiciário é algo a ser revisto, reorganizado, pois quando se trata de crimes como nesses casos, há um contexto bem mais amplo do que simplesmente o fator da lei e do enquadramento do ato dentro das especificações dessas e do ordenamento jurídico brasileiro, assim como dentro das doutrinas e jurisprudências.

O fato é julgado dentro da lei, mesmo que com depoimentos mais superficiais do fato real de cada vítima de violência doméstica. As vítimas sentem-se fragilizadas em depor num ambiente tão frio quanto um ambiente de Fórum, delegacias e mesmo tendo todo apoio legal, o ocorrido com elas necessita de um trabalho com mais humanização, necessitando de profissionais que as amparem mais, como psicólogos, assistentes sociais.

Todo o sistema judiciário brasileiro não tem como dar um suporte amplo se não possuir uma rede de apoio trabalhando com ele para que realmente se ressocialize as vítimas de violência doméstica.

As vítimas, ao saírem das audiências e após o trânsito em julgado das sentenças, bem como seus filhos, sentem-se totalmente abandonadas, pois não possuem apoio para curarem, ou amenizarem seus traumas. Assim como o agressor não teve consciência real do seu ato e, provavelmente, irá repetir suas ações com parceira seguinte e, se essa se encaminhar à delegacia para fazer o boletim de ocorrência, será mais um caso para a ficha criminal do agressor, o que na maioria das vezes não ocorre pelo fato das mulheres terem medo de como serão tratadas pela sociedade em geral. Caso ocorra, só aumentará a ficha criminal, não ocorrendo efetiva mudança das atitudes, pois não há a real internalização e reflexão sobre seus atos, o que não ocasiona mudança de suas atitudes, mas sim constante repetição dos atos agressivos.

Observa-se que, na maioria dos casos, somente há aplicação das sanções penais, algo que não é suficiente para o real problema enfrentado nos casos de violência contra a mulher no âmbito familiar.

## **5- APLICAÇÃO DA LEI**

Deve-se realmente aplicar o disposto na Lei 11.340/2006, título III, Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, Capítulo I, Das medidas integradas de prevenção, na qual União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, algo que não ocorre na sociedade brasileira.

Durante o diálogo com as vítimas que iriam depor nas audiências, nota-se a fragilidade psicológica que se encontram, mesmo após anos do fato ocorrido. Primeiramente, elas não são vítimas de somente um fato isolado, foram anos sofrendo agressões. Segundo que, elas sentem que somente serão ouvidas, haverá a sentença do réu e depois disso, estão sozinhas numa sociedade que não as apoia, ao contrário, julga-as pelo fato ocorrido, tentando culpá-las pelo incidente, dentro da visão distorcida que a cultura impõe.

As vítimas também relataram que, os agressores, em geral, foram criados em ambientes que a violência doméstica era normal no seu cotidiano, sendo suas mães tão vítimas quanto as suas companheiras. Desta forma, os agressores, em sua grande maioria, foram vítimas também em seus lares quando crianças, pois vivenciaram suas mães sofrendo agressões dos pais, companheiros.

De que adianta puni-los somente se provavelmente irão repetir os atos com as próximas parceiras, pois foram criados em ambientes que tudo se resolvia com violência? Sendo assim, os agressões, além das medidas legais de sanção aplicadas a seus atos de violência, devem também ter um acompanhamento psicológico, pois assim teremos um sistema que não somente trata de fatos, mas sim das causas e consequências da violência contra a mulher na sociedade brasileira.

A lei prevê em seu artigo 9º, Capítulo II, Da Assistência à Mulher em situação de violência doméstica e familiar, "A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.". Contudo, mesmo com a previsão legal, não ocorre de fato, pois a rede de suporte deve trabalhar mais próximo do sistema judiciário brasileiro, acompanhando realmente cada caso, cada vítima de agressão. Esses suportes de

tratamentos psicológicos das vítimas na realidade não ocorre realmente, ressaltando que os filhos das vítimas também são vítimas dessa situação.

## **6- CONCLUSÃO**

As políticas públicas necessitam aplicar literalmente o que dispõe o artigo dessa Lei, bem como ampliar o sistema de apoio às vítimas, assim como o acompanhamento dos agressores para que realmente trabalhe-se em cima das causas e consequências das agressões domésticas, reestruturando a sociedade em suas visões deturpadas que foram criadas e repetidas dentro do ambiente doméstico familiar.

Podemos considerar, neste sentido, a teoria das janelas quebradas ou "broken windows theory" é um modelo norte-americano de política de segurança pública no enfrentamento e combate ao crime, tendo como visão fundamental a desordem como fator de elevação dos índices da criminalidade. Nesse sentido, a tal teoria determina que, se não forem reprimidos, os pequenos delitos ou contravenções conduzem, inevitavelmente, a condutas criminosas mais graves, em vista do descaso estatal em punir os responsáveis pelos crimes menos graves. Torna-se necessária, então, a efetiva atuação estatal no combate à criminalidade, seja ela a microcriminalidade ou a macrocriminalidade.

Desta forma, vimos que a ação estatal dentro da violência doméstica com políticas públicas que trabalhem em apoio ao sistema judiciário brasileiro, lidando com todo contexto social envolvido na violência doméstica, é de total urgência, pois nunca será solucionado essa situação sem uma política efetiva, ocasionando assim, um aumento na criminalização brasileira, algo que nunca será sancionado somente com leis que punem o agressor, sem a total consciência e modificação de vivência desses dentro do âmbito familiar.

Encontraremos assim, cada vez mais, vítimas de violência doméstica sentindo-se totalmente desamparadas, pois aquilo que viveram e vivenciam é tão macro, que o sistema judiciário brasileiro jamais poderá resolver sozinho, causando assim, vítimas que não exponham toda a verdade vivida dentro dos seus depoimentos, tentando retomar suas vidas, quando conseguem, sem estrutura alguma de apoio governamental, bem como seus filhos que assimilam em suas vivências que a violência doméstica é comum, bem como o agressor jamais compreenderá o real sobre os seus atos, repetindo-os sempre que possível.

É notório que enfrentamos um problema totalmente estrutural de nossa sociedade, algo que não se resolve somente com imposições de sanções penais, pois utilizando-se somente disso, nunca se trabalha realmente a causa dos problemas da

violência doméstica, muito menos as consequências disso na vida de todos os envolvidos. A efetiva prática de políticas públicas de conscientização sobre a violência doméstica é de tamanha urgência, pois estamos lidando com um sistema que nunca conseguirá solucionar o grave problema de violência doméstica somente com criações de leis e mais leis, mesmo porque o primordial é mudar a visão sociocultural que a sociedade brasileira enfrenta em relação à violência doméstica sofrida pela mulher e as crianças, que conseqüentemente serão adultos que replicarão o aprendizado vivido em seus lares.

Dentre as falhas na aplicação da Lei Maria da Penha, tem-se que o Estado peca no acompanhamento e conscientização dos agressores, bem como das vítimas não somente durante o processo, mas após ele também, já que os problemas causados pela agressão continuam e somente a sanção penal não se resolve com efetividade a situação. Esse acompanhamento não seria somente o encaminhamento das vítimas às casas-abrigo, mas toda uma rede de suporte para o restabelecimento psicológico, social, tanto da mulher, quanto dos filhos que são tão vítimas quanto elas e do agressor, que deve não somente cumprir as sanções aplicadas a ele, mas também realmente entender a gravidade de seus atos e modificar para a interrupção efetiva de suas atitudes. Não se deve esquecer que o agressor de hoje foi uma criança ontem que, em sua grande maioria, presenciou as mesmas atitudes que tem hoje nos seus pais, padrastos em relação às suas genitoras.

Devemos entender o problema da violência doméstica como algo macro, que a Lei Maria da Penha, assim como todo o sistema judiciário brasileiro não possui meios de amparar toda a situação deficitária que se encontra uma vítima de violência doméstica, bem como os seus filhos e agressores também.

As políticas públicas devem se iniciar desde o âmbito escolar nas idades iniciais, bem como o de campanhas para conscientizar toda a população para que se tenha efetiva mudança de ideais culturais de como se tratar a parceira do lar para que se diminua os casos no país e tenhamos real mudança sociocultural da população como um todo.

O acompanhamento total e constante das vítimas de violência até seu restabelecimento efetivo na sociedade, bem como seus filhos e agressor, torna-se, neste momento, o principal meio que o Estado deve ter com suas políticas públicas para amparo e apoio ao judiciário, bem como aos envolvidos.

Deste modo, deve se repensar e aplicar corretamente o que está disposto nos artigos da Lei Maria da Penha para que o trabalho de punição e acompanhamento do agressor, bem como a ressocialização da vítima e seus filhos, seja um trabalho efetivo e composto por uma rede de apoio de políticas governamentais com o sistema judiciário brasileiro.

## REFERÊNCIAS:

\_\_\_\_\_. LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. 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: 23 novembro de 2021.

ROSENBERG, Marshal B. Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 5 ed. São Paulo: Ágora, 2021.

<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/146770896/janelas-quebradas-uma-teoria-do-crime-que-merece-reflexao> . Acesso em: 29 de outubro de 2021

LISPECTOR, C. A Bela e a Fera. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979. Nota: Trecho do conto "Gertrudes Pede um Conselho"

## COLABORAÇÃO PREMIADA E O SEU REFLEXO NA APLICAÇÃO DA PENA

THALINE EMANUELLE FERREIRA FRÓES<sup>73</sup>

**Resumo:** O presente trabalho trata do instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro. A proposta desta pesquisa é abordar o campo teórico conceitual, com base em fontes legais, doutrinárias e jurisprudenciais, recorrendo a metodologia dedutiva e qualitativa a partir de revisões bibliográficas, no intuito de analisar a aplicabilidade do instituto da colaboração premiada, utilizando-se para tal abordagem as inovações trazidas pela Lei 12.850/2013 e a sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro até os dias atuais. Destaca-se que a colaboração premiada é um dos meios de provas que refletem na sentença dada pelo Juiz, que tem a faculdade de atribuir-lhe eficácia, conferindo ou não as suas benesses ao colaborador.

**Palavras-chave:** Colaboração premiada. Ordenamento jurídico. Homologação.

### INTRODUÇÃO

A temática envolvendo o instituto da colaboração premiada é, atualmente, um dos assuntos mais discutidos, seja no âmbito jurídico, seja no âmbito jornalístico. Um dos fatores que contribui para essa discussão é a necessidade de combater a criminalidade, principalmente, nos crimes relacionados a determinada camada da sociedade, como a Operação Lava Jato que contou com a colaboração premiada de vários investigados.

A aplicação da Lei Penal é imprescindível para a percepção social de segurança nos casos de crimes, especialmente aqueles complexos, cometidos por Organizações Criminosas. Logo, o Direito tem o dever de oferecer à sociedade respostas jurídicas condizentes com a sua função mais ilustrada, qual seja, promover a justiça.

Apesar de sua constante aplicação no ordenamento pátrio, há juristas que criticam o instituto da colaboração premiada por entenderem que o Estado está institucionalizando o "estelionato judicial" e fundamentando as condenações nas palavras de um traidor, que não deixa de ser também um criminoso, conforme será demonstrado no presente trabalho.

O instituto da colaboração premiada é um benefício legal concedido ao investigado caso ele colabore com a justiça, com informações úteis sobre a localização de bens e produtos do crime, os quais estão ocorrendo, no caso de sequestro, por exemplo, e entregando os seus comparsas.

---

73 Contato: thalineemanuelle@hotmail.com



A colaboração premiada deve ser um ato voluntário do agente, que agindo por espontânea vontade e de acordo com os benefícios ofertados, contribui com a persecução penal. Entretanto, o colaborador tem que fornecer informações relevantes capazes de desfazer toda a estrutura do crime, como destaca o ilustre Vladimir Aras (2015), que discute sobre a técnica da colaboração premiada: “[...] o colaborador deve oferecer informações minuciosas e precisas, inclusive sobre o *modus operandi* dos coimputados e o *iter criminis*.”

É por meio da colaboração premiada que o sujeito processual, chamado de “delator”, rompe com o seu silêncio e contribui para a elucidação do crime, evitando sua consumação e ajudando na manutenção da ordem pública.

Desta forma, o objetivo do presente trabalho visa abordar o instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro e a sua importância para a segurança pública, haja vista que há inúmeras críticas sobre a sua constitucionalidade, sendo de grande relevância a discursão de um tema tão debatido no país.

O presente trabalho foi dividido em três capítulos, sendo que no capítulo inaugural abordará a evolução histórica e tratamento legal dentro do ordenamento jurídico brasileiro e o conceito da colaboração premiada. Posteriormente, o segundo capítulo discorrerá sobre os requisitos e homologação do acordo da colaboração premiada. Por fim, o terceiro capítulo versará sobre o instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando os posicionamentos contrários e favoráveis sobre a aplicabilidade do referido instituto na legislação Penal Brasileira para o desenrolar das investigações.

## **1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA**

Preliminarmente, antes de tratar sobre o instituto da colaboração premiada, é necessário traçar um breve panorama para compreender sua origem e quais fatores contribuíram para formação do seu conceito.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2020), desde tempos mais antigos, a história é rica em apontar a traição entre os seres humanos, tendo a título de exemplificação, Judas Iscariotes que vendeu Cristo por 30 moedas, e Calabar que entregou os brasileiros aos holandeses. Para o referido autor, com o avançar das eras e o aumento da criminalidade, os ordenamentos jurídicos passaram a prever sobre a possibilidade de se premiar a traição, surgindo, assim, a colaboração premiada.

Na esteira de estudos de André Moreira de Abreu Luz *et al.*:

É, também, nesse momento histórico, conforme se pode contatar através da leitura dos textos (Bíblia Sagrada), que se tem o episódio da narrativa de “delação premiada” mais afamada no ocidente, quando Judas Iscariotes delata a identidade de Jesus de Nazaré ao Império Romano, em troca de 30 moedas de prata (LUZ et al., 2017, p. 179).

A origem histórica da colaboração premiada não é considerada tão recente, como afirma Renato Brasileiro: “[..] já era encontrada, por exemplo, no sistema anglo-saxão, do qual advém a origem da expressão *crown witness*, ou testemunha coroa” (LIMA, 2016, p. 520).

No mesmo sentido, o professor Guilherme Costa Câmara (2018) afirma:

Cumprir exprimir, logo de saída, que o direito penal *premier* não é nenhum *novum*. Nova, inegavelmente, é a alargada dimensão atual de seu emprego como instrumento político criminal de prospecção investigativa, orientado a outorgar um plus de eficácia à *persecutio criminis*, nomeadamente em uma faixa da criminalidade especialmente corrosiva ao tecido social (CÂMARA, 2018, p. 322).

Ainda segundo o autor “[...] nas Ordenações Filipinas (que vigoram do ano 1603 até à promulgação, em 1830, do Código Criminal do Império do Brasil), no Título CXVI, do Livro V, ostentava a seguinte rubrica: ‘Como se perdoará aos malfeitores que derem outros à prisão’ (CÂMARA, 2018, p. 322, grifo do autor).

Contudo, é no direito norte-americano que o instituto da colaboração premiada ganha mais destaque, como assevera Renato Brasileiro de Lima (2020):

É no direito norte-americano que a utilização da colaboração premiada sofre forte incremento, sobretudo na campanha contra a máfia. Por meio de uma transação de natureza penal, firmada por Procuradores Federais e alguns suspeitos, era prometida a estes a impunidade desde que confessassem sua participação e prestassem informações que fossem suficientes para atingir toda a organização e seus membros (LIMA, 2020, p. 524).

O instituto da colaboração premiada também está previsto em tratados internacionais que o Brasil aderiu, como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo ou UNTOC), a qual o Brasil aderiu em 15 de novembro de 2000. Também, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de

Mérida ou UNCAN), que foi assinada pelo Brasil em 09 de dezembro 2003, sendo ratificada pelo Decreto nº 5.687/2006, conforme preceitua Márcia Maria Vargas Rojas Bonoldi (2015):

Quanto ao seu caráter global e transnacional, está também previsto em tratados internacionais, como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo ou UNTOC), à qual o Brasil aderiu em 15 de novembro de 2000, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida ou UNCAC), assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e ratificada pelo Decreto nº 5.687/2006 (BONOLDI, 2015, p. 05).

A colaboração premiada consiste em um meio de prova por intermédio do qual o investigado, ao prestar suas declarações, coopera com a atividade investigativa, confessando crimes e indicando a atuação de demais pessoas envolvidas com a prática criminosa, recebendo em troca benefícios processuais, como destaca Mario Sérgio Sobrinho (2009):

a colaboração premiada é o meio de prova pelo qual o investigado ou acusado, ao prestar suas declarações, coopera com a atividade investigativa, confessando crimes e indicando a atuação de terceiros envolvidos com a prática delitiva, de sorte a alterar o resultado das investigações em troca de benefícios processuais (SOBRINHO, 2009, p. 47).

Nesse sentido, adverte Eduardo Araújo Silva (2014):

A colaboração premiada, também denominada de cooperação processual (processo cooperativo) ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação processual, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a se consumir (colaboração preventiva) assim como auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando as suas prisões (colaboração repressiva) (SILVA, 2014, p. 52).

Em outras palavras, a colaboração premiada pode ser definida como toda e qualquer espécie de colaboração em que o autor, coautor ou partícipe da infração penal, além de confessar sua participação no ilícito, abrindo mão do seu direito ao silêncio, fornece ao Estado, no exercício da atividade de persecução penal, informações pertinentes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, objetivando em troca da

colaboração, benefícios penais previstos em lei, assim como destaca Renato Brasileiro de Lima (2020):

colaboração premiada pode ser conceituada como uma **técnica especial de investigação (meio extraordinário de obtenção de prova)** por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal. Portanto, ao mesmo tempo em que o investigado (ou acusado) confessa a prática delituosa, abrindo mão do seu direito de permanecer em silêncio (*nemo tenetur se detegere*), assume o compromisso de ser fonte de prova para a acusação acerca de determinados fatos e/ou corrêus. Evidentemente, essa colaboração deve ir além do mero depoimento do colaborador em detrimento dos demais acusados, porquanto não se admite sequer o recebimento de uma peça acusatória baseado única e exclusivamente na colaboração premiada (LIMA, 2020, p. 867, grifos do autor).

Quanto a natureza jurídica, a doutrina afirma que o instituto da colaboração premiada possui natureza jurídica de meio de obtenção de prova, como afirma Lima (2020) a despeito da redação confusa do art. 3º-A da Lei n. 12.850/13, incluído pela Lei n. 13.94/19 Art. 3º-A: "O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos" (BRASIL, 2013).

Cumpramos ressaltar que a colaboração premiada e delação premiada não são sinônimos, pois a delação é uma espécie de colaboração, como preleciona Teixeira (2017):

A doutrina aponta cinco espécies de colaboração premiada, quais sejam: a) delação premiada; b) colaboração reveladora da estrutura e do funcionamento da organização; c) colaboração preventiva; d) colaboração para localização e reparação de ativos; e) colaboração para libertação (TEIXEIRA, 2017, p. 80).

Nas lições dos ensinamentos de Vladimir Aras (2015):

Na modalidade "*delação premiada*", o colaborador expõe as outras pessoas implicadas no crime e seu papel no contexto delituoso, razão pela qual o denominamos de *agente revelador*. Na hipótese de "*colaboração para libertação*", o agente indica o lugar onde está

a pessoa sequestrada ou o refém. Já na “*colaboração para localização e recuperação de ativos*”, o autor fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos à lavagem. Por fim, há a “*colaboração preventiva*”, na qual o agente presta informações relevantes aos órgãos de persecução para evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita (ARAS, 2015, s/p).

No Brasil, a primeira lei que tratou expressamente da colaboração premiada foi a 8.072/90 - Lei dos Crimes Hediondos, que prevê em seu artigo 8º, parágrafo único que: “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços” (BRASIL, 1990). O referido dispositivo que está em vigor, aplica-se especificamente aos casos em que, os crimes de que tratam a lei, doravante por meio de associação criminosa, seja desfeita em razão de denúncia feita por um dos seus integrantes, como preleciona Renato Brasileiro de Lima (2020):

A primeira Lei que cuidou expressamente da colaboração premiada foi a **Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90)**, cujo art. 8º, parágrafo único, passou a prever que “*o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços*”. Este dispositivo legal, que permanece vigente e válido, a despeito da entrada em vigor da Lei nº 12.850/13, aplica-se exclusivamente aos casos em que, praticados os delitos de que cuidam a referida lei, doravante por meio de associação criminosa, esta seja desmantelada em razão de denúncia feita por um de seus integrantes. Logo, demonstrando-se que não havia uma associação criminosa para o fim de praticar crimes hediondos ou equiparados, ou seja, que um crime de tal natureza foi praticado em mero concurso eventual de agentes, não se admite o reconhecimento da delação premiada, mesmo que as informações prestadas pelo delator sejam eficientes para a identificação dos demais coautores e partícipes (LIMA, 2020, p. 872, grifos do autor).

Também havia a previsão do instituto da colaboração premiada na Lei 9.034/95, que dispunha sobre a utilização dos meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Posteriormente veio a Lei nº 9.080/95, que modificou a lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86) e na lei que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei nº 8.137/90).

O instituto da colaboração premiada também está previsto em vários outros dispositivos do ordenamento pátrio: na Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98), há a possibilidade de colaboração premiada caso as informações fornecidas pelo agente sejam eficientes à apuração das infrações penais, identificação dos agentes, coautores e partícipes ou à localização dos bens; Na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), no seu artigo 41, *caput* que prevê que o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime na recuperação total ou parcial produto do crime, no caso de colaboração terá pena reduzida de um terço a dois terços; Lei de Proteção às Testemunhas (Lei nº 9.807/990), dentre outras.

Contudo, embora a colaboração premiada exista desde a década de 1990, não havia um regramento específico que proporcionasse maior eficácia à colaboração premiada. Foi com o surgimento da Nova Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), que tem como objetivo tratar sobre a investigação criminal, as infrações penais e os meios de obtenção de provas, que a colaboração premiada ganhou maior abrangência.

Na esteira de estudos de Vinicius Gomes de Vasconcellos (2014):

Diversos diplomas legais abordaram o instituto (em resumo, Lei de Crimes Hediondos, Lei de Proteção à Vítima e à Testemunha e Lei de Entorpecentes), porém sempre de modo deficitário, sem atentar ao aspecto procedimental, mas sim às suas consequências penais. Contudo, com o advento da Lei 12.850/13 tal cenário foi modificado em razão dos novos dispositivos legais introduzidos, que, embora direcionados à persecução penal de delitos relacionados a organizações criminosas, podem ser utilizados às delações premiadas em geral por analogia. (VASCONCELLOS, s/p, 2014).

A Lei nº 12.850/2013 foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro de forma mais clara, supriu algumas lacunas até então existentes, prevendo medidas contra o crime organizado, sem descuidar dos direitos e garantias do colaborador, como o artigo 4º, § 15 que requer a presença do defensor em todos atos de confirmação e negociação, senão vejamos: "Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor" (BRASIL, 2013).

A Nova Lei de Organizações Criminosas passou a conferir maior eficácia, principalmente, por regulamentar a celebração do acordo de colaboração premiada,



dispondo sobre a legitimidade para a proposta, o conteúdo do acordo e necessária homologação judicial.

Destarte, a referida lei em comento determina os critérios para o balizamento do benefício: a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (art. 4º, § 1º) (MENDRONI, 2014).

## **2. A HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E OS SEUS REQUISITOS**

A homologação dos acordos de colaboração premiada é imprescindível para garantir a legalidade e a segurança jurídica nos fatos mencionados e firmados entre as partes. É na fase de negociação que são apresentados ao colaborador as benesses pela sua contribuição na persecução penal.

Para Lima (2016), é a vinculação que o ato trará ao próprio Poder Judiciário, garantindo ao criminoso que optar por colaborar a aplicação das benesses legais que lhe fora negociado com o Ministério Público, agora lastreado numa homologação judicial.

Diante das informações prestadas, o colaborador será beneficiado com algumas vantagens, que vão desde a pena reduzida, substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, podendo obter até o perdão judicial, conforme preceitua Vladimir Aras (2015):

[..] o agente devidamente assistido pela defesa técnica, abdica do seu direito constitucional ao silêncio, decide falar e, caso sua colaboração seja efetiva, plena e voluntária terá sua pena reduzida (causa especial de redução de pena) ou será beneficiado por perdão judicial (causa extintiva da pubilidade) ou por acordo de imunidade. Há também a possibilidade de concessão de outros benefícios, como a aplicação de penas substitutiva ou a especificação de regime menos gravoso de execução penal, assim como a instituição de medidas pessoais de proteção (ARAS, 2015, s/p).

Essas benesses concedidas pelo Estado têm como objetivo desvendar os crimes ocorridos, principalmente aqueles complexos, cometidos por organizações criminosas. O artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 traz os requisitos a serem observados para o reconhecimento da colaboração premiada, senão vejamos:

O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

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

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

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

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL, 2013).

Destarte, no art. 4º § 6º da Lei em comento destaca que o magistrado não participará do acordo da colaboração premiada, tendo em vista que este será realizado entre o acusado, defensor e o Ministério Público ou Delegado de Polícia, após ser ouvido o Ministério Público. Deste modo, vai bem o aludido diploma legal ao inferir a não participação do juiz, delimitando seu papel ao de garantia da legalidade e do respeito aos direitos fundamentais do acusado por meio do controle acerca da homologação da colaboração premiada (VASCONCELLOS, 2014).

Ao juiz caberá identificar somente se estão presentes os requisitos para a homologação do acordo de colaboração premiada, conforme o § 7º do referido dispositivo, vejamos:

Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação:

I - regularidade e legalidade;

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo;

III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo;

IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares (BRASIL, 2013).

A homologação do acordo da colaboração premiada ocorrerá depois de encerrada a fase de negociação e após ter sido firmado o termo de colaboração, contendo todas as informações prestada pelo colaborador, juntamente com a cópia da investigação, que serão remetidas ao juízo competente.

Na homologação do acordo de colaboração premiada, não significa o que o juiz esteja de acordo com todo o seu conteúdo, mas que o acordo firmado entre as partes está de acordo com a lei. Assim como afirma Mendroni (2016), “[...] o juiz deverá se ater somente aos aspectos formais e legais do termo, não sendo sua competência discutir o conteúdo do acordado entre acusação e colaborador.”

Nesse sentido foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC.127483/PR, tendo como relator ministro Dias Toffoli no HC.127483/PR, publicado no DJE em 19/08/2015: “[...] A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador.”

Neste ato, o juiz irá verificar o temo e os elementos necessários a sua composição (veracidade das informações prestadas por parte do colaborador) e decidirá, então, pela homologação ou não do acordo. Assim, se o juiz perceber a ausência de requisitos legais, poderá recusar o acordo, sendo que essa recusa total ou parcial, como destaca Marson e Marçal (2017) no acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef:

Foi precisamente o que fez o Min. Teori Zavascki (Pet.5.244/STF) – quando da homologação do acordo de colaboração premiada firmado entre o Ministério Público Federal e o colaborador Alberto Youssef - ao decota uma cláusula que indicava prévia e definitiva renúncia pelo investigado ao direito de recorrer, o que afrontaria o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV, da CR/88) (MARSON; MARÇAL, 2017, p. 158).

O acordo de colaboração premiada não é uma obrigação apenas do colaborador, mas também do Estado, que com as informações fornecidas pelo acusado deve conceder os benefícios, pois um dos objetivos da homologação judicial é garantir o cumprimento do acordo, como bem destaca Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015):

[o] acordo não pode gerar obrigações somente para o acusado colaborador. O Estado também assume obrigações, e uma delas é justamente conceder os prêmios nos moldes do que foi pactuado e devidamente homologado pelo juiz. Não haveria sentido à homologação se não vinculasse o Poder Judiciário. Aliás, a homologação judicial tem a finalidade de garantir futuramente o cumprimento do acordo pelo Estado juiz se alcançar os resultados (GOMES; SILVA, 2015, p. 283-284).

Se o acusado colaborou cumprindo todo o acordo, tendo sua cooperação sido determinante no alcance dos resultados lá previstos, será uma obrigação do juiz conceder os prêmios (GOMES; SILVA, 2015).

Aras (2015, s/p) aponta que “[...] quanto mais o investigado ou acusado colaborar com a Justiça, maiores serão os benefícios que lhe poderão ser deferidos pela autoridade judiciária, que ficará ciente de toda a extensão da cooperação [...]”.

### **3. COLABORAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Não obstante, no ordenamento jurídico brasileiro, a colaboração premiada vem sendo lapidada e tratada de forma minuciosa por vários dispositivos. Há muitas críticas quanto a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois há parte da doutrina, como afirma Aury Lopes Jr., que pondera que:

É imprescindível muito cuidado por parte do juiz ao valorar essa prova, pois não se pode esquecer que a delação nada mais é do que uma traição premiada, em que o interesse do delator em ser beneficiado costuma fazer com que ele atribua fatos falsos ou declare sobre acontecimentos que não presenciou, com o inequívoco interesse de ver valorizada sua conduta e, com isso, negociar um benefício maior (LOPES Jr., 2016, p. 247).

Segundo Alexandre Morais da Rosa (2017), hodiernamente, as colaborações premiadas tornaram-se produtos de pressão e de arruinamento de reputações, diante da formação de pós-verdade, em detrimento de sua função original, de ser um instrumento de descoberta de informações. Para o autor, além de compreender, é necessário identificar aquilo que se chamou de “estelionato judicial”, quando um réu apresenta uma falsa delação, às vezes envolvendo agentes públicos para gerar maior interesse, somente para ganhar os benefícios acordados.

Para o ilustre professor Raúl Eugênio Zaffaroni:

A impunidade de agentes encobertos e dos chamados ‘arrepentidos’ consitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: o Estado não pode se valer de meios imorais para evitar a impunidade [...] o estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço da sua impunidade para fazer ‘justiça’, o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria” (ZAFFARONI, 1996, p. 45).

Vários princípios constitucionais, especialmente no âmbito processual penal, estariam sendo violados pela forma como o instituto da colaboração premiada vem sendo aplicado, como afirma J.J Gomes Canotilho e Nunes Brandão:

Dado que, numa lógica utilitarista, o Estado admite negociar aqui a própria justiça, nomeadamente, a justiça penal que deveria reservar à conduta criminosa do colaborador, com o fim de perseguir criminalmente outras pessoas, afigura-se altamente problemática compatibilização deste meio de obtenção de prova com o cânone do Estado de direito e dos princípios constitucionais- penais e processuais penais, mas não só- que deve se projectam ou gravitam na sua órbita (CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p. 14).

Nas palavras de Alexandre Morais da Rosa (2017):

a colaboração premiada “é o mecanismo pelo qual o Estado autoriza, no jogo processual, por mecanismo de barganha, o estabelecimento de um ‘mercado judicial’, pelo qual o colaborador, assistido por um advogado, negocia com o Ministério Público, informações capazes de auto incriminar o agente e carrear elementos probatórios contra terceiros” (ROSA, 2017, p. 527, grifos do autor).

Em contrapartida, há parcela da doutrina que defende o instituto, como Cléber Masson. Para o referido autor, quem pensa contrário ao instituto da colaboração premiada pode estar padecendo da Síndrome de Alice, tão bem destacada por Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2009):

[...] é fundamental que o direito e o processo penal tenham maior efetividade no enfrentamento da criminalidade moderna. E isso não representa em hipótese alguma um discurso autoritário, arbitrário, como tende a entender certa parcela da doutrina, que, de forma generalizada, tacha de 'neonazistas', de retrógrados, de defensores do movimento de 'lei e ordem', do direito penal do inimigo, de antidemocráticos, de filhotes da ditadura etc. todos aqueles que advogam a restrição de algumas garantias processuais em casos limites de criminalidade grave, e isso quando é de conhecimento notório que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos. [...] Essa postura preconceituosa e antidemocrática de certa parcela da doutrina revela um comportamento típico de quem foi acometido, pode-se dizer, pela '**síndrome de Alice**', pois mais parece viver num 'mundo de fantasia', com um '**direito penal da fantasia**', onde não existem homens que – de forma paradoxal – são movidos por verdadeiro descaso para com a vida humana; **um mundo no qual não existem terroristas, nem organizações criminosas nacionais e internacionais a comprometer as estruturas dos próprios Estados e, por conseguinte, o bem-estar da coletividade e a sobrevivência humana** (BEDE JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 26-28, grifos dos autores).

No mesmo sentido é o posicionamento de professor Renato Brasileiro de Lima. Para ele, a colaboração premiada é um meio de prova eficaz e necessário, senão vejamos:

A impossibilidade de se obter outras provas, em virtude da "lei do silêncio" que vige no seio das organizações criminosas; A oportunidade de se romper o caráter coeso das organizações criminosas (quebra da *afectio societatis*), criando uma desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade da colaboração premiada (LIMA, 2014, p. 516).

Nessa toada, também defende o instituto da colaboração premiada o professor Gonçalves:

[..] a colaboração premiada é indispensável no âmbito da criminalidade organizada, e os ganhos que podem de aí advir



superam largamente, os inconvenientes apontados pela doutrina. O instituo vem, em verdade na mesma linha da confissão, do arrependimento eficaz e da reparação do dano, nada havendo aí de imoral (GONÇALVES; BALTAZER JUNIOR, 2015. p. 694).

Segundo Aras (2015), é um grande equívoco, que não honra a honestidade intelectual, que deve balizar o exame crítico desse polêmico instrumento processual, útil para a sociedade e para as pessoas envolvidas em graves ocorrências criminais.

Cabe ressaltar que, em 2018, o Procurador Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5.508 perante o Supremo Tribunal Federal. Foi questionado na referida ADI sobre a legalidade do delegado de polícia conduzir acordos de colaboração premiada, alegando ferir vários preceitos constitucionais, como o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV) e a moralidade administrativa (artigo 37, *caput*).

Porém, a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada improcedente por maioria de votos. Para os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), embora o delegado de polícia proponha ao colaborador o benefício de redução da pena ou até mesmo o perdão judicial, para a concretização dessas benesses é necessário o pronunciamento do Poder Judiciário.

Nesse ínterim, também foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 84.609, ao qual afirmou que se presentes os requisitos para a colaboração premiada, sua incidência é obrigatória. Entretanto, cabe ressaltar que caberá ao juiz verificar qual a benesse cabível ao acusado por ter colaborado.

Se não houver o instituto da colaboração premiada, seria muito complicado às instituições encarregadas da apuração dos crimes localizarem os envolvidos nas práticas delituosas, principalmente porque se tratam de crimes complexos, como é o caso das organizações criminosas que estão cada vez mais bem estruturadas.

Além disso, o acordo de colaboração premiada é uma elaboração das partes que vai se aprimorando à medida que as informações e os fatos apontados pelo colaborador são reconhecidos, verificados e ratificados.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar o instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua eficácia no combate ao crime organizado, em especial a partir das disposições trazidas pela Nova Lei de Organizações Criminosas – Lei nº 12.850/2013, que definiu o conceito de organização criminosa,

regulamentou os meios de obtenção de provas, do mesmo modo que o seu procedimento criminal.

A partir da análise do instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, percebeu-se que vários dispositivos legais que abordaram e expandiram sucessivamente os mecanismos negociação na justiça criminal brasileira, percebeu-se que, até a introdução da Lei 12.850/13, a tratativa quanto a colaboração premiada se mostrava insuficiente e desordenado, especialmente em relação aos aspectos procedimentais da realização do acordo.

Apesar da análise crítica da colaboração premiada merecer trabalho específico, importante faz-se destacar que, diante de argumentos minoritários que criticam o instituto da coloração premiada, para a doutrina majoritária a colaboração premiada tem como objetivo ser um meio de obtenção de elementos de prova para proporcionar a apuração de crimes de maneira mais célere, com a aplicação das respectivas punições e benesses, quando se depare com crimes como o crime organizado, que cada vez mais se fortalece no Brasil.

É importante destacar que, a colaboração premiada trouxe um importante benefício ao Estado, qual seja colaborar no desenvolvimento das investigações criminais, tendo em vista que as organizações criminosas estão cada vez mais estruturadas e fortalecidas, dificultando o trabalho dos órgãos de investigação. Assim, a colaboração premiada se faz necessário no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um meio eficaz no combate ao crime organizado, na prisão dos infratores na recuperação dos produtos dos crimes, etc., pois as informações obtidas durante a fase de investigação vêm dos próprios membros das organizações criminosas.

Desse modo, é inconcebível destacar que, para uma colaboração premiada eficaz, são necessárias provas documentais, periciais e técnicas, bem como outros depoimentos de fontes independentes, não bastando que o acusado apenas compareça em juízo e fale qualquer informação contra dos corréus ou partícipes dos crimes.

Daí, se mostra a importância da negociação dos termos da colaboração premiada entre o advogado ou defensor do acusado e o Ministério Público, de maneira que ao longo de vários encontros entres ambas as partes sejam reconhecidos os elementos indiciários e as provas que ratificarão as informações prestadas pelo colaborador, não cabendo ao magistrado interferir nesta etapa de negociação, sob pena de contaminar-se pelas provas colhidas, mantendo-se imparcial durante todo o procedimento.

Diante do exposto, constata-se que, o instituto da colaboração premiada é um importante instrumento para o combate ao crime organizado, consistindo em uma das medidas eficientes, na apuração dos crimes, uma vez que o delator só irá contribuir com a

justiça em troca das benesses, devendo, contudo as informações prestadas serem relevantes.

Destarte, a colaboração premiada é constitucional, uma vez que contribui para a tutela da segurança pública, beneficiando, assim, toda a coletividade, porquanto a segurança pública é uma obrigação do Estado e direito da sociedade. Desta forma, é direito fundamental da pessoa humana, que está expresso tanto nos artigos 5º e 6º, caput, da Constituição de 1988, bem como no artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Por fim, com o advento da Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/13, houve uma mudança mais favorável em relação a segurança jurídica, consistindo a colaboração premiada como um importante instituto processual penal, que na busca da verdade real dos fatos ocorridos, desvela e combate às organizações criminosas no Brasil, especialmente as que estão ligadas aos crimes de colarinho branco.

## REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **A técnica da colaboração premiada**. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracaopremiada>. Acesso em: 20 set. 2020.

BONOLDI, Márcia Maria Vargas Rojas. **A colaboração premiada e a sua repercussão no ordenamento jurídico** <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/02/M%C3%A1rcia-Maria-Vargas-Rojas-Bonoldi.pdf> .Acesso em 10 ago. 2020.

BRASIL, **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm) Acesso em 15 set. 2020.

BRASIL, **Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências. Disponível em <https://cutt.ly/dgORIM1> Acesso em 15 set. 2020.

BRASIL, **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm). Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL, **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Lei de Lavagem de Dinheiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm). Acesso em: 16. set. 2020

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 agosto de 2013.** Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.** Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm) Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995.** Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Brasília, jul. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm) Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508.** Processo n. 4000217-27.2016.1.00.0000. Brasília, 28 de abril de 2016. Disponível em: 57 < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf> Acesso em 06 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 127483/PR. **Acordo de colaboração premiada.** Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4747946>. Acesso em 23 set. 2020.

CÂMARA, Guilherme Costa. COLABORAÇÃO PREMIADA: instrumento político criminal orientado à redução da inerente opacidade do crime organizado. **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, [S.L.], v. 17, n. 30, p. 321-345, 2018. GN1 Genesis Network. <http://dx.doi.org/10.5935/1809-8487.20180008>. Disponível em: <https://cutt.ly/MgI2Dvr>. Acesso em: 15 set. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1419> Acesso em: 07 set. 2020.

COLABORAÇÃO Premiada foi o tema abordado no décimo módulo da pós-graduação em Estudos Avançados sobre o Crime Organizado e Corrupção. **Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - Emeron**, Rondônia, 07 de maio de 2019. Disponível em: <https://emeron.tjro.jus.br/noticias/924-colaboracao-premiada-foi-o-tema-abordado-no-decimo-modulo-da-pos-graduacao-em-estudos-avancados-sobre-o-crime-organizado-e-corrupcao>. Acesso em: 15 set. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 283-284.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de Lima. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3. Ed. Ver. E atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4ª edição. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. Ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LUZ, André Moreira de Abreu *et al.* A colaboração premiada e Processo Penal brasileiro: uma análise crítica. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, ano 2017, v. 2, n. 3, p. 176-211, 2017.

Disponível em:

<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/16778/16778-60853-1>.

Acesso em: 15 set. 2020.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 3ª edição. São Paulo. Método. 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado. Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª edição. São Paulo. Atlas. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei no 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas**: Aspectos Penais e Processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

SOBRINHO, Mário Sérgio. O crime organizado no Brasil. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Crime organizado**: aspectos processuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

TEIXEIRA, Geraldo Nunes Laprovitera. **A colaboração premiada como instrumento do ministério público no combate às organizações criminosas**. Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará, 2017.

VASCONCELLOS. Vinicius Gomes de. **Justiça Criminal Premial**: Introdução à regulamentação jurídica da delação premiada no ordenamento brasileiro e às alterações da lei 12.850/13. Disponível em: [https://www.uniritter.edu.br/uploads/eventos/sepesq/x\\_sepesq/arquivos\\_trabalhos/2968/83/63.pdf](https://www.uniritter.edu.br/uploads/eventos/sepesq/x_sepesq/arquivos_trabalhos/2968/83/63.pdf) . Acesso em 25 ago. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime organizado**: uma categorização frustrada, discursos sediciosos, crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Relume Dumará, jan. - jul., 1996.



## LEGÍTIMA DEFESA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

**VALDINEY DA SILVA:**  
Bacharelado em Direito pela  
Universidade Brasil.<sup>74</sup>

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN  
(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo pesquisar os aspectos e previsões legais sobre o instituto da legítima defesa à luz do Direito Penal Brasileiro. O objeto é analisar o texto legal em relação a legítima defesa, sua definição, conceito e aplicabilidade no contexto de excludente de ilicitude. Tem por objetivo geral contextualizar o entendimento do dispositivo da legítima defesa e os requisitos em que há a aplicabilidade deste instituto. Quanto aos objetivos específicos da pesquisa, consiste em analisar a definição, conceito e requisitos do instituto da legítima defesa. Interpretar a concepção de injusta agressão. Compreender a aplicabilidade da legítima defesa como instrumento de excludente de ilicitude. A pesquisa é do tipo qualitativa, utilizando-se do método dedutivo. Quanto a metodologia, utilizou-se de revisão bibliográfica, doutrinas, jurisprudências e artigos científicos disponíveis na internet, em especial, a redação do dispositivo legal previsto no Código Penal Brasileiro. Os resultados da pesquisa demonstram a importância do instituto da Legítima Defesa como meio de assegurar bens jurídicos fundamentais, que devem ser protegidos e garantidos pelo Estado, devido a sua relevância para manutenção da ordem jurídica e da paz social.

**Palavras-chave:** legítima defesa; injusta agressão, excludente de ilicitude.

**ABSTRACT:** The present work aims to research the legal aspects and predictions about the institute of self-defense in the light of Brazilian Criminal Law. The object is to analyze the legal text in relation to self-defense, its definition, concept and applicability in the context of excluding unlawfulness. Its general objective is to contextualize the understanding of the device of self-defense and the requirements in which there is the applicability of this institute. As for the specific objectives of the research, it consists of analyzing the definition, concept and requirements of the institute of self-defense. Interpret the concept of unjust aggression. Understand the applicability of self-defense as an instrument to exclude unlawfulness. The research is qualitative, using the deductive method. As for the methodology, we used a literature review, doctrines, jurisprudence and scientific articles

<sup>74</sup> Contato: trutacap@hotmail.com

available on the internet, in particular, the wording of the legal provision provided for in the Brazilian Penal Code. The research results demonstrate the importance of the Legitimate Defense institute as a means of ensuring fundamental legal assets, which must be protected and guaranteed by the State, due to its relevance to the maintenance of the legal order and social peace.

**Keywords:** legitimate defense; unjust aggression, excluding unlawfulness.

## 1. INTRODUÇÃO

Conforme preceitua o artigo 25 do Código Penal, trata-se de um mecanismo jurídico que prevê e admite a Legítima Defesa como causa de excludente de ilicitude, desde que presentes e preenchidos os requisitos em sua forma legal.

À vista disso, objetivou o legislador, garantir a possibilidade de defesa de direito próprio ou alheio, de forma legítima, a fim de assegurar bens jurídicos fundamentais, que devem ser protegidos pelo Estado, devido a sua importância e relevância para manutenção da ordem jurídica e da paz social.

Neste sentido, Zaffaroni (2011, p. 504), expõem que a defesa, a direito seu ou de outrem, abarca a possibilidade de defender legitimamente qualquer bem jurídico. Para Prado (1997, p. 18), "o bem jurídico em sentido amplo é tudo aquilo que tem valor para o seu humano". Para Teles (2004 p. 46) "são bens jurídicos a vida, a liberdade a propriedade, o casamento, a família, a honra, a saúde, enfim, todos os valores importantes para a sociedade".

A legítima defesa possui características e requisitos a serem analisados quando de sua aplicação ao caso concreto. As características consistem em repelir a injusta agressão, atual ou iminente, ou seja, que está acontecendo ou que está prestes a acontecer, em que ofendido, utiliza-se de meios moderadamente dos meios necessários para defender, a direito seu ou de outrem.

Quanto aos requisitos, temos a injusta agressão, proveniente de uma ação humana. Outro requisito consiste na atual ou iminente agressão, portanto, a ação está ocorrendo ou prestes a acontecer. A utilização dos meios necessários para a reação, ou seja, a reação de revide, assim como os meios a se empregar, deve ser suficiente a repelir a agressão.

Por último, temos a moderação da reação que deve ser é proporcional entre a agressão e a reação, isso significa reagir a injusta agressão no limite e proporcionalmente.

Neste ponto, destaca-se quanto a excesso punível, com previsão no artigo 23 do Código Penal, em seu parágrafo único que diz: "O agente, em qualquer das hipóteses

deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”. Por melhor dizer, o excesso é punível e responderá o agente a título de dolo ou culpa a depender do caso.

Outro ponto relacionado ao objeto de estudo, decorrente do instituto da legítima defesa e sua aplicabilidade como instrumento de excludente de ilicitude, que por sua vez, consiste em normas permissivas que excluem a antijuridicidade da conduta.

O objetivo geral deste trabalho é contextualizar o entendimento do dispositivo da legítima defesa, explorado seus aspectos, previsões legais e posicionamento doutrinário e jurisprudencial, de seus requisitos, até a aplicabilidade como meio de excludente de ilicitude.

Quanto aos objetivos específicos da pesquisa, consiste em analisar a definição, conceito e requisitos do instituto da legítima defesa. Interpretar a concepção de injusta agressão. Compreender a aplicabilidade da legítima defesa como instrumento de excludente de ilicitude.

Nesta esteira, a pesquisa busca responder os seguintes questionamentos: Qual a importância do instituto da Legítima Defesa? Quais os requisitos devem ser preenchidos para Legítima Defesa? Quando se excluem a antijuridicidade do ato, reconhecendo e aplicando a excludente de ilicitude da ação, admitindo-se a Legítima Defesa?

Quanto à metodologia, utilizou-se de revisão bibliográfica, doutrinas, jurisprudências e artigos científicos disponíveis na internet, em especial, a redação do dispositivo legal previsto no Código Penal Brasileiro.

## **2.0 INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA**

### **2.1 Definição e conceito**

O instituto da Legítima Defesa está estabelecido no artigo 25 do Código Penal, trata-se de um instrumento jurídico que possibilita o afastamento da antijuridicidade da conduta, conseqüentemente, excluindo a ilicitude do fato típico, desde que presentes e preenchidos os requisitos em sua forma legal. Vejamos o texto de lei do citado artigo.

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (BRASIL, 1984).

Neste contexto, objetivou o legislador, garantir a possibilidade de defesa de direito próprio ou alheio, de forma legítima, a fim de assegurar bens jurídicos

fundamentais, que devem ser protegidos pelo Estado, devido a sua importância e relevância para manutenção da ordem jurídica e da paz social.

A defesa, a direito seu ou de outrem, engloba a possibilidade de proteção legítima de qualquer bem jurídico. (ZAFFARONI, 2011).

Para Prado (1997, p. 18), “o bem jurídico em sentido amplo é tudo aquilo que tem valor para o ser humano”. Para Teles (2004 p. 46) “são bens jurídicos a vida, a liberdade a propriedade, o casamento, a família, a honra, a saúde, enfim, todos os valores importantes para a sociedade”.

A legítima defesa, conceituado por (Capez, Fernando, 2012, p.306).

“Causa de exclusão da ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Não há aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dos ou mais bens, na qual um deles deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa”.

O Estado não pode estar em todas as situações de perigo existentes, por ser logicamente impossível. Diante disso, resolveu buscar uma maneira de prever a possibilidade de que em determinadas situações e desde que preenchidos os requisitos, o cidadão possa agir em prol da defesa de si próprio ou de terceiro, na proteção de seu bem jurídico mais precioso, a vida. Eis o fundamento de existência das excludentes de ilicitude e mais precisamente, no presente artigo, a excludente de legítima defesa. (GRECO, 2020).

## 2.2 Espécies

Conforme ensinamento de Rogério Greco (2017, p. 478), pode-se apontar duas espécies de legítima defesa, a saber: Legítima Defesa autêntica (real) e Legítima Defesa putativa (imaginária). Autêntica ou real quando a situação de agressão injusta está efetivamente ocorrendo no mundo concreto. Existe realmente, uma agressão injusta que pode ser repelida pela vítima, atendendo aos limites legais. Legítima Defesa putativa ou imaginária quando a situação de agressão não é verdadeira ou real, ou seja, só existe na mente do agente. Só o agente acredita, por erro, que está sendo ou virá a ser agredido injustamente. (GRECO, 2017).

A legítima defesa putativa apenas fica caracterizada se o agente supor encontrar-se em face de agressão injusta, por erro de tipo ou de proibição plenamente justificado pelas circunstâncias. (TJSC, AC 2011.055579-8, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 5/3/2013).

Legítima Defesa recíproca: trata-se da ocorrência simultânea de duas agressões injustas. Contudo, esta modalidade de Legítima Defesa, a doutrina posiciona-se, em sua maioria, no sentido de que não é possível tal ocorrência, considerando que pela leitura do texto do artigo 25 do Código Penal, percebe-se impossibilidade de ocorrer a então Legítima Defesa recíproca (autêntica versus autêntica), visto que ambas as condutas são contrárias ao ordenamento jurídico. (GRECO, 2017).

Segundo Rogério Greco (2015, p. 99), leciona que Legítima Defesa sucessiva é a originária do excesso da legítima defesa, em que o agressor inicial se transforma em vítima e a vítima, a seu turno, se transforma em agressora.

Rogério Greco (2015, p. 99), cita ainda em sua obra os feitos civis da legítima defesa. Diz que, termos do inc. I do art. 188 do Código Civil, aquele que atua em legítima defesa não pratica ato ilícito capaz de suportar a obrigação de indenizar.

Reconhecida a excludente de criminalidade da legítima defesa, em sentença penal absolutória, não há possibilidade de se rediscutir, no juízo cível, a existência de culpa do réu, sob pena de ofensa à coisa julgada criminal (TJMG, Ap 0009559-66.2001.8.13.0629, Rel. Des. Eduardo Marine da Cunha, DJe 20/7/2012).

## 2.3 Histórico

Aduz que a origem da Legítima Defesa está relacionada desde nascimento do homem, ou seja, desde a pré-existência da sociedade, tratando-se de um direito natural do ser em defender a própria vida, considerando que, logo após o nascimento, as pessoas estão sujeitas a ameaças e ações de outros indivíduos. Isso fica evidenciado no o quinto livro da Bíblia Sagrada atribuído a Moisés, escrito por volta de 1.473 a.C., no livro de Deuteronômio, que diz: "Não o olharás com piedade: vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé." (ALMEIDA, 1993, p. 185).

Extrai-se, neste contexto, em analogia aos atuais requisitos previstos na legislação penal, uma relação entre reação à injusta agressão de forma proporcional, semelhante ao previsto no citado texto bíblico, guardadas as devidas proporções, visto lapso temporal e evolução histórica do homem.

Na visão do autor Cleber Masson (2015, p.448), entende que a legítima defesa sempre foi aceita por praticamente todos os sistemas jurídicos, ainda que muitas vezes não prevista expressamente em lei, constituindo-se dentre todas, na causa de exclusão da ilicitude mais remota ao longo da história das civilizações.

## 2.4 Posicionamentos doutrinários e julgamentos

O entendimento majoritário dos Tribunais Superiores brasileiros é no sentido de que quando tratar-se de legítima defesa atribui-se o ônus da prova ao imputado, o qual terá que demonstrar cabalmente a incidência da causa de excludente de ilicitude, sem que tal inversão da carga probatória importe ofensa aos princípios constitucionais de Presunção de Inocência e In Dubio Pro Reo. Confirmando o exposto, está a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: (SOARES, 2022).

Decisão: A 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo recorrente, mediante acórdão (eDOC 6, p. 41-57) assim ementado: "Apelação criminal defensiva. Condenação por lesão corporal no âmbito da violência doméstica (art. 129, § 2º, IV, c/c 10º, do Código Penal, n/f da Lei 11.340/06) [...] Tese subsidiária de legítima defesa que não reúne condições de acolhimento. Firme orientação pretoriana no sentido de atribuir à Defesa o ônus de comprovar a incidência de qualquer excludente de tipicidade, tipo permissivo ou causa de exculpação (CPP, art. 156) [...] No mais, a presente irresignação recursal não merece prosperar, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria reflexa ou indireta, de índole infraconstitucional, o que inviabiliza o processamento do presente recurso. Além disso, divergir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, providência inviável no âmbito do recurso extraordinário. Dessa forma, incide, no caso, a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido é a jurisprudência desta Suprema Corte: Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Penal e Processo Penal. 3. Crime contra a liberdade sexual (art. 213 c/c art. 214 do Código Penal). 4. Ausência de prequestionamento, incidência das súmulas 282 e 356. 5. Suposta violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e da presunção de inocência. A ofensa aos dispositivos apontados, caso existente, ocorreria de forma reflexa [...] Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RI/STF). Intime-se, via DJe. Brasília, 11 de março de 2020. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (STF - ARE: 1259854 RJ - RIO DE JANEIRO



0008772-61.2011.8.19.0001, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 11/03/2020, Data de Publicação: DJe-058 16/03/2020).

A recente decisão acima exposta impõe ao réu a obrigação de provar ter agido em legítima defesa, quando na verdade a este deveria ser dado o direito e não o dever de provar o alegado, visto que constitucionalmente já é presumidamente inocente e caberia então à acusação afastar a tese abarcada pela excludente de ilicitude. Desse modo, cumpre observar o equívoco ao considerar que a violação aos princípios constitucionais seria, caso existente, reflexa, pois há uma direta ofensa à presunção de inocência do débil. (SOARES, 2022).

O Superior Tribunal de Justiça acaba por cometer o mesmo erro, senão vejamos:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.625.634 - AL (2019/0352035-2) RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ AGRAVANTE : CLÁUDIO JOSÉ DA SILVA VIEIRA (PRESO) ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS DECISÃO CLÁUDIO JOSÉ DA SILVA VIEIRA [...] A legítima defesa para que possa ser acolhida, precisa ficar provada, e a prova é ônus do réu, sendo insuficiente a simples alegação (TACRIM-SP - AC - Rel. Hélio de Freitas - RT 671/346) [...]10 - Em suas razões recursais, o apelante levantou que teria agido em legítima defesa putativa, imaginando estar na iminência de ser agredido, uma vez que a vítima insinuava portar arma de fogo, momento em que sacou sua arma para repelir aquela agressão supostamente iminente. Requeru a aplicação do princípio da presunção de inocência e in dubio pro réu. 11 - Entretanto, conforme cediço, na fase de formação da culpa no o procedimento do Tribunal do Júri o que prevalece é o princípio do in dubio pro societate, devendo o acusado ser pronunciado se o juiz estiver "convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação" (art. 413 do CPP), sem que isso configure violação ao princípio da presunção da inocência. [...]Dispositivo À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, b, parte final, do RISTJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial. Publique-se e intimem-se. Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2020. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ Relator (STJ - AREsp: 1625634 AL

2019/0352035-2, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 17/02/2020).

É evidente que podendo o réu aproveitar-se de chances processuais com o intuito de liberar-se das cargas probatórias, ele fará para aumentar a possibilidade de uma sentença favorável. No entanto, tal prerrogativa não deve ser usada como justificativa de inversão ou divisão do ônus da prova com o acusador, visto que o acusado está protegido pela presunção de inocência, assim como pelo fato da parte contrária ter feito a primeira afirmação na peça acusatória, ou seja, se o ônus é de quem alega, caberia à acusação provar que o réu não agiu abarcado pelo Instituto da Legítima Defesa. (SOARES, 2022).

Ademais, o Ministro, se distanciando da posição de guardião dos direitos fundamentais, alegou prevalecer o Princípio do *In Dubio Pro Societate* na fase de formação de culpa no procedimento do Tribunal do Júri, princípio este que não encontra qualquer amparo na Constituição Federal, tampouco no Código de Processo Penal e, que consequentemente vai contra o Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana e as garantias fundamentais do réu. Dito isto, o que deve prevalecer é o *In Dubio Pro Reo*, pois havendo dúvidas o julgamento será a favor do acusado. (SOARES, 2022).

Seguindo o entendimento da inversão do ônus da prova para que se possa reconhecer a legítima defesa, o Tribunal Regional Federal decidiu que:

PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA - COMPROVAÇÃO - INTERNACIONALIDADE COMPROVADA - CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE E CULPABILIDADE NÃO CARACTERIZADAS - REPRIMENDAS QUE DEVEM SER REDUZIDAS - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA - PATAMAR DE APLICAÇÃO DA MAJORANTE PREVISTA PELO ART. 40, INC. I, DA LEI Nº 11.343/06 REDUZIDO PARA 1/6 (UM SEXTO) - CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 44, §3º, DA LEI Nº 11.343/2006 - APLICAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR REPRIMENDAS ALTERNATIVAS E DIREITO A APELAR EM LIBERDADE - AFASTAMENTO - APELAÇÃO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDA [...] 6. É cediço que o ordenamento jurídico pátrio permite, excepcionalmente, a prática de condutas típicas em razão de situações especiais, como aquele que age em legítima defesa ou em estado de necessidade justificante ou exculpante. 7. Porém, para que se possa reconhecer tais excludentes é imprescindível que aquele que as alega comprove as suas razões sem qualquer sombra de

dúvida, sob pena de desqualificação do próprio instituto, cuja finalidade é a de garantir, excepcionalmente, a tutela de um bem jurídico ao mesmo tempo em que outro é preterido, mas desde que presente uma causa justificante, sendo certo que a defesa não se desincumbiu desse ônus, nos termos do que determina o artigo 156 do CPP. [...] 16. Apelação parcialmente provida. (TRF-3 – ACR:8192 SP 0008192-87.2011.4.03.6119, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, Data de Julgamento: 14/04/2014, QUINTA TURMA)

Por último, temos o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina ratificando o inviável acolhimento da excludente de ilicitude quando da ausência de provas arguidas pela defesa, bem como negando que isso acarrete afronta a princípios reconhecidos constitucionalmente, *in verbis*. (SOARES, 2022).

ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA Apelação Criminal n. 0033470-22.2014.8.24.0023, da Capital ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA Apelação Criminal n. 0033470-22.2014.8.24.0023, da Capital Relator: Des. Carlos Alberto Civinski PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL EM ÂMBITO DOMÉSTICO (CP, ART. 129, §9º, E LEI 11.340/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGADA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA. TESE CARENTE DE COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE INJUSTA AGRESSÃO. ÔNUS QUE COMPETE À DEFESA (CPP, ART. 156). PALAVRAS FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA, CORROBORADAS POR LAUDO TÉCNICO PERICIAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA POR ESTE TRIBUNAL. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. REEXAME SOBRE A MATÉRIA FÁTICA E ELEMENTOS DE PROVA ESGOTADO. CASO EM QUE SE AMOLDA À NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 126.292/SP), RATIFICADA POR OCASIÃO DO INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES OBJETO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44 – Inviável o acolhimento da excludente de ilicitude consistente na legítima defesa quando inexistentes nos autos provas de que as agressões praticadas contra a vítima ocorreram nos moldes do art. 25 do Código Penal – A

simples alegação do agressor de que agiu em legítima defesa não autoriza que se reconheça a excludente de ilicitude, por força da parte inicial do art. 156 do Código de Processo Penal – Confirmada ou decretada a condenação neste Juízo ad quem, admite-se a execução provisória da pena, tendo em vista o esgotamento do revolvimento da matéria fática e dos elementos de prova, à luz do princípio do duplo grau de jurisdição, sem que se possa falar em afronta ao princípio da presunção de inocência, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP, ratificando quando o indeferimento das medidas cautelares objeto das ADCs 43 e 44 – Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovido do recurso – Recurso conhecido e desprovido. (TJ-SC APR: 0033470-22.2014.8.24.0023 Capital 0033470-22.2014.8.24.0023, Relator: Carlos Alberto Civinski, Data de Julgamento: 21/06/2018, Primeira Câmara Criminal).

O entendimento do Tribunal é de que a simples alegação do imputado de que agiu em legítima defesa não autoriza que seja reconhecida a excludente de ilicitude com base no disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal. No entanto, esquece-se o Relator que, como demonstrado anteriormente, é quem acusa que se torna encarregado de afastar a hipótese da legítima defesa e não o acusado de comprovar a existência de tal excludente, de forma que assim como este, os demais entendimentos acima mencionados não merecem prosperar. (SOARES, 2022).

### **3 REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA**

A legítima defesa possui características e requisitos a serem preenchidos quando de sua aplicação ao caso concreto. As características consistem em repelir a injusta agressão, atual ou iminente, ou seja, que está acontecendo ou que está prestes a acontecer, em que ofendido, utiliza-se de meios moderadamente dos meios necessários para defender, a direito seu ou de outrem.

A seguir, analisaremos cada um dos requisitos da Legítima defesa.

#### **3.1 Moderações no uso dos meios necessários**

Moderação é proporção entre a agressão e a reação. Dependerá do caso concreto para avaliar se a reação foi moderada, ou seja, suficiente ou excessiva para repelir a agressão.

Rogério Greco (2015, p. 96), conceitua “os meios necessários”, como sendo todos aqueles eficazes e suficientes a repulsa da agressão que está sendo praticada ou que está prestes a acontecer.

A legítima defesa necessita que o uso dos meios necessários sejam suficientes para repelir a agressão. Varia de simples admoestação até o próprio uso de violência. No entanto, o defendente deve se utilizar, entre os meios de que dispõe para sua defesa, no momento da agressão, aquele que menor lesão pode causar. Além disso, é imperioso que seja moderado na reação, que não use o meio de forma a cometer excesso na repulsa (TJSC, AC 2013.002261-1, Rel Des. Ricardo Roesler, j. 12/3/2013).

### **3.2 Repelir a injusta agressão**

Repelir, conforme significado extraído do dicionário jurídico “é o fato praticado para evitar uma agressão injusta, que esteja acontecendo ou prestes a ocorrer, visando proteger direito próprio ou de terceiro, desde que o meio de defesa seja empregado moderadamente. É uma causa excludente de antijuridicidade” (DIRETONET, 2022).

Segundo o autor Maurach que, “por agressão deve entender-se a ameaça humana de lesão de um interesse juridicamente protegido”; ou, ainda, na lição de Welzel, “por agressão deve entender-se a ameaça de lesão de interesses vitais juridicamente protegidos (bens jurídicos), proveniente de uma conduta humana”.

Torna-se inadmissível incidência da a excludente suscitada se a defesa não se desincumbe do ônus de demonstrar a injusta agressão, dever que lhe competia a teor do artigo 156 do Código de Processo Penal, especialmente quando as provas nos autos convergem desfavoráveis ao agente, ao revelarem ter este um comportamento agressivo. Outrossim, ainda que a agressão injusta tivesse ocorrido, não se pode reputar em legítima defesa o agente que se dirige até a casa do suposto agressor e, de forma imoderada e perversa, desfere tiros com arma de fogo, até causar-lhe a morte, embora a suposta ameaça não fosse mais atual ou iminente (TJES; ACr 11070156952, 2ª Câm. Crim., Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama; DJES 16/7/2010, p. 137).

### **3.3 Atual ou iminente**

Rogério Greco (2015, p. 97), diz que se considera como atual a agressão que já esteja efetivamente acontecendo; iminente, a seu turno, é aquela que está prestes a acontecer.

Não se constata a apontada contradição na decisão do Conselho de Sentença que, embora tenha reconhecido que o paciente agiu em

defesa própria, entendeu que a agressão da vítima não era atual ou iminente, afastando, nos termos do art. 25 do Código Penal, a caracterização da legítima defesa, por ausência de um dos seus elementos (STJ, HC 89513/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJe 8/2/2010).

### 3.4 A direito seu ou de outrem

O ordenamento jurídico possibilita, ainda, que o agente não só defender-se a si mesmo, como também de intervir na defesa de terceira pessoa, mesmo que esta última não lhe seja próxima, como nos casos de amizade e parentesco. Fala-se, assim, em legítima defesa própria e legítima defesa de terceiros. (GRECO, 2015).

### 3.5 Excesso punível

A Legítima Defesa trata-se de uma excludente de ilicitude, estando aquela regulamentada no artigo 25, enquanto que esta, prevista no artigo 23, ambas do Código Penal Brasileiro. É certo que estes institutos devem estar em consonância, uma vez que o artigo 23 regulamenta circunstâncias da legítima defesa, bem como prevê limites, em que pese à observação quanto ao excesso, quer seja na moderação dos meios necessários, quer seja na ação de repelir a injusta agressão, onde o agente, responderá pelo excesso a título de dolo ou culpa, conforme previsto no artigo 23, em seu parágrafo único.

Vejamos o texto da lei.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. **Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.** (BRASIL, 1940).

Neste sentido, conforme o autor Rogério Greco (2015, p. 98), entende que:

Excesso na legítima defesa: O excesso, segundo o parágrafo único do art. 23 do Código Penal, pode ser considerado doloso ou culposos. Diz-se doloso o excesso em duas situações: a) quando o agente, mesmo depois de fazer cessar a agressão, continua o ataque porque quer causar mais lesões ou mesmo a morte do agressor inicial (excesso doloso em sentido estrito); ou b) quando o agente, também, mesmo depois de fazer cessar a agressão que era praticada contra a sua pessoa, pelo fato de ter sido agredido inicialmente, em virtude



de erro de proibição indireto (erro sobre os limites de uma causa de justificação), acredita que possa ir até o fim, matando o seu agressor, por exemplo. Ocorre o excesso culposo nas seguintes situações: a) quando o agente, ao avaliar mal a situação que o envolvia, acredita que ainda está sendo ou poderá vir a ser agredido e, em virtude disso, dá continuidade à repulsa, hipótese na qual será aplicada a regra do art. 20, § 1º, segunda parte, do Código Penal; ou b) quando o agente, em virtude da má avaliação dos fatos e da sua negligência no que diz respeito a aferição das circunstâncias que o cercavam, excede-se em virtude de um "erro de cálculo quanto à gravidade do perigo ou quanto ao modus da reação" (excesso culposo em sentido estrito).

Segue caso julgado pelo TJMG:

Não se afasta a legítima defesa tão somente porque o réu não mediu, com racionalidade, a proporção do revide, haja vista que, no calor da discussão, não se exige a mensuração matemática dos meios a serem utilizados como forma de afastar a agressão injusta e iminente (TJMG, AC 0005220-28.2005.8.13.0628, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, DJe 13/7/2012).

#### **4 PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 25 DO CÓDIGO PENAL, INCLUÍDO PELA LEI 13.964, DE 2019**

Publicada em 24 de dezembro de 2019, a Lei nº 13.964/2019, intitulada, então, de Pacote Anticrime, trouxe em seu escopo alterações em alguns artigos do Código Penal, dentre eles, no artigo 25, acrescentando o parágrafo único que diz:

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no **caput** deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Diante do texto acrescido, o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão à vítima mantida refém durante a prática de crimes, considera-se, também, em legítima defesa.

Quadro 1 – Artigo 25 CP, antes e depois do pacote anticrime.

Redação ANTES da Lei 13.964/19	Redação DEPOIS da Lei 13.964/19
<p>Legítima defesa</p> <p>Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.</p>	<p>Legítima defesa</p> <p>Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.</p> <p>Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.”</p>

Fonte: BRASIL, 2019

## 5 AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

As excludentes da ilicitude consistem em normas permissivas, ou ainda tipos permissivos que excluem a antijuridicidade da conduta pelo fato de permitirem a prática de determinado fato típico. (SOUZA, 2016).

Vejamos o texto do artigo 23 do Código Penal.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo (BRASIL, 1940).

Parte da doutrina, para a configuração das causas de justificação, existe a necessidade de conhecimento da situação justificante e a vontade da sua prática. Caso contrário, há um fato ilícito. (SOUZA, 2016).

A conduta, assim, para estar justificada, não requer o conhecimento pelo agente da situação justificante, sendo suficiente o seu reconhecimento pelo próprio ordenamento, o que não está a depender de qualquer coeficiente subjetivo daquele que pratica o fato. (SOUZA, 2016).

As causas de exclusão de ilicitude podem ser causas legais ou causas supraleais. As causas supraleais consistem naquelas não previstas em lei, porém que excluem a ilicitude, tendo em vista a aceitação da conduta pela sociedade. O art. 23 do Código Penal dispõe que não haverá crime quando o agente praticar o fato em estado de necessidade; em legítima defesa; em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Diz, ainda, o mesmo artigo que em qualquer dessas hipóteses o agente responderá pelo excesso doloso ou culposo. De acordo com o Código Penal o sujeito pode praticar um fato típico sem que tenha cometido delito. Isso ocorrerá quando o agente praticar uma conduta típica, mas amparado por uma dessas causas que excluirá a ilicitude de seu ato. (SOUZA, 2016).

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, observou-se a importância do instituto da Legítima Defesa como meio de assegurar bens jurídicos fundamentais, que devem ser protegidos e garantidos pelo Estado, devido a sua relevância para manutenção da ordem jurídica e da paz social.

Foram analisadas as características de cada requisito a serem preenchidos no caso concreto, sendo imprescindível a presença de todos os elementos na conduta para caracterização da Legítima Defesa.

Este trabalho buscou demonstrar o afastamento da antijuridicidade do ato, uma vez que reconhecido a excludente de ilicitude da ação, admitindo-se a Legítima Defesa, inclusive, apresentando posicionamentos doutrinários e casos julgados pelos tribunais de justiça.

Ademais, apresentou-se a inclusão do parágrafo único do artigo 25 do Código Penal, através da Lei nº 13.964, de 2019, intitulada, então, de Pacote Anticrime, prevendo o legislador, aos agentes de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão à

vítima mantida refém durante a prática de crimes, considerando-se, também, em legítima defesa.

Por fim, a presente pesquisa, ao aprofundar-se no tema da Legítima Defesa, demonstrou a tamanha importância deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, na proteção dos bens jurídicos fundamentais, na manutenção da ordem jurídica e da paz social.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Ferreira. **Bíblia Sagrada traduzida em português**, Revisada e Atualizada no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral** 1. 16º ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012.
- DIREITONET**. (31 de 10 de 2022). direitonet. Acesso em 6 de 11 de 2022, disponível em [www.direitonet.com.br/https://www.direitonet.com.br/dicionario/busca?palavras=repelir](http://www.direitonet.com.br/https://www.direitonet.com.br/dicionario/busca?palavras=repelir).
- GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 11ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.
- GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 9ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 22. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2020.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.
- MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. V. 1. 9ª. Ed. Rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.
- MAURACH, Reinhart. **Derecho penal - Parte general**, p. 440. 123.
- NUCCI, G. S. **Código Penal Comentado**, 14. ed. São Paulo: Editora Forense, 2014.
- PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SOARES**, D. D. (06 de 06 de 2022). <https://conteudojuridico.com.br>. Acesso em 06 de 11 de 2022, disponível em conteudojuridico: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54544/nus-da-prova-na-legtima-defesa-uma-anlise-luz-da-presuno-de-inocncia>.
- SOUZA**, R. D. (9 de 06 de 2016). [www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br). Acesso em 6 de 11 de 2022, disponível em CONTEÚDO JURÍDICO: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46811/crimes-e-suas-excludentes-de-ilicitude>.
- STF - ARE: 1259854** RJ - RIO DE JANEIRO 0008772-61.2011.8.19.0001, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 11/03/2020, Data de Publicação: DJe-058 16/03/2020.
- STJ - AREsp: 1625634 AL 2019/0352035-2**, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 17/02/2020.
- STJ, HC 89513/SP**, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJe 8/2/2010.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral**. V. 4. São Paulo: Atual, 2004.

**TJES; ACr 11070156952**, 2ª Câm. Crim., Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama; DJES 16/7/2010, p. 137.

**TJMG, Ap 0009559-66.2001.8.13.0629**, Rel. Des. Eduardo Marine da Cunha, DJe 20/7/2012.

**TJ-SC APR: 0033470-22.2014.8.24.0023** Capital 0033470-22.2014.8.24.0023, Relator: Carlos Alberto Civinski, Data de Julgamento: 21/06/2018, Primeira Câmara Criminal.

**TJSC, AC 2011.055579-8**, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 5/3/2013.

**TRF-3 – ACR:8192 SP 0008192-87.2011.4.03.6119**, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, Data de Julgamento: 14/04/2014, QUINTA TURMA.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 101.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, p. 504.

## **ANÁLISE DOS CRITÉRIOS GERAIS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STF**

**AMANDA VIEIRA ABREU:**

Graduada pelo Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduada pelo Curso de Direito Penal da Faculdade Signorelli. Atualmente Servidora Pública Federal no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.<sup>75</sup>

**RESUMO:** O presente artigo almeja fazer uma análise acerca do formato atual do princípio da insignificância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, levando em consideração seus critérios gerais de aplicação. Considerando a estrutura jurídica de crime, formulada pela moderna teoria do delito, admite a doutrina largamente majoritária que o princípio da insignificância conduz à atipicidade material da conduta. Partindo dessa premissa, seria inadmissível a aferição de critérios subjetivos para sua aplicação, que somente poderiam ser apreciados no âmbito da culpabilidade do agente. Todavia, a análise mais recente da jurisprudência mostra a grande oscilação dos julgados quanto aos critérios práticos para se viabilizar a aplicação desse princípio, sendo possível observar uma crescente expansão da corrente que defende a necessária consideração das circunstâncias pessoais do réu para sua correta incidência.

Palavras-chave: Direito penal Mínimo; Princípio da insignificância; Critérios de aplicabilidade; Circunstâncias pessoais do réu.

### **1. INTRODUÇÃO**

Nos dias atuais, já não se tem dúvida sobre a admissibilidade do princípio da insignificância. Apesar de uma ou outra hesitação, a jurisprudência brasileira vem aceitando amplamente o referido princípio.

Isto porque, tratando-se de um conceito normativo, que exige complemento valorativo do julgador, o princípio da insignificância tem estreita relação com a moderna posição do juiz, que já não está bitolado pelos parâmetros abstratos da lei, senão pelos interesses envolvidos em cada situação concreta.

---

<sup>75</sup> Contato: amandavabreu@gmail.com



Assim, a maior controvérsia, hoje, relacionada ao citado princípio já não é pertinente à sua admissão, há tempos superada, mas sim à sua real extensão e aos seus critérios orientadores.

Analisando os acórdãos recentemente proferidos pelos Tribunais pátrios que comportam a discussão da insignificância, percebe-se que os limites à sua aplicabilidade ainda se apresentam incertos quando a apreciação do caso envolve condições de ordem subjetiva, isto é, circunstâncias de caráter puramente pessoal em relação ao agente.

Faz-se necessário agora, justamente sobre este aspecto celeumático do princípio da insignificância, uma análise mais detida da jurisprudência atual, especificamente a do Supremo Tribunal Federal, a fim de se extrair qual o posicionamento que vem sendo predominantemente adotado e os argumentos utilizados para a sua defesa.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

O primeiro caso em que o princípio se viu reconhecido pela Suprema Corte foi o contido no RHC 66.869/PR, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho, em 06.12.1988. O Supremo Tribunal Federal considerou que a lesão inexpressiva decorrente de acidente de trânsito impedia a instauração de ação penal, levando em conta exclusivamente o critério do desvalor do resultado.

Já no segundo caso, também referente a um acidente de trânsito, julgado no HC 70.747/RS, em 07.12.1993, relatado pelo Ministro Francisco Rezek, o Colendo STF deixou de acatar o princípio da insignificância, embora o desvalor do resultado fosse mínimo, porque o acusado não reunia condições pessoais para isso. O réu era reincidente, já condenado antes por desacato e desobediência a policiais.

Da mesma forma, as primeiras decisões do STJ oscilavam entre a relevância ou não dos requisitos subjetivos do réu para o reconhecimento do princípio da insignificância. Veja-se:

No julgamento do RHC 4.311-3/RJ (95.0002448-9), relatado em 13.3.1995 pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, com voto vencedor, unânime, o STJ concedeu, de ofício, habeas corpus em favor do paciente que objetivava apelas em liberdade do acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro que o condenara pelo furto de uma caixa de chocolates no valor de R\$ 8,08. Particularidade do acórdão é a indagação da natureza jurídica do princípio da insignificância: se excludente da tipicidade ou da

culpabilidade, tendo a decisão, sem enfrentamento do tema, optado pela primeira.

Contudo, em caso de furto tentado de diminuto valor a Corte deixou de reconhecer tratar-se de crime de bagatela em face dos péssimos antecedentes do acusado. Entendeu o relator, Ministro José Arnaldo, unanimemente acompanhado, que o Princípio da insignificância deve ser sempre prestigiado, por questão de ordem de política criminal, porém não se ajusta ao infrator que apresenta extenso rol de práticas infracionais (Resp. 159.995/RS, julgado em 8.9.1998).<sup>76</sup>

Após vários julgados, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC nº 84.412/SP, em 18/10/2004, definiu os requisitos objetivos válidos para se aplicar o princípio da insignificância, que vem sendo seguidos até hoje pelos Tribunais. Veja-se:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL- O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como **(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada** - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder

---

<sup>76</sup> REBÊLO, José Henrique Guaracy. Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 52

Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR. (HC 84412, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004). (grifo nosso)

Pode-se observar que os quatro critérios estabelecidos pelo Ministro Celso de Mello para melhor nortear o julgador no reconhecimento do princípio da insignificância em um caso concreto referem-se somente ao desvalor da conduta e desvalor do resultado, não abarcando o desvalor da culpabilidade, que comporta considerações de ordem subjetiva acerca da pessoa do réu.

As decisões que se seguiram tenderam a considerar apenas esses critérios objetivos do ato praticado, de modo que, no final do ano de 2008, o STJ praticamente havia uniformizado seu entendimento nesse sentido.

Para ilustrar, vale citar algumas das principais decisões do STF e do STJ que refutaram a apreciação de dados subjetivos do agente do fato para aplicar a insignificância:

EMENTA: (...)III. Descaminho considerado como "crime de bagatela": aplicação do "princípio da insignificância". Para a incidência do princípio da insignificância só se consideram aspectos objetivos, referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC 84.412, 2ª T., Celso de Mello, DJ 19.11.04). **A caracterização da infração penal como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva: ou o ato apontado como delituoso é insignificante, ou não é. E sendo, torna-se atípico, impondo-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa** (HC 77.003, 2ª T., Marco Aurélio, RTJ 178/310). IV. Concessão de habeas corpus de ofício, para restabelecer a rejeição da denúncia. (Supremo Tribunal Federal. AI-QO 559904/RS, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.06.2005, DJ 26.08.2005) (grifo nosso).

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - TRIBUTO. **Rege o princípio da insignificância critério objetivo considerada a imputação penal, descabendo levar em conta atos diversos do agente** - precedente: Agravo de Instrumento nº 559.904-1/RS, relator, ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário da Justiça de 26 de agosto de 2005. (Supremo Tribunal Federal. HC 88771/PR, Rel. Ministro MARCO

AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19.02.2008, DJ 28.03.2008).  
(grifo nosso)

**Em princípio, somente se poderia cogitar da análise de circunstâncias de caráter pessoal na hipótese de elas constituírem elemento do tipo, pois, caso contrário, a configuração do crime não se daria em razão dos fatos, mas, sim, da pessoa que o tivesse praticado. A dizer, uma mesma conduta poderia ser, ou não, crime, dependendo das circunstâncias pessoais – condição econômica, ausência de antecedentes criminais, entre outras – tidas pela lei penal como irrelevantes para a configuração do tipo penal.** (Supremo Tribunal Federal. HC 92740/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19.02.2008, DJ 28.03.2008). (grifo nosso)

**O fato de já ter antecedente, considerado anterior processo, não serve para desqualificar o princípio da insignificância, presentes as circunstâncias dos autos.** Não se trata aqui de questionar se inquéritos e processos pendentes, ainda não transitados em julgado, podem ser considerados para configurar maus antecedentes penais. Ainda que seja possível considerar a mencionada denúncia em desfavor do réu, sem se cogitar de ofensa ao princípio da presunção de inocência, **parece de todo desarrazoado afirmar-se, com base em apenas dois episódios, que o réu faça da prática do descaminho o seu modo de vida. Especialmente quando se considera que em um desses o prejuízo causado ao Fisco foi de pouco mais de mil reais.** (Supremo Tribunal Federal. RE 550761/RS, Rel. Ministro MENEZES DIREITO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.11.2008, DJ 31.01.2008). (grifo nosso)

CRIMINAL. HC. FURTO. TENTATIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. RES FURTIVA DE VALOR ÍNFIMO. BEM DEVOLVIDO À VÍTIMA. **CONDIÇÕES PESSOAIS DO RÉU QUE NÃO IMPEDEM A APLICAÇÃO DO INSTITUTO.** POSSIBILIDADE DE HAVER MAIORES VALORES NO INTERIOR DO BEM SUBTRAÍDO. CIRCUNSTÂNCIA ABSTRATA. ORDEM CONCEDIDA. (...) **3- As circunstâncias de caráter pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu pequeno valor econômico, está excluído**

**do campo de incidência do direito penal.** (...). (Superior Tribunal de Justiça. HC 82833/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 04.10.2007, DJ 22.10.2007). (grifo nosso)

De início, ressalte-se que ao contrário do aduzido pelo Recorrente, **as circunstâncias de caráter eminentemente pessoal não interferem no reconhecimento do delito de bagatela, uma vez que este está relacionado com o bem jurídico tutelado e com o tipo de injusto, e não com a pessoa do acusado, que não pode ser considerada para a aplicação do princípio da insignificância, sob pena de incorrer no inaceitável direito penal do autor, incompatível com o sistema democrático. Nesse contexto, a jurisprudência desta Quinta Turma tem se inclinado no sentido de que o fato do réu possuir antecedentes não impede a aplicação do princípio da insignificância.** (Superior Tribunal de Justiça. REsp 835553/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20.03.2007, DJ 14.05.2007). (grifo nosso)

Todavia, a questão não restou pacificada. Nos últimos anos, tem-se notado uma certa oscilação na jurisprudência destas Cortes num ou noutro sentido, tornando-se imprescindível sua abordagem a fim de verificar qual entendimento tem prevalecido ou tende a prevalecer no tocante ao tema.

Assim, segue abaixo os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal acerca da consideração dos critérios objetivos e subjetivos do crime para se aplicar o princípio da insignificância:

E M E N T A HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REGISTROS CRIMINAIS PRETÉRITOS. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada, em casos de pequenos furtos, considerando não só o valor do bem subtraído, mas igualmente outros aspectos relevantes da conduta imputada. **2. A existência de registros criminais pretéritos contra o paciente obsta, por si só, a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. Ressalva de entendimento pessoal da Ministra Relatora.** 3. Ordem denegada. (STF - HC: 122743 MG, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 07/10/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014)

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Descaminho. 3. Princípio da insignificância. Incidência da Portaria n. 75/2012. Impossibilidade de aplicação. Reiteração delitiva. 4. **Precedentes no sentido de afastar o princípio da insignificância a reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada.** 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 133736 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 17-05-2016 PUBLIC 18-05-2016)

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Furto (artigo 155, caput, do Código Penal Brasileiro). 3. **Princípio da insignificância. Afastamento de aplicação. Reincidência delitiva específica.** 4. **Precedentes no sentido de afastar o princípio da insignificância a reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada.** 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 147215 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 31-07-2018 PUBLIC 01-08-2018)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não se mostra possível acatar a tese de atipicidade material da conduta praticada pelo agravante, pois **não há como afastar o elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, ainda mais considerando os registros do Tribunal local, dando conta de que o agravante é contumaz na prática delituosa, haja vista que é multirreincidente em crimes contra o patrimônio, o que desautoriza a aplicação do princípio da insignificância,** na linha da jurisprudência desta CORTE. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC 147040 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 24/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 05-09-2018 PUBLIC 06-09-2018)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CRIME DE RECEPÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. RECEPÇÃO. CRIME PLURIOFENSIVO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA



INSIGNIFICÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICAR A DECISÃO RECORRIDA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **A habitualidade delitiva constitui motivação idônea a afastar a aplicação do princípio da insignificância, desde que, sopesada com juízo conglobante à luz dos elementos do caso concreto, resulte em maior reprovabilidade da conduta.** Precedentes. 2. A consolidada jurisprudência desta Corte entende que o crime de receptação não comporta a aplicação do princípio da insignificância, por se tratar de delito pluriofensivo que tutela, além do patrimônio, a própria administração justiça, pois a ação do receptador embaraça a persecutio criminis. 3. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 4. Agravo regimental desprovido. (HC 159435 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 28/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 31-07-2019 PUBLIC 01-08-2019)

EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TENTATIVA DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABITUALIDADE DELITIVA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. 2. **A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada.** 3. **A habitualidade delitiva revela reprovabilidade suficiente a afastar a aplicação do princípio da insignificância** (ressalva de entendimento da Relatora). Precedentes. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 106292, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-024 DIVULG 07-02-2017 PUBLIC 08-02-2017)

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE PESSOAS. VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE.

CARACTERIZADA A REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE DO PLEITO ABSOLUTÓRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO. 1. É aplicável o princípio da insignificância no sistema penal brasileiro desde que preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: “a) a mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação, c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada” (HC 84.412, ministro Celso de Mello). 2. Na presença desses quatro vetores, o princípio da insignificância incidirá para afastar, no plano material, a própria tipicidade da conduta diante da ausência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. 3. **A insignificância, princípio que afasta a tipicidade da conduta, especialmente nos crimes patrimoniais, não deve ser tida como regra geral, a se observar unicamente o valor da coisa objeto do delito. Deve ser aplicada, segundo penso, apenas quando estiver demonstrado nos autos a presença cumulativa dos quatro vetores objetivos que venho de referir.** 4. **A contumácia ou reiteração delitiva, a multirreincidência, a reincidência específica são exemplos de elementos aptos a indicar a reprovabilidade do comportamento, fator hábil a afastar a aplicação do princípio da insignificância.** 5. Para o acolhimento da tese defensiva – caracterização do reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta –, seria indispensável o reexame de todo o conjunto fático-probatório que levou as instâncias ordinárias, especialmente ao ressaltarem que “os réus cometeram o crime se valendo do maior número de agentes, podendo assim monitorar o local sem que pudessem ser vistos” e “que o crime ocorreu quando a vítima cega estava sozinha em casa”, a concluir pela “maior reprovabilidade da conduta”, fato inviável na via estreita do habeas corpus, que não admite dilação probatória. 6. As circunstâncias do delito (o concurso de agentes e a vulnerabilidade da vítima, no caso) e a multirreincidência específica do agravante têm o condão de afastar a caracterização do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, o que impede o pretendido reconhecimento da atipicidade da conduta, a aplicação do princípio da insignificância e, em consequência, o pleito absolutório. 7. Consideradas a quantidade da pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 4 anos, a reincidência do agravante e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes, no caso), é adequada a fixação do regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º,

“c”, e § 3º, do Código Penal. 8. Agravo regimental desprovido.(RHC 198550 AgR, Relator(a): NUNES MARQUES, Segunda Turma, julgado em 04/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 01-12-2021 PUBLIC 02-12-2021)

O hodierno panorama jurisprudencial exposto sinaliza uma mudança de entendimento na Suprema Corte acerca dos elementos conceituais do princípio da insignificância e seus reflexos na teoria geral do delito.

É possível perceber, a partir das ementas anteriormente colacionadas, que, embora a doutrina largamente majoritária entenda que para a aplicação do princípio da insignificância devam ser observados apenas os aspectos objetivos do crime, vez que restringe-se a uma análise da tipicidade do fato, a jurisprudência do STF vem decidindo em sentido oposto.

No Pretório Excelso, observa-se que os julgados passaram a negar aplicação ao princípio da insignificância para agentes reincidentes e portadores de maus antecedentes, concluindo-se que a presença de tais elementos constitui um óbice para o reconhecimento do referido princípio.

Em crítica a esse posicionamento, há muito já discorria Vinícius de Toledo Piza Peluso:

A consideração pelo juiz dos elementos do desvalor da culpabilidade do agente, tais como a culpabilidade, primariedade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, conseqüências, circunstâncias, etc., nos termos do art. 59 do CP, no momento da análise da aplicação do princípio da insignificância, nada mais é do que a subversão da “ordenação sistemática” e do “caráter seqüencial” da teoria geral do delito, eis que o conteúdo da culpabilidade está sendo valorado em momento e local inadequados, qual seja, a tipicidade. Portanto, pergunta-se: como analisar o conteúdo da culpabilidade do agente, se a conduta sequer foi considerada típica?

(...)

O princípio da insignificância tem a natureza meramente objetiva, sendo erro procedimental grave a análise de elementos subjetivos, pertencentes à culpabilidade do agente - especificamente a primariedade -, no momento da valoração do referido princípio. Portanto, determinado que o fato é penalmente irrelevante (atípico),

pouco importa, para o deslinde da questão, a personalidade do réu, inclusive porque, no momento da tipicidade, o Direito Penal é um direito do fato e não do autor, sendo, assim, indevida qualquer análise da personalidade do acusado.<sup>77</sup>

No mesmo sentido, escreveu Luiz Luisi:

Uma lesão insignificante a um bem jurídico, mesmo que seja de autoria de um celerado, reincidente na prática dos mais graves delitos, não faz com que ao mesmo se possa atribuir a prática de crime. A vida pregressa, os antecedentes, por mais “hediondos” que sejam, não podem levar a tipificação penal de uma conduta que, por ter causado insignificante dano a um bem jurídico tutelado, não lhe causou uma lesão relevante. Somente após se entender tipificado o fato, é que se podem considerar as circunstâncias que o cercaram e a vida pregressa de seu autor, para efeito de se aferir sua culpabilidade, e a conseqüente dosagem da pena.<sup>78</sup>

Contudo, para evitar essa “subversão da “ordenação sistemática” e do “caráter seqüencial” da teoria geral do delito” denunciada por Vinícius de Toledo Piza Peluso e Luiz Luisi, é que a corrente jurisprudencial atacada tem afirmado, a despeito do desvalor da conduta e do resultado, a tipicidade material da conduta praticada pelo agente reincidente ou com maus antecedentes que lesiona infimamente o bem jurídico.

É o que se depreende das ementas retro colacionadas, podendo-se destacar, dentre outros, o trecho do HC 113023/RS: **“O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. 3. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido à sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal. 4. Ordem denegada.”** (grifo nosso)

---

77 PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do Princípio da Insignificância. *In* Boletim IBCCRIM, ano 9, n. 109, dez. 2001, p. 11.

78 LUISI, Luiz. O princípio da insignificância e o Pretório Excelso. *In* Boletim IBCCRIM, ano 6, fev. 1998, p. 227.

Em síntese, verifica-se que para se aplicar o princípio da insignificância boa parte dos julgados passou a ressaltar a necessidade de se analisar não só o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, mas também o desvalor da culpabilidade do agente da ação.

Negam a aplicação do princípio da insignificância aos que apresentam vida pregressa desfavorável sob a alegação de que faltaria, neste casos, o “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento” e a “ausência de periculosidade social da ação”.

Pode-se perceber que houve aí uma subjetivização dos vetores que, inicialmente, eram concebidos no seu aspecto puramente objetivo. Quando foram originalmente delineados pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC nº 84.412/SP, e posteriormente adotados por inúmeros Tribunais, sugeriam uma análise objetiva da infração praticada numa determinada situação concreta.

Assim, o “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento” e a “ausência de periculosidade social da ação” diziam respeito somente à conduta do acusado naquele fato concreto. Ou seja, o “comportamento” a que se referiam não era o comportamento do acusado durante toda a sua vida, mas naquele episódio específico que se analisava. Da mesma forma, não é à periculosidade do agente que se fazia referência, e sim à periculosidade social da ação *sub examine*.

O resultado dessa subjetivização, na verdade, acaba refletindo no conceito de tipicidade material. Pois, de acordo com a argumentação utilizada pelos Ministros do STF, é possível extrair desse entendimento que uma conduta de mínima ofensividade, não perigosa socialmente, de reduzido grau de reprovabilidade e que lesione de forma inexpressiva o bem jurídico atingido, somente será materialmente atípica e irrelevante para o direito penal se as condições pessoais do réu forem favoráveis.

Ou seja, deslocou-se da teoria da pena para a tipicidade os elementos subjetivos pertencentes à culpabilidade do agente. Ao invés de serem aferidos somente na fase de aplicação da pena, para definir e graduar a sanção a ser imposta, foram antecipados para a teoria do crime, como elemento constitutivo da tipicidade material.

Para Luiz Flávio Gomes, os operadores do direito acabam muitas vezes confundindo o princípio da insignificância com o da irrelevância penal do fato e, por isso, adverte:

A confusão está aqui: os critérios que orientam o princípio da insignificância são somente os do desvalor do resultado e do desvalor da conduta (e nada mais). Não se pode mesclar os critérios fundantes de cada princípio, sob pena de se incorrer em grave

confusão (que não se coaduna com a boa técnica). O injusto penal é constituído do desvalor do resultado e desvalor da ação. A insignificância correlaciona-se indubitavelmente com o âmbito do injusto penal. Logo, não entram aqui critérios subjetivos típicos da reprovação da conduta (ou da necessidade da pena). (...)Toda referência que é feita (na esfera do princípio da insignificância) ao desvalor da culpabilidade (réu com bons antecedentes, motivação do crime, personalidade do agente etc.) está confundindo o injusto penal com sua reprovação, leia-se, está confundindo a teoria do delito com a teoria da pena (ou, na linguagem de Graf Zu Dohna, o objeto de valoração com a valoração do objeto). Não se pode utilizar um critério típico do princípio da irrelevância penal do fato (teoria da pena) dentro do princípio da insignificância (que reside na teoria do delito). Essa é a confusão que precisa ser desfeita o mais pronto possível, para que o Direito penal não seja aplicado incorretamente (ou mesmo arbitrariamente).<sup>79</sup>

Partindo-se dessa premissa, Luiz Flávio Gomes faz algumas considerações a respeito dos tipos de reincidência, a fim de diferenciar certas situações que merecem tratamento distinto quanto ao reconhecimento da insignificância penal. Seus ensinamentos permitem ponderar que:

**a) Na multirreincidência ou reiteração cumulativa** - o sujeito pratica reiteradas condutas de pequena monta contra a mesma vítima, sendo que a somatória dos eventos provoca lesão bastante expressiva ao bem jurídico. Nestes casos, em que deve se considerar o todo como fato único, deve ser afastado o princípio da insignificância,

**b) Na multirreincidência ou reiteração não cumulativa** – o sujeito pratica vários fatos insignificantes, não cumulativos, sem liame temporal e contra vítimas diversas. Levando em conta apenas os requisitos objetivos, não há impedimento para a aplicação do princípio da insignificância;

**c) Fato único cometido por agente reincidente** – Cuidando-se de fato único, avaliados somente os critérios objetivos, o simples fato do réu ser reincidente não pode ser obstáculo para a aplicação da bagatela

Entretanto, a diferenciação ora proposta não é alvo de convicção da maioria dos integrantes do STF. Conforme entendimento explicitado em diversos julgados, basta que

---

<sup>79</sup> GOMES, Luiz Flávio. Delito de Bagatela: Princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol. I, nº 1. Salvador, Abr. 2001.



o réu não seja primário para restar inaplicável o princípio da insignificância, pouco importando a espécie e as circunstâncias dos outros crimes praticados.

Por fim, vale ressaltar, que em dezembro de 2014 a Primeira Turma, visando uniformizar o entendimento do Tribunal sobre a matéria, decidiu, por unanimidade, afetar ao Pleno um Habeas Corpus (HC 123.108) impetrado por um homem acusado de furto de um par de chinelos avaliado em R\$ 16,00 (dezesesseis reais).

A discussão sobre a insignificância iniciou-se na segunda instância em Minas Gerais. Em Habeas Corpus ao Tribunal de Justiça de MG, a Defensoria Pública alegava que o valor irrisório dos chinelos e o fato de eles terem sido devolvidos forçam o Judiciário a aplicar o princípio da insignificância. No entanto, o TJ-MG negou o pedido afirmando que o réu já tem uma condenação criminal transitada em julgado.

O remédio constitucional foi levado ao Superior Tribunal de Justiça, mas foi negado monocraticamente pela ministra Maria Thereza de Assis Moura, da 6ª Turma, com fundamento na Súmula 7.

No Pretório Excelso, o pedido de aplicação da bagatela foi reiterado. Em seu voto no pedido de trancamento liminar do caso, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, faz uma importante reflexão sobre a aplicação do princípio da insignificância à luz da doutrina, da jurisprudência do STF e do sistema carcerário brasileiro.

No seu voto, o ministro reconhece que, embora a jurisprudência do STF fale em condicionantes para a aplicação da bagatela, especialmente quanto à reincidência e outros aspectos subjetivos da vida pregressa do agente, não há um enunciado claro e consistente para as instâncias precedentes a respeito daquilo que a Corte considera suficiente para afastar a aplicação da norma penal. Por isso, não são incomuns que situações relativamente idênticas sejam julgadas de forma diametralmente oposta, apesar da invocação dos mesmos parâmetros.

Barroso alertou que a ausência de critérios claros quanto ao princípio da insignificância gera o risco de casuísmos, prejudica a uniformização da jurisprudência e agrava ainda mais o já dramático quadro de crise do sistema prisional, já superlotado e em condições degradantes.

O Ministro albergou o entendimento que nem a reincidência, nem a modalidade qualificada do furto devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, vez que o direito penal não se destina a punir meras condutas indesejáveis, "personalidades", "meios" ou "modos de vida", e sim crimes, isto é, condutas significativamente perigosas ou lesivas a bens jurídicos, sob pena de se configurar um direito penal do autor, e não do fato.

Segundo ele, o afastamento deve ser objeto de motivação específica, como o número de reincidências ou a especial reprovabilidade decorrente de qualificadoras. Ademais, defendeu que para a caracterização da reincidência múltipla, além do trânsito em julgado, as condenações anteriores devem tratar de crimes da mesma espécie.

O relator propôs também que, mesmo quando a insignificância for afastada, o encarceramento deve ser fixado em regime inicial aberto domiciliar, substituindo-se, como regra, a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo em caso de réu reincidente, admitida a regressão em caso de inobservância das condições impostas. Para o ministro, a utilização da pena de reclusão como regra representa sanção desproporcional, excessiva e geradora de malefícios superiores aos benefícios.

Vale a pena transcrever alguns trechos do Voto do Ministro Relator Roberto Barroso:

(...) Isto é: a tipicidade de uma conduta não pode depender de saber se o agente é vadio, mendigo, processado, condenado ou reincidente. 53. Esta Corte, no entanto, faz exatamente isto ao afastar o princípio da insignificância a agentes em situação de reiteração delitiva, (tecnicamente reincidentes ou não). Uma mesma conduta – e.g., a subtração de uma caixa de fósforos, de quatro galinhas, de um desodorante, de barras de chocolate etc. – tem a sua tipicidade dependente de uma investigação sobre os antecedentes criminais do agente. 54. Essa construção tem obrigado o Tribunal a atenuar sua jurisprudência em alguns casos, em prejuízo a um desejável ideal de coerência. Por exemplo: no HC 117.903, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, o paciente era processado pela tentativa de furto de “25 kg de milho em espiga”, avaliados em R\$ 6,00 (seis reais). Embora se tratasse de pessoa que respondia a outros processos penais por posse de entorpecentes, com condenação por tráfico de drogas e por crime contra o patrimônio (dano qualificado), aplicou-se o princípio da insignificância, afirmando-se a necessidade de se analisar os registros do paciente cum grano salis.

(...)

Resta analisar os argumentos dogmáticos usados, e.g., no HC 114.877. Data maxima venia, penso que a citação a Zaffaroni feita em casos da espécie não reflete o real pensamento do penalista. Isto porque a 30 CópiaHC 123108 / MG tipicidade conglobante (v. supra, nota 17) tem uma função redutora, e não ampliadora do juízo de tipicidade penal.

(...)

Todo esse levantamento mostra que o Tribunal necessita de critérios mais firmes para aplicação do princípio da insignificância, sob pena de cometer injustiças e não cumprir o papel de formar uma jurisprudência coerente, a ser observada pelas demais instâncias.

(...)

A reconfiguração jurisprudencial da insignificância, como proposta neste voto, constitui mecanismo realista e pragmático de lidar com a realidade presente, até que ela possa ser modificada.<sup>80</sup>

Desse modo, o ministro votou pela concessão da ordem para reconhecer a atipicidade material da conduta, aplicando o princípio da insignificância.

### **3.CONCLUSÃO**

A breve análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em conjunto com as considerações feitas ao longo deste trabalho, permite concluir que a adoção de critérios subjetivos para se aplicar o princípio da insignificância traz reflexos relevantes na moderna teoria do delito e, conseqüentemente, no seu campo conceitual.

A maioria incontestada da doutrina, orientada por um Direito Penal Mínimo e levando em consideração os conceitos assentados até então pela teoria geral do delito, afirma o caráter objetivo da aplicação desse princípio, que resulta na atipicidade material do fato. Considerar as condições pessoais do autor, como causa impeditiva para o seu reconhecimento, seria adotar um direito penal do autor.

Do outro lado, se observa que a jurisprudência mais recente, em um número crescente de julgados, tem criado óbices para a aplicação da insignificância nos casos em que, embora a lesão ao bem jurídico seja ínfima, as circunstâncias judiciais sobre a pessoa do réu são desfavoráveis (maus antecedentes, a reincidência, etc).

Ou seja, a questão não mais se restringiria à uma análise de tipicidade, mas, principalmente, da culpabilidade do agente, que se deslocaria da teoria da pena para a teoria do crime, passando a integrar o âmbito daquele primeiro elemento.

---

<sup>80</sup> Voto do Ministro Relator Roberto Barroso no HC 123.108/MG. Disponível em <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC\\_123108\\_MLRB.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_123108_MLRB.pdf)>. Acesso em 20 dez. 2014.

Sustentam que a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática destes pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade.

É nítida a resistência dessa jurisprudência em adotar, no plano fático, de forma plena, a tese do minimalismo penal. Mesmo diante da ampla e indiscutível aceitação que hoje conta o princípio da insignificância no meio jurídico, percebe-se que ainda há um receio em provocar o descrédito do Judiciário perante a população que sofre com o aumento da criminalidade e por isso clama sempre pela punição penal dos infratores.

Todavia, a retomada de uma ideologia punitivista por boa parte dos julgadores da Suprema Corte, bem como uma política criminal moderna que orienta-se no sentido da desjudicialização e descriminalização, termina por provocar um preocupante clima de instabilidade no que se refere à aplicabilidade do princípio da insignificância.

A falta de critérios legais claros e definitivos sobre o assunto ocasiona patentes desigualdades na aplicação do direito pelos Tribunais, pois permite, muitas vezes, que os juízes se valham de um grande poder de discricionariedade e, através de decisões oscilantes e contraditórias, terminem por abalar a segurança jurídica que se faz imprescindível num Estado Democrático de Direito, que prima, antes de tudo, pela garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Assim, como uma forma de solucionar a questão, faz-se imperiosa a necessidade de uma legislação futura que discipline o assunto, com a urgência que o caso requer, a fim de evitar que um princípio de sobrelevada importância para a concretização de uma nova e equilibrada forma de pensar do Direito Penal seja desconceituado, sendo alvo de entendimentos equivocados ou divergentes.

É preciso que, além de cuidar do tema de forma específica, fixando conceitos, critérios e pacificando pontos controversos, a legislação preveja uma punição alternativa para os infratores de pequenos delitos que, apesar de serem insignificantes para o direito penal, são condutas ilícitas que merecem ser sancionadas por outros ramos do sistema jurídico e social. Somente dessa forma restaria privilegiada a boa técnica jurídica e o respeito social diante da correta aplicação do direito.

#### **4.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aument. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (Editor), 2003.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **A objetividade do Princípio da Insignificância.** Boletim IBCCRIM, ano 9, n. 109, dez. 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Delito de Bagatela: Princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato.** In Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol. I, nº 1. Salvador, Abr. 2001.

COUTO, Karen. **Supremo enfrenta explosão de número de casos de baixo potencial ofensivo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-ago-14/stf-enfrenta-explosao-numero-casos-baixo-potencial-ofensivo>>.** Acesso em: 25 nov. 2022.

MACHADO, Rodrigo Barcellos de Oliveira. **“Meu crime é imperdoável, apliquem o direito!” – disse o delinquente. Sobre como, para os juizes brasileiros, o princípio da insignificância nada tem a ver com tipicidade material.** Disponível em <<https://emporiadodireito.com.br/leitura/meu-crime-e-imperdoavel-apliquem-o-direito-disse-o-delinquente-sobre-como-para-os-juizes-brasileiros-o-principio-da-insignificancia-nada-tem-a-ver-com-tipicidade-material>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

CRESPO, Aderlan. **Reflexões sobre a aplicação do princípio da insignificância: para além do ódio humano, do discurso de justiça e do medo da impunidade.** Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

AMORIM, Tathiana de Melo Lessa. **A relevância da política-criminal na imputação objetiva do resultado: novos aspectos ao ordenamento jurídico-penal brasileiro.** Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em: 15 nov. 2022.

CROSSELLI, Luis Eduardo. **O STF e o princípio da insignificância. Ainda há muito para evoluir.** Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em: 15 nov. 2022.

JARDIM, Luiz Marcos Meira. **O Princípio da insignificância na atual concepção do STF.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5416](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5416)>. Acesso em: 16 nov. 2022.

MACHADO, Vitor Gonçalves. **Análise atual sobre a aplicação do princípio da insignificância nos tribunais superiores brasileiros: o que é e o que não é atualmente insignificante para o superior tribunal de justiça e o supremo tribunal federal.** Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. **Direito Penal do Fato ou do Autor? A insignificância e a reincidência.** Disponível em: <[www.conjur.com.br/2014-out-09/senso-incomum-direito-penal-fato-ou-autor-insignificancia-reincidencia](http://www.conjur.com.br/2014-out-09/senso-incomum-direito-penal-fato-ou-autor-insignificancia-reincidencia)>. Acesso em: 20 nov. de 2022.

**Voto do Ministro Relator Roberto Barroso no HC 123.108/MG.** Disponível em <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC\\_123108\\_MLRB.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_123108_MLRB.pdf)>. Acesso em 20 dez. 2022.

## **A IMPORTÂNCIA DA AUDITORIA INTERNA NA DETECÇÃO DE FRAUDES TRIBUTÁRIAS: UM ESTUDO EXPLORATÓRIO SOBRE A PERCEPÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA ÁREA**

**HIGOR DA COSTA SANTOS:**

Graduando em Ciências Contábeis, Fundação Educacional de Fernandópolis – FEF, São Paulo – SP, Brasil.<sup>81</sup>

**GABRIEL DE ARAGÃO LOURENÇO**<sup>82</sup>

**MATHEUS DURVAL PEREIRA**<sup>83</sup>

(coautores)

**DANIELA BORELI**<sup>84</sup>

**ROGÉRIO DE JESUS RIBEIRO**<sup>85</sup>

(orientadores)

**RESUMO:** Este estudo trata da importância da auditoria interna na detecção de fraudes tributárias. No Brasil, as companhias estão sob riscos que podem ser mitigados pela inserção de controles internos, identificação de possíveis erros, fraudes e irregularidades aos quais a empresa está exposta, com o intuito de auxiliar a administração no alcance dos objetivos. Nesse sentido, o trabalho tem como objetivo geral identificar a pertinência das auditorias internas acerca da constatação de erros e fraudes, elucidando as informações por meio do conhecimento e experiência de profissionais atuantes na área. Para atender a essa proposta, dissertou-se sobre a origem, evolução e desenvolvimento da auditoria, estudou-se a experiência de auditores atuantes na vertente contábil da profissão, bem como suas percepções sobre ferramentas de mitigação de riscos e analisou-se dados obtidos em pesquisa exploratória que demonstrassem a diminuição dos riscos de fraudes ao passo em que as auditorias internas foram instituídas. Sabe-se que a auditoria aplicada à área tributária facilita o reconhecimento de erros comuns desde tributar uma alíquota

---

<sup>81</sup> Contato: higor.dacostasantos@gmail.com

<sup>82</sup> Graduando em Ciências Contábeis, Fundação Educacional de Fernandópolis – FEF, São Paulo – SP, Brasil.

<sup>83</sup> Graduando em Ciências Contábeis, Fundação Educacional de Fernandópolis – FEF, São Paulo – SP, Brasil

<sup>84</sup> Contadora, Especialista em Gestão Empresarial e Consultoria, Mestre em Ciências Ambientais, Docente na FEF - Fundação Educacional de Fernandópolis e Faculdade Futura de Votuporanga, graduanda em Direito na FEF - Fundação Educacional de Fernandópolis.

<sup>85</sup> Graduando em Direito, Mestre em Engenharia de Produção, Professor Universitário - FEF.



incorreta, estar enquadrado em um regime errado, conferência das notas fiscais e alguma desatenção na entrega das obrigações essenciais e dispensáveis.

Palavras-chave: Auditoria. Fraudes. Tributação.

**ABSTRACT:** This study deals with the importance of internal auditing in detecting tax fraud. In Brazil, companies are under risks that can be mitigated by inserting internal controls, identifying possible errors, fraud and irregularities to which the company is exposed, in order to help management achieve its objectives. In this sense, the work has the general objective of identifying the relevance of internal audits regarding the finding of errors and fraud, elucidating the information through the knowledge and experience of professionals working in the area. To meet this proposal, the origin, evolution and development of auditing was discussed, the experience of auditors working in the accounting aspect of the profession was studied, as well as their perceptions about risk mitigation tools and data obtained in exploratory research that demonstrated the reduction of fraud risks while internal audits were instituted. It is known that the audit applied to the tax area facilitates the recognition of common errors from taxing an incorrect rate, being framed in a wrong regime, checking invoices and some inattention in the delivery of essential and expendable obligations.

Keywords: Audit. Frauds. Taxation.

## 1 INTRODUÇÃO

A auditoria interna, atividade independente de caráter objetivo, que busca da avaliação e consultoria agregar valor à organização jurídica, tornou-se reconhecida há 20 anos para a maior parte dos profissionais estadunidenses, porém já havia sido estabelecida anos atrás por instituições maiores. No Brasil o conhecimento do exercício ocorreu nos últimos anos aprovado pelo Conselho Federal da Contabilidade (CFC) em 24 de março de 1995 (FRANCO; REIS, 2004).

Atualmente, as empresas estão expostas a muitos riscos que podem ser mitigados pela aplicação e elaboração de controles internos. A função do auditor resume-se em identificar possíveis erros, fraudes e irregularidades aos quais a empresa está exposta e auxiliar a alta administração no alcance dos objetivos organizacionais (OLIVEIRA; AMARAL; SILVA, 2019).

Nesse sentido, o trabalho tem como objetivo geral identificar a pertinência das auditorias internas acerca da constatação de erros e fraudes, elucidando as informações por meio do conhecimento e experiência de profissionais habilitados. Para atender a essa proposta, dissertou-se sobre a origem, evolução e desenvolvimento da auditoria,

abordando os métodos utilizados na detecção de fraudes; estudou-se a experiência de auditores atuantes na vertente contábil da profissão, bem como suas percepções sobre ferramentas de mitigação de riscos; analisou-se dados obtidos em pesquisa exploratória que demonstrassem a diminuição dos riscos de fraudes ao passo em que as auditorias internas foram instituídas.

É sabido que a auditoria aplicada à área tributária facilita o reconhecimento de erros comuns desde tributar uma alíquota incorreta, estar emoldurado em um regime errado, conferência das notas fiscais e alguma desatenção na entrega das obrigações essenciais e dispensáveis. Além disso, atentar-se a esses aspectos auxilia a alta administração no alcance dos objetivos (OLIVEIRA; AMARAL; SILVA, 2019).

## **2 REVISÃO DA LITERATURA**

### **2.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DA AUDITORIA INTERNA**

O termo auditoria tem sua origem no latim, advindo da palavra *audire* (ouvir). Na Inglaterra, o termo foi definido como *auditing*, dando ênfase à vertente contábil da profissão. Com o passar dos anos, tanto o termo, como o conceito de auditoria, tem sido disseminado consideravelmente na sociedade devido aos efeitos da globalização e enquadramento das empresas nas normas fiscais (PINHEIRO; CUNHA, 2003).

O exercício de auditar iniciou-se, em território brasileiro, com profissionais estrangeiros a partir de 1911. Já nas décadas de 40 a 70, foram publicadas as normas relevantes à profissão. Especificamente em 1976, houve o decreto da lei 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, que instaurou a obrigação de submeter as demonstrações financeiras dessas empresas à auditores (CÁCERES, 2019).

Diversas são as teorias que explanam sobre o nascimento da auditoria. No antigo Egito, diante da necessidade de validação das atividades, já se apresentava indícios de práticas de controles internos. Por sua vez, em Roma, os auditores consistiam em indivíduos responsáveis pela economia local. Já na França, eram escolhidos alguns funcionários para que tomassem conhecimento acerca das demonstrações financeiras (CARDOZO, 2013).

No Brasil, especificamente na era colonial, definia-se um responsável para cuidar do tesouro. No Reino Unido, diante da revolução industrial ocorrida no século XVIII e, conseqüentemente, do desenvolvimento da economia e operacionalização das atividades produtivas, viu-se a necessidade de haver um profissional que pudesse certificar que os demonstrativos financeiros possuíam a confiabilidade necessária, por meio de seu parecer (GUEDES; SILVA, 2017).

Segundo Souza, Dyniewicz e Kalinowski (2010), não se sabe, ao certo, o início da aplicação da auditoria como um método profissional nas organizações, apesar das práticas subentendidas como funções do auditor, supracitadas anteriormente. Entretanto, há alguns fatos marcantes na história que corroboraram para o surgimento da profissão, a saber (ALMEIDA, 1996).

**Figura 1** Acontecimentos que marcaram a história da auditoria no mundo.

ANO	MUNDO
1310	Criação do Conselho de Londres – Inglaterra.
1314	Criação do cargo de auditor do Tesouro da Inglaterra.
1559	Sistematização e estabelecimento da auditoria dos pagamentos a servidores públicos pela Rainha Elizabeth I - Inglaterra
1581	Criação do Colégio de Contadores de Veneza – Itália.
1640	Criação do Tribunal de Contas em Paris – França.
1658	Criação da Academia <i>Dei Ragionieri</i> , nas cidades de Milão e Bolonha - Itália.
1786	Criação do Guia profissional de New York – Estados Unidos.
1786	Criação do Guia Comercial inglês – Inglaterra.
1845	O <i>Railway Consolidation Act</i> passou a obrigar a verificação dos balanços por auditores – Inglaterra.
1880	Criação da Associação dos Contadores Públicos Certificados - Inglaterra.
1886	Criação da Associação dos Contadores Públicos Certificados ( <i>AICPA-American Institute of Certified Public Accountants</i> ) - Estados Unidos.
1894	Criação do Instituto Holandês de Contadores Públicos – Holanda.
1916	Criação da <i>American Accounting Association</i> (AAA) – Estados Unidos.
1934	Criação do <i>Security and Exchange Commission</i> (SEC) - Estados Unidos.
1972	Criação do International Accounting Standard Board – IASB

**Fonte:** Almeida, 1996.

No Brasil, há normas emitidas pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC), que são aplicadas às atividades de auditoria, tais como as NBC TA, que se relacionam às auditorias independentes, e a NBC TI, que se refere à norma de auditoria interna, aprovada pela resolução CFC Nº 986/03. Essa norma, em específico, aborda os conceitos relacionados à auditoria interna, a execução dos trabalhos, elaboração de relatórios, entre outros assuntos (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2022).

A auditoria pode classificar-se como externa ou interna, de forma que a primeira é executada por um profissional que não possui vínculos empregatícios com a empresa a ser auditada, com o intuito de elaborar seu parecer com base nos demonstrativos contábeis; a segunda, por sua vez, refere-se a uma atividade exercida por colaboradores pertencentes ao quadro de funcionários da empresa, entretanto, de forma independente no que diz respeito à subordinação aos demais setores, buscando atender às demandas da alta administração e auxiliar a organização no alcance dos objetivos (PINHEIRO; CUNHA, 2003).

Conforme abordado por Chiavenato (2002), a vertente interna da auditoria passou a ganhar destaque a partir de 1941, em Nova Iorque, após a fundação do Institute of Internal Auditors (IIA). Ainda, é possível defini-la como a averiguação das políticas internas da empresa, avaliando-as e propondo melhorias por meio de planos de ações.

## **2.2 A RESPONSABILIDADE DO AUDITOR INTERNO**

A auditoria interna é comumente conhecida por “fiscais” que estão dispostos a somente investigar e apontar erros. A maioria dos colaboradores de uma empresa desconhecem as reais responsabilidades dos auditores internos, o que acaba por gerar questionamentos acerca da atuação desses profissionais (ALVES, 2014).

O auditor interno tem dentre suas atribuições o papel de averiguar e avaliar os processos da organização, identificando riscos e controles sobre cada processo examinado. Ainda, emite seu parecer sobre a eficácia dos controles existentes, com o intuito de auxiliar a organização no alcance dos objetivos e garantir a conformidade das atividades, promovendo a confiabilidade dos processos (THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS, 2018).

Por meio de suas avaliações, o profissional de auditoria possibilita que seja colocada em prática a melhoria contínua, adicionando valor aos processos e mitigando a probabilidade de que os riscos aconteçam, visto que propõe alterações e acompanha o cumprimento das ações propostas. O processo de gerenciar riscos da empresa tem o intuito de alinhar as decisões da organização de forma que possibilite responder aos riscos previamente identificados, reduzindo-os, evitando-os ou compartilhando-os com terceiros, além de antecipar os possíveis cenários que podem surgir caso a empresa não aplique as ações propostas (TCU, 2022).

## **2.3 A UTILIZAÇÃO DA AUDITORIA INTERNA NA PREVENÇÃO DE FRAUDES TRIBUTÁRIAS**

Conforme estudo realizado pela HSN Consult (1999), os prejuízos sofridos pelas empresas mediante fraudes podem refletir em até 37% do PIB, com base na média entre 65% das empresas que apontaram as fraudes como a maior adversidade. A projeção em valores apurou um valor médio anual de R\$ 67 mil por empresa.

Segundo uma pesquisa realizada pela empresa KPMG (2022), considerando países da América do Norte e Latina, demonstrou que 86% dos líderes organizacionais consideram que o trabalho remoto, necessário durante a pandemia de COVID-19 que afetou o mundo expressivamente nos anos de 2020 e 2021, diminuiu a habilidade de resposta adequada às fraudes devido à impossibilidade de supervisionar atitudes fraudulentas à distância. As fraudes, em média, representam, além de diversos danos à

imagem e impactos morais à empresa, 1% do lucro das empresas. Todavia, não é possível estimar com exatidão a perda nesses casos, visto que variáveis como o tempo de duração podem influenciar e aumentar significativamente esse percentual.

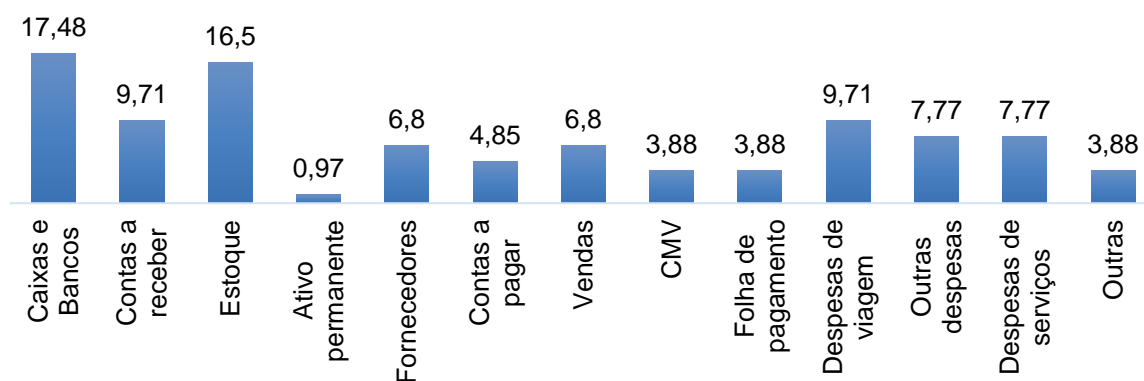
Alguns proprietários de empresas brasileiras, entrevistados por Souza e Bergamasco (2001), explanaram sobre os atos praticados em suas empresas, abordando questões como a ausência de emissão de notas fiscais em todas as vendas devido à excessiva carga tributária. Nesse âmbito, é iniciada-se um ambiente conivente com a fraude, que pode culminar na descontinuidade da empresa.

Segundo Sá (1982, p.15), “fraude não é apenas o furto comum, pela subtração direta de bens, mas toda forma de lesão ao direito de terceiros, tramada através de artifícios, executados através de métodos e práticas desonestas”.

Portanto, considerando a definição acima, a empresa deve voltar-se a identificar a presença de fraudes nas operações por meio de indícios e análises, além de aplicar métodos para punir os responsáveis por tais atos. As empresas devem priorizar o investimento em estratégias para evitar que as fraudes ocorram, ou seja, métodos preventivos, ao invés de somente aplicar medidas corretivas. Para isso, as áreas fundamentais concentram-se em auditoria e controles internos (PINHEIRO; CUNHA, 2003).

Uma das atribuições dos auditores contábeis refere-se à mensuração dos riscos, analisando, principalmente, as disponibilidades da empresa, tendo em vista que se constitui no grupo de contas mais fraudadas das organizações, vide gráfico abaixo (JORNAL CONTÁBIL, 2015).

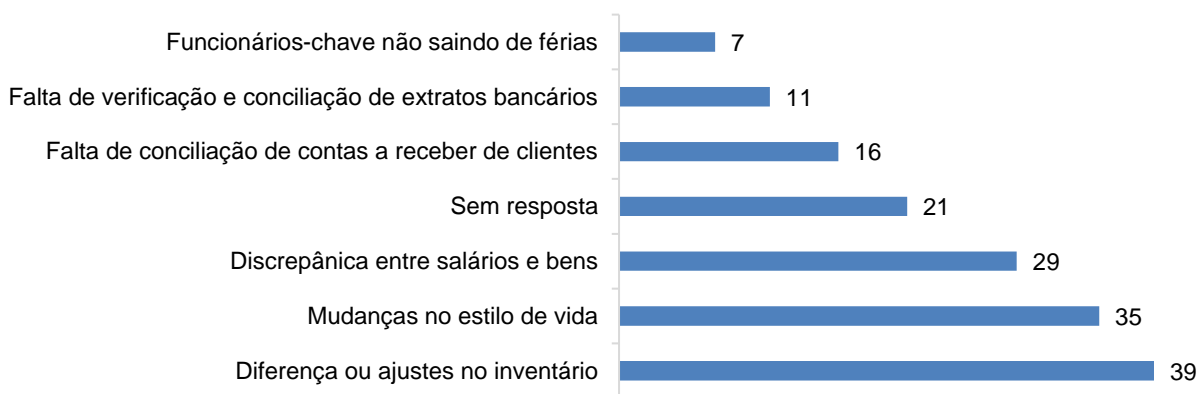
**Figura 2** Principais contas contábeis utilizadas para fraudes nas organizações (%).



**Fonte:** Jornal Contábil, 2015.

Nota-se, portanto, a interrelação entre auditoria e a descoberta de fraudes contábeis. Durante uma pesquisa da KPMG FORENSIC SERVICES (2000) acerca de sinais de alerta revelados por entrevistados, é possível notar que, com a análise das contas contábeis mencionadas acima, efetuada pela equipe de auditoria interna, a maioria das fraudes poderiam ter sido mitigadas.

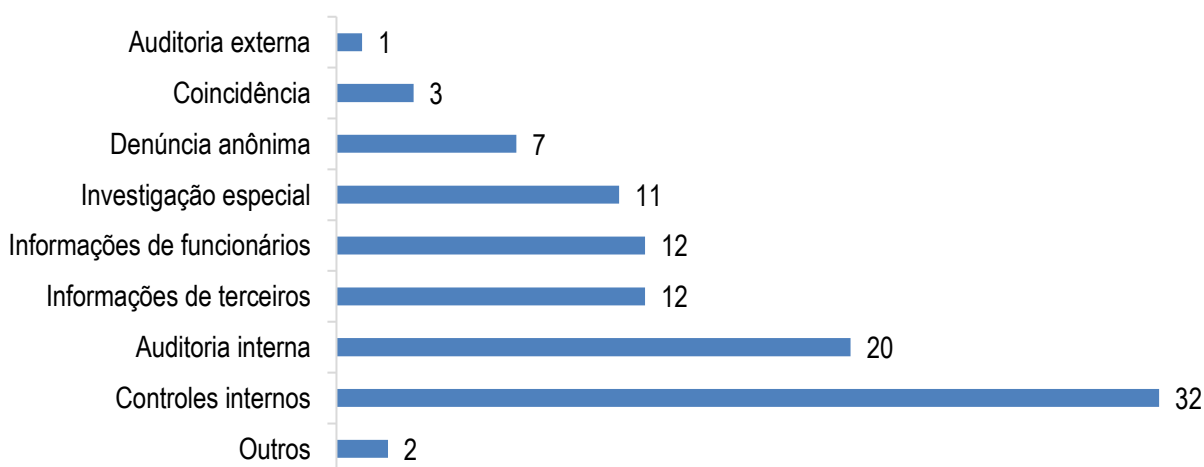
**Figura 3** Percentuais acumulados (%) de sinais de alertas apontados pelos entrevistados.



**Fonte:** KPMG FORENSIC SERVICES, 2000.

Ainda, esse aspecto pode ser certificado com base em outra questão levantada na pesquisa supracitada, elaborada pela KPMG FORENSIC SERVICES (2000), que questiona os empresários sobre as formas em que descobriram fraudes em suas companhias.

**Figura 4** Em porcentagem, os meios que propiciaram a descoberta de fraudes (%).



**Fonte:** KPMG FORENSIC SERVICES, 2000.



De modo geral, conforme apresentado no gráfico 3, a auditoria interna contribuiu em 20% para que essas situações fossem notadas (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2022).

### **3 MATERIAL E MÉTODOS**

Este estudo foi realizado a partir de uma pesquisa bibliográfica e exploratória, voltada para o estudo de casos de profissionais atuantes na área de auditoria interna e suas percepções sobre a importância desse setor na detecção de fraudes tributárias. A pesquisa bibliográfica foi definida por Gil (2002, p. 44) como aquela

[...] desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho dessa natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas. Boa parte dos estudos exploratórios pode ser definida como pesquisas bibliográficas.

A pesquisa exploratória, por sua vez, permite que o pesquisador se aproxime do tema pesquisado, com o intuito de descobrir resultados sobre as hipóteses previamente abordadas. Diante do exposto, foram analisadas as percepções dos profissionais da área em fontes secundárias de informações. Esse tipo de pesquisa é visto, na prática, como um estudo de caso, utilizando-se de base fontes bibliográficas. A partir dessas fundamentações, as informações da pesquisa bibliográfica tiveram como fonte livros, artigos científicos, periódicos, e-books, revistas e outros documentos pertinentes ao tema.

### **4 RESULTADOS E DISCUSSÃO**

Tendo em vista que o objetivo desse estudo é identificar a pertinência das auditorias internas acerca da constatação de erros e fraudes, elucidando as informações por meio do conhecimento e experiência de profissionais habilitados, elaborado por meio de pesquisa bibliográfica e exploratória, neste tópico são apresentados os resultados da pesquisa.

Com base no referencial teórico, foi apurado três casos em que a existência da auditoria interna nas organizações possibilitou a detecção de fraudes, bem como o método de identificação e resultados dos processos.

O primeiro caso abordado refere-se ao setor de auditoria interna do Departamento Estadual de Trânsito (Detran) do estado de Alagoas, em que foram apontados alguns indícios de fraudes no sistema de aplicação das provas para condutores realizadas nos anos de 2011 e 2012, de forma que 57 (cinquenta e sete) casos foram devidamente

comprovados. Um dos principais riscos identificados pelos profissionais abrange a possibilidade de formação de maus condutores e cometimento de crimes à legislação, tendo em vista que foi detectado o risco da prática de falsidade ideológica durante o exame. Assim, como resultado, alguns candidatos transcorreram por todo o processo de habilitação novamente e a delegacia de polícia foi acionada para apurar se houve envolvimento de colaboradores da empresa no caso. A notícia estudada nesse artigo foi publicada no veículo de comunicação Já é Notícia (2019).

O segundo caso ocorreu em 2013, em um banco brasileiro privado, denominado banco PAN. No início das atividades do banco na bolsa de valores para negociação de ações, já havia indícios de contradições contábeis, especificamente ocorridas no balanço patrimonial da companhia. A fraude consistia no aumento dos papéis da carteira de créditos, que já haviam sido vendidos a outras instituições, para fazer parte do patrimônio da empresa. Como consequência, o valor da empresa estava elevado, todavia, erroneamente. A irregularidade, descoberta pelo Banco Central, foi identificada por meio de procedimentos de auditoria (DEUS, 2014).

O terceiro caso apurado ocorreu em 2003 no grupo Parmalat, atuante no ramo alimentício, que destacava em suas demonstrações contábeis alguns ativos que, na verdade, não existiam. A fraude, calculada em aproximadamente € 3,95 bilhões na sua contabilidade, constatada por auditores. Após o escândalo vir a conhecimento público, em 2003, as ações da empresa perderam seu valor e a companhia foi denominada como insolvente (FOLHA DE SÃO PAULO, 2004).

Tendo em vista que as fraudes mencionadas acima foram descobertas utilizando-se de procedimentos de auditoria interna, aborda-se, a seguir, a percepção dos profissionais atuantes na área, obtida com base em entrevistas.

Inicialmente, cita-se a declaração de um auditor especialista no combate a fraudes. Em sua fala, foi abordado que a fraude nas empresas brasileiras é intrínseca, ou seja, ocorrerá em determinado momento de sua existência. Considerando esse aspecto, a auditoria interna obteve maior visibilidade por ser uma área que tem como propósito garantir a conformidade dos processos, bem como assegurar o cumprimento de normas e legislações. Entretanto, o profissional menciona que não é possível utilizar-se somente da auditoria interna, mas, sim, deve haver a combinação de outros fatores tais como treinamentos dos colaboradores, controles internos, entre outros. Segundo ele, as fraudes podem acarretar prejuízos de mais de U\$174.000,00 por ano nas empresas da América Latina, além de perdas indiretas como redução da qualidade, aumento de custos, interferências na confiabilidade da empresa para com os stakeholders. Com base em suas experiências, o profissional afirma que a participação do proprietário do negócio é fundamental para combater a fraude, além de mudanças na cultura organizacional (CHUBATSU, 2016).

Em 2020, Carlin, coordenador da comissão dos profissionais de auditoria contábil no Paraná, deixou sua contribuição acerca do tema. Em seu depoimento, foi enfatizado o uso de tecnologias para otimização dos trabalhos da auditoria, principalmente voltadas para *data analytics*. Entretanto, ressaltou-se que, mesmo de forma eletrônica, o profissional deve certificar-se de que a origem das informações e dos controles existentes transmitem a confiança necessária para que seja elaborado o parecer do auditor. Ainda, afirmou que a auditoria agrega valor às companhias no que concerne a certificação de qualidade e confiança das demonstrações contábeis, proporcionando apoio à alta administração e mitigando a existência de riscos nos processos organizacionais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste estudo foi apresentar a importância das auditorias internas acerca da constatação de erros e fraudes, elucidando as informações por meio de pesquisa exploratória que abordou o conhecimento e experiência de profissionais habilitados, bem como transcorreu sobre a origem, evolução e desenvolvimento da auditoria e casos em que houve a mitigação dos riscos de fraudes ao passo em que as auditorias internas foram aplicadas.

Conforme demonstrado nas pesquisas realizadas em fontes bibliográficas, a auditoria interna é uma ferramenta indispensável na detecção de fraudes, visto que, com base em normativas e regras, realiza a análise dos demonstrativos contábeis e mitiga riscos que podem resultar em perdas financeiras para a empresa e, até mesmo, levá-la a insolvência.

No decorrer da pesquisa, pode-se confrontar a percepção dos profissionais da área com os casos de fraudes detectadas em auditorias. Portanto, confirma-se a hipótese de que a atuação de auditores internos como *staff* em conjunto com a alta administração proporciona maior confiabilidade às informações emitidas pela empresa e aos controles internos realizados.

Para pesquisas futuras e complementação das informações abordadas nesse estudo, sugere-se a análise da contribuição de certificação de perícia para auditores internos no processo de análise das demonstrações contábeis.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Marcelo Cavalcanti. **Auditoria**: um curso moderno e completo. São Paulo: Atlas, 1996

ALVES, Nelma Sofia de Castro et al. O recurso a procedimentos de auditoria financeira no combate à fraude e evasão fiscais. 2014. Tese de Doutorado. **Instituto Politécnico do Porto. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto.**

CÁCERES, Livia Essarts. **Desenvolvimento da auditoria no Brasil:** da divulgação do primeiro parecer (1902) até a obrigatoriedade com a publicação da Lei das SA (1976). 2019. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/197606/001098032.pdf?sequence=1>>. Acesso em 28 ago. 2022.

CARDOZO, Julio Sergio. Origem e conceitos de auditoria. **Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ**, v. 2, n. 2, p. 27-36, 2013.

CARLIN, Everson Breda. **Fórum do Auditor 2020:** entrevista com o coordenador da comissão organizadora, Everson Breda Carlin, que faz a palestra de abertura. 2020. Disponível em: <<https://www2.crcpr.org.br/imprensa/noticias/exibirParaLeitura/12532>>. Acesso em 06 set. 2022.

CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CHUBATSU, Diogo. **Entrevista de Diogo Chubatsu:** Fraudes ocupacionais e auditoria interna. 2016. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/entrevista-de-diogo-chubatsu-fraudes-ocupacionais-e-interna-chubatsu/?originalSubdomain=pt>>. Acesso em 29 ago. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. **Norma Brasileira de Contabilidade:** NBC TI 01 - Da auditoria interna. Revisada em 2022. Disponível em: <https://www.valor.srv.br/artigo.php?id=1003&titulo=norma-brasileira-contabilidade-nbc-ti-1>. Acesso em 15 ago. 2022.

DEUS, Paulo Cesar Passos de. **Auditoria interna:** como instrumento de identificação de fraudes e erros nas demonstrações contábeis. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXIV, Nº. 000049, 05/03/2014. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/artigo/auditoria-interna-como-instrumento-de-identificacao-de-fraudes-e-erros-nas-demonstracoes>> Acesso em 01 set. 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Saiba mais sobre o escândalo financeiro da Parmalat**. 2004. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u78832.shtml>>. Acesso em 05 set. 2022.

FRANCO, Adriana Aparecida Dellú; REIS, Jorge Augusto Gonçalves. O papel da auditoria interna nas empresas. **VIII Encontro Latino-Americano de Iniciação Científica e IV Encontro Latino-Americano de Pós-Graduação**, 2004.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GUEDES, Oldham Silva; SILVA, Kauary Souza. **Origem e evolução da auditoria**. Centro Universitário São Lucas: Origem e Evolução da Auditoria, Porto Velho. 2017. Disponível em:

<<http://repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2786/Oldham%20Silva%20Guedes%2C%20Kauary%20Souza%20-%20Origem%20e%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20auditoria.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 20 ago. 2022.

HSN CONSULT. **Relatório HSN Consult sobre fraudes no Brasil**. Brasil, 1999. Disponível em <<http://hsn.com.br/serviços/fraude.htm>>. Acesso em: 08 set. 2022.

JÁ É NOTÍCIA. **PC prende dois homens que se passavam por candidatos em prova teórica do Detran/AL**. 2019. Disponível em:

<<https://www.jaenoticia.com.br/noticias/2019/08/13/63675-pc-prende-dois-homens-que-se-passavam-por-candidatos-em-prova-teorica-do-detranal>>. Acesso em 01 set. 2022.

JORNAL CONTÁBIL. **Conheça as fraudes mais comuns nas empresas e o papel da auditoria interna**. 2015. Disponível em: <<https://www.jornalcontabil.com.br/conheca-as-fraudes-mais-comuns-nas-empresas-e-o-papel-da-auditoria-interna/>>. Acesso em 02 ago. 2022.

KPMG. **Uma tripla ameaça nas Américas: KPMG 2022 Fraud Outlook**. 2022. Disponível em: <<https://home.kpmg/br/pt/home/insights/2022/01/kpmg-fraud-outlook-survey.html>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

KPMG FORENSIC SERVICES. **A fraude no Brasil – Relatório de pesquisa 2000**. Brasil, 2000. Disponível em <<http://www.kpmg.com.br>>. Acesso em 25 ago 2022.

OLIVEIRA, Kaique Araújo de; AMARAL, Emília de Araújo; SILVA, Fernando Linhares da. A importância da auditoria interna como ferramenta de controle e combate a erros e fraudes tributárias em empresas privadas. **Hígia-revista de ciências da saúde e sociais aplicadas do oeste baiano**, v. 4, n. 2, 2019.

PINHEIRO, Geraldo José; CUNHA, Luís Roberto Silva. A Importância da Auditoria na Detecção de Fraudes. **Contabilidade Vista & Revista**, [S. l.], v. 14, n. 1, p. 31-48, 2009. Disponível em:

<https://revistas.face.ufmg.br/index.php/contabilidadevistaerevista/article/view/210>. Acesso em: 2 set. 2022.

SÁ, Antônio Lopes de. **Fraudes Contábeis**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed: Tecnoprint, 1982.

SOUZA, Lázaro Evair de, BERGAMASCO, Cláudia. **O tormento das fraudes**. Pequenas Empresas Grandes Negócios, São Paulo, Ano XIII, n. 152, p. 16-21, set. 2001.

TCU. **Modelos de referência de gestão corporativa de riscos**. 2022. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/planejamento-governanca-e-gestao/gestao-de-riscos/politica-de-gestao-de-riscos/modelos-de-referencia.htm>>. Acesso em 16 ago. 2022.

THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. **O papel da auditoria interna na governança corporativa**. 2018. Disponível em: <<https://iiabrasil.org.br/korbilload/upl/ippf/downloads/declarao-de-pos-ippf-00000006-14062018163019.pdf>>. Acesso em 15 ago. 2022.



## ABANDONO E MAUS TRATOS AOS ANIMAIS

**TAWANY DE PAULA MARQUES:**

Graduanda do Curso de Direito  
pela Universidade Brasil<sup>86</sup>.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo tem como finalidade analisar a respeito dos maus tratos animais e suas possíveis punições, demonstrando a importância do conhecimento sobre o assunto para demonstrar que todos os seres vivos são dignos de amor, respeito e cuidados para, então, reduzir essa prática de abandono animal existente. Para isto, foi contextualizado a evolução histórica dos direitos ambientais e dos animais para, posteriormente, demonstrar o tratamento dos animais no ordenamento jurídico brasileiro e as punições que a prática possui. Para a realização do presente artigo científico foi realizado uma pesquisa dedutiva, com metodologia através da pesquisa bibliográfica, com base em livros, artigos científicos e demais documentos pertinentes ao tema proposto. Pode-se concluir é fundamental orientar os indivíduos através de informações sobre a legislação, bem como demonstrar que os animais são seres sencientes e sujeitos de direito, para que a prática do abandono animal seja reduzida e, até mesmo, extinta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Maus Tratos. Direito Ambiental. Proteção aos Animais.

**ABSTRACT:** The present study aims to analyze about animal abuse and its possible punishments, demonstrating the importance of knowledge on the subject to demonstrate that all living beings are worthy of love, respect and care, in order to reduce this practice of abandonment. existing animal. For this, the historical evolution of environmental and animal rights was contextualized to, later, demonstrate the treatment of animals in the Brazilian legal system and the punishments that the practice has. For the accomplishment of this scientific article, a deductive research was carried out, with methodology through bibliographic research, based on books, scientific articles and other documents relevant to the proposed theme. It can be concluded that it is essential to guide individuals through information about the legislation, as well as to demonstrate that animals are sentient beings and subjects of law, so that the practice of animal abandonment is reduced and even extinct.

---

<sup>86</sup> Contato: depaulatawany\_98@icloud.com

**KEYWORDS:** Mistreatment. Environmental Law. Animal Protection.

## 1. INTRODUÇÃO

As relações interespecies é um fenômeno presente em todas as civilizações ao longo dos tempos, eis que sempre existiu a troca de atividades servis entre os seres humanos e os animais, no âmbito produtivo ou familiar. Diante desse contexto, com o crescimento de situações envolvendo humanos e animais, o direito se debruçou sobre o tema para regulamentar tais relações e evitar que os maus tratos estejam presentes em nossa sociedade.

Ao analisar o conteúdo histórico a respeito da proteção animal, verifica-se uma grande diversidade de fatos que não são coerentes com o que há na legislação ambiental contemporânea. Anteriormente de elaborarem normas ambientais, os indivíduos utilizavam o meio ambiente de todos os modos, sem preocupar-se com a preservação e com a concepção de que os seres humanos estavam acima de quaisquer outros seres que compunham a natureza, portanto, nada era assegurado.

Deste modo, as legislações ambientais originaram através de novos conceitos a respeito do meio ambiente e a partir da compreensão de que os recursos advindos da natureza são bens fundamentais à humanidade e a sua devida sobrevivência. A vista disso, a Constituição Federal de 1988 incluiu a flora e a fauna como direitos fundamentais, devendo o Estado se responsabilizar por sua proteção.

A importância de estudar referido tema encontra-se na discussão em relação aos direitos fundamentais, que são pilares da Constituição Federal de 1988, tais como a proteção dos animais, direito ao meio ambiente, dentre outros. É um tema imprescindível, tendo em vista que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está disciplinado no art. 225 da CF/88 e deve ser assegurado pelo Poder Público e pela sociedade em geral.

A partir deste momento o legislador estabeleceu com delitos, passíveis de punição, qualquer tipo de tratamento danoso ao meio ambiente e seus elementos, tais como os animais. Deste modo, o presente estudo objetivou discorrer a respeito dos maus tratos animais e suas sanções, demonstrando a importância que o conhecimento sobre o assunto traz para a compressão que todos os seres vivos são dignos de amor, respeito e cuidados. Tal conhecimento proporciona uma relação de proteção que contribuiu para a redução da prática de abandono e maus tratos com os animais existentes.

O método de pesquisa, como processo de reunião de informações para encontrar uma resposta, por meio da dedução, através da formulação de uma hipótese, que permitiu a familiarização com o tema que, por ter relevância para a sociedade, mereceu ser objeto

de estudo, percepção e descobrimento de ideias. Assim, foram utilizadas doutrinas nacionais e autores clássicos, para que através da pesquisa bibliográfica, fosse possível realizar estudo empírico exploratório, sem, contudo, esgotar o assunto.

## **2. DIREITOS FUNDAMENTAIS AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E À PROTEÇÃO AOS ANIMAIS**

O termo Direitos Fundamentais teve sua origem durante um movimento político que deu início a Declaração Universal dos Homens e do Cidadão, em 1789, na França (PÉREZ LUÑO, 2004). Atualmente é decorrente de diversas fontes históricas, políticas e culturais e um dos principais elementos que influenciaram para a sua formação foram a limitação do poder do Estado e a consagração dos princípios da igualdade e da legalidade (MORAES, 2011).

Nos séculos XVIII e XIX havia apenas uma concepção das liberdades individuais, que era a liberal. Ainda que sofresse diversas críticas dos socialistas, católicos e legitimistas, o liberalismo prevalecia em todas as Constituições e declarações, atribuindo diversas interpretações da liberdade individual (MIRANDA, 2014).

A partir do século XX e XXI ocorreu a universalização dos Direitos Humanos e poder soberano vinculante da Constituição Federal, conforme explica Miranda (2014).

De acordo com os ensinamentos de Sarlet (2012), os Direitos Humanos defendem a existência dos direitos inatos aos indivíduos e, apesar de possuir diferenças com os Direitos Fundamentais, são coincidentes.

Neste período nasce o Estado Liberal, reproduzido pela limitação do poder estatal através da legislação e da separação de poderes, influenciado por diversos pensadores da Revolução Francesa e Norte-Americana (FACHIN, 2013).

Caracterizou-se através dos direitos fundamentais, especialmente a liberdade e propriedade que eram previstos de maneira formal e facultados apenas para uma parcela da população, a atuação do Poder Público de acordo com a legislação, Estado submetido à norma, função do Poder Público restrito à garantia da ordem e segurança pública, intervenção mínima do Estado, dentre outros (FACHIN; VINCE, 2017).

Nas palavras de Silva (2005, p. 149):

*O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos das declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa*

*na conquista de novos direitos. Mais do que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividiu entre proprietários e não proprietários.*

Houve uma diminuição da atuação do Estado diante das relações sociais, que acabou trazendo consequências negativas, pois gerou uma liberdade indiscriminada, que ressaltou às desigualdades sociais, conforme sustenta Bonavides (2011, p. 59): “[...] a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a quem nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar”.

Os direitos fundamentais são definidos por um conjunto de normas, prerrogativas, princípios, deveres e institutos intrínsecos à soberania popular, os quais asseguram uma convivência digna, igualitária, pacífica e livre, independentemente da raça, cor, origem, religião, condições econômicas, etc. Sem tais direitos, o indivíduo não vive, não convive nem mesmo sobrevive (BULOS, 2014).

É importante esclarecer que os direitos fundamentais possuem diversas funções no ordenamento jurídico e na sociedade, através da atuação frente ao Estado, sendo eles: direitos de defesa, de prestação e de participação. O primeiro é um dever de abstenção que não autoriza a intervenção do Estado no espaço de autodeterminação do indivíduo, restringindo o poder de autoridade (FACHIN; VINCE, 2017).

Já os direitos de prestação caracterizam-se pelo estabelecimento de uma abstenção, omissão, visando assegurar à sociedade um comportamento proativo do Estado, que deve agir visando libertar os cidadãos das necessidades. Por último, os direitos de participação referem-se a direitos ativos que possibilitam a intervenção do indivíduo na seara política, sendo um fundamento da democracia (FACHIN; VINCE, 2017).

Desta forma, os direitos fundamentais apresentam-se como um conjunto de valores objetivos que direcionam a conduta positiva do Poder Público, além das garantias negativas dos interesses dos indivíduos, no âmbito da ordem constitucional e estão disciplinados nos artigos 215 e 217.

Dentro do rol de direitos fundamentais se encontra o direito ao meio ambiente, que é considerado um direito de terceira dimensão, relacionado ao princípio da fraternidade ou solidariedade, que possui a finalidade de buscar a qualidade de vida para toda a coletividade, uma vez que o meio ambiente é primordial para a vida humana. Deste modo, evidente seu caráter difuso e que sua titularidade é indeterminável, ou seja, não está vinculado a uma determinada pessoa ou um grupo, mas sim a toda a sociedade (PESSANHA, 2015).

Com base na definição de Silva (2013, p. 20), o meio ambiente pode ser considerado como “um conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. De forma complementar, a jurisprudência oferece um conceito considerando as noções de meio ambiente natural, artificial, cultural e laboral (BRASIL, 2005).

Por fim, o art. 3º, inciso I21, da Lei nº 6.938/1981, dispõe que: “o meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, ocorrida em 1972 na cidade de Estocolmo, Suíça, foi um verdadeiro marco para o aludido direito, tendo em vista que concretizou a preocupação com o meio ambiente, inspirando as Constituições de inúmeros países a assegurar em seus textos o tema (PESSANHA, 2015). O Princípio 1, que está previsto nos dispositivos da mencionada conferência declara que o meio ambiente de qualidade é um direito fundamental imprescindível para o bem-estar da sociedade e das suas futuras gerações (ONU, 1972).

A CF/88 foi uma das pioneiras a abordar a respeito do meio ambiente de forma específica, garantindo em seus dispositivos a proteção, nos termos do art. 225 e seus parágrafos (BRASIL, 1988). A Constituição Federal busca, ao citar a palavra equilíbrio, a harmonia entre a natureza e o ser humano. Reconhece que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se trata de um direito de todos e inclui as pessoas que possam vir a existir também, evidenciando a precaução com as futuras gerações. Logo, é um bem de uso comum da sociedade, devendo o Poder Público e toda a coletividade protegê-lo e preservá-lo (CIRNE, 2018).

Consoante afirma Cirne (2018), através de entendimentos jurisprudenciais, o direito ao meio ambiente é um direito fundamental de terceira dimensão, podendo ser considerado uma cláusula pétrea, pois faz parte do núcleo material da dignidade da pessoa humana, que é formado de um mínimo existencial, baseado em utilidades básicas para a subsistência digna do ser humano.

A dignidade da pessoa humana é, nas palavras de Moraes (2011, p. 48) “um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar”.

Alusivo princípio representa um núcleo básico e informador, que permeia todo o ordenamento jurídico, devendo ser parâmetro de valoração pelo qual orienta a

interpretação do sistema constitucional, visando atender às exigências de justiça e valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo ordenamento jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2008).

A Constituição Federal de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, colocando-o em posição de premissa fundamental, prevista no art. 1º, inciso III Constituição Federal, atribuindo à dignidade humana como sendo preceito fundamental e essencial de todo ordenamento jurídico brasileiro, pelo qual sua inobservância acarreta na inconstitucionalidade da lei (GOMES, 2011)

A dignidade da pessoa humana dá sustentação a diversos direitos fundamentais, pelos quais são regidos por uma hierarquia constitucional. Diante a conscientização da dignidade da pessoa humana, surgem novos direitos inerentes a tal premissa, todos com o mesmo condão: garantir uma vida digna a todos.

Considera-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana é mais que um direito fundamental, é a razão de existência do Estado. A dignidade estabelece limites de atuação do estado, ao intuito de estabelecer condições materiais, físicas e morais a todos, bem como oferecer um mínimo existencial necessário a quem necessite.

Os direitos humanos fundamentais surgiram como resultado da fusão de várias fontes ideológicas, advindo dos costumes e tradições das civilizações, tornando-se fonte moral da razão humana provenientes de pensamentos filosóficos jurídicos. De acordo com Moraes (2011, p. 02), a necessidade de contemplar os direitos fundamentais veio “da necessidade de limitação e controle dos abusos de poder, do próprio Estado e de suas autoridades constituídas, a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo”.

Assim, os direitos fundamentais são anteriores à ideia de constitucionalismo, diante da necessidade de se afirmar um rol mínimo de direitos básicos que viesse a garantir o bem-estar de todos e a soberania da vontade popular. O Direito Constitucional é um ramo do Direito Público, pelo qual estabelece o modo de organização e funcionamento do Estado. Através dele, é possível conferir os elementos que propiciam a soberania estatal, conferindo-lhe estrutura, organização de suas instituições, o modo de aquisição e limitação do poder, bem como a previsão de garantias aos direitos fundamentais, ora em estudo (MIRANDA, 2014).

Os direitos fundamentais, portanto, encontram-se como preceitos absolutamente necessários ao direito constitucional e toda e qualquer regime democrático, de modo a enaltecer a importância da dignidade da pessoa humana, o pleno desenvolvimento da personalidade e a garantia às limitações do poder Estatal.



No ordenamento jurídico brasileiro o direito dos animais encontra-se disciplinado na Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º, inciso VII, em consonância com a Declaração da Conferência das Nações Unidas de Estocolmo, de 1972, que determina que “protegerá a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade”. (BRASIL, 2017).

Percebe-se que o texto constitucional reconhece que os animais podem sofrer com atividades consideradas cruéis, as quais passaram a incomodar a sociedade de forma que as tornou reprováveis e, conseqüentemente, proibidas. Por conta disso, foi definido uma nova dimensão do direito à vida e a dignidade humana de forma extensiva aos animais, uma vez que o aludido artigo está contido no direito fundamental de terceira dimensão, que tem como finalidade assegurar os seres humanos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (OLIVEIRA, 2017).

Além da Constituição Federal de 1988 assegurar a proteção animal, há a Lei nº 9.605 de 1998 que versa sobre os crimes ambientais e suas sanções, determinando a criminalização de atividades de abuso e maus tratos em face de qualquer espécie animal (BRASIL, 1998). Portanto, evidente que o ordenamento jurídico brasileiro visa assegurar a proteção dos animais contra atos de crueldade, de forma que quando ocorrer tal tipo de prática, as mesmas sejam punidas.

Ademais, pode-se perceber que a proibição de práticas que submetam os animais à crueldade está inserida no núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Deste modo, analisa-se o desenvolvimento a respeito do direito dos animais, uma vez que tanto a ética como a lei estão evoluindo no sentido de assegurar os animais e, por conta disso, práticas que possuam teor de crueldade devem ser vedadas pelo Poder Público.

### **3. ABANDONO E MAUS TRATOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Na contemporaneidade, diversas notícias a respeito de animais que foram vítimas de maus tratos ou abandono estão sendo veiculada nos meios de comunicação.

Os animais de estimação são as principais vítimas de tal prática, eis que são dependentes de seus tutores devido aos cuidados e a alimentação necessária, por razões inúmeras, tais como a velhice, alteração de residência, viagem, acometimento de doenças, nascimento de filhotes, dentre outros (SALLES, 2014).

Importante mencionar que o abandono é compreendido como um delito grave, eis que é caracterizado como maus-tratos, ou seja, um ato de violência. Ademais, o maus-

tratos pode ser consumado com a prática de agressões físicas, tais como espancamento, envenenamento, mutilação, manter o animal preso a cordas ou correntes, manter em locais pequenos, sem higiene, ventilação, exposto ao sol ou chuva, não alimentar corretamente, não prestar auxílio ao animal ferido, submeter o mesmo a tarefas exaustivas, dentre outros (SALLES, 2014).

A vista disso, Natalino (2016, p. 01) pondera que “além de cruel e desumano, abandonar animais em logradouros públicos é crime e quem cometê-lo deve ser punido com prisão, multa e perda da guarda do animal, de acordo as leis vigentes”.

No ordenamento jurídico brasileiro a prática está elencada no art. 164, do Código Penal, que define o delito de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (BRASIL, 1940). Apesar de tal tipo penal, este não se enquadra em diversas situações de abandono, eis que a tipificação é designada a responsabilização de abandonos que há prejuízos ao dono do local onde o animal fora abandonado, e não ao tutor em si.

Diante de tal lacuna, a Lei nº 9.605 de 1998 encarregou-se de destinar a responsabilização ao indivíduo que cometer maus tratos, nos termos do art. 32, sob pena de detenção de três meses a um ano e multa (BRASIL, 1998).

O aludido dispositivo trata-se de tipificar um crime comum, doloso, material, de dano, unissubjetivo, não transeunte, plurissubsistente e de ação múltipla, com a finalidade de tutelar a incolumidade dos animais (AMADO, 2014).

Ressalta-se, ainda, que o ilícito usualmente é instantâneo, porém, se a conduta se estender no tempo, será permanente. Em regra, é comissivo, no entanto, poderá se consumir através da omissão imprópria, como em casos em que o tutor de um animal o deixa sem alimentação objetivando maltratá-lo, uma vez que o tutor possui a condição penal de garantidor (AMADO, 2014).

Deste modo, analisa-se que o sujeito que pratica o abandono e/ou maus tratos deverá responder pelos seus atos com base na Lei de Crimes Ambientais.

Ressalta-se que no ano de 2020 foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 14.064/20, que inseriu o art. 32, § 1-A na Lei nº 9.605/98, majorando a pena para reclusão de dois a cinco anos, multa e proibição de guarda, em casos que os animais vitimados forem domésticos (BRASIL, 2020).

O início do ano de 2020 foi marcado por um surto de um misterioso vírus que causa, em sua maioria das vezes, pneumonia, originado por uma variação do coronavírus. O primeiro caso ocorreu em dezembro de 2019 na cidade de Wuhan, na China e desde então o número de pessoas contaminadas só foi progredindo, caracterizando a infecção como um surto. Por estas razões, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou a situação

como uma emergência em saúde pública de interesse internacional, em janeiro de 2020 (WHO, 2020).

O coronavírus trata-se de um vírus encontrado pela primeira vez em 1937 e, posteriormente, no ano de 1965 foi denominado como coronavírus, tendo em vista que possui um perfil na microscopia semelhante a uma coroa. Nos anos de 2002 e 2003 a OMS notificou um total de 774 falecimentos decorrentes do referido vírus e, em 2012, foram confirmadas 858 mortes também decorrentes do COVID-19. Na sequência, já no ano de 2019 e 2020 houve uma mutação no RNA do vírus, que acabou se expandindo até mesmo de forma assintomática em alguns indivíduos, através de uma infecção emergente, trazendo sintomas mais leves, no entanto, com uma taxa de transmissão muito elevada, o que gerou impactos preocupantes para os sistemas de saúde do mundo todo (CHANG, YAN, WANG, 2019).

Ao longo da história, a humanidade já viveu experiências decorrentes de outras pandemias, tais como a varíola, o sarampo, a gripe espanhola, gripe asiática, gripe aviária, dentre outras (ANDRADE et al., 2009). Atualmente, o mundo vive a pandemia do Covid-19, que trazem cada dia mais números alarmantes, com dimensões globais.

Com o impacto da pandemia do novo Corona vírus nas atividades do país e no mundo, o Governo Brasileiro adotou medidas para tentar diminuir e amenizar a crise. Diversos estados e cidades decidiram por adotarem o isolamento social para os casos suspeitos e o distanciamento social em escala geral, determinando quarentena e liberando o funcionamento apenas de serviços essenciais, com o objetivo de reduzir o fluxo de pessoas e evitar aglomerações para diminuir a propagação do vírus, gerando diversas mudanças em inúmeras áreas, especialmente no direito.

Tal pandemia afetou diretamente os números de animais abandonados ou resgatados após maus-tratos, com o número de aproximadamente 185 mil animais, os quais 96% são cães e 4% tratam-se de gatos. A pesquisa foi realizada através de um levantamento elaborado pelo Instituto Pet Brasil (IBP), juntamente a 400 ONGs de todo o país, demonstrando que a vulnerabilidade mais do que duplicou no Brasil entre 2018 e 2020 (PUENTE, 2022).

Deste modo, verifica-se um avanço legislativo no tocante aos maus tratos em relação aos cães e gatos, visto que os números demonstram que essas espécies são as maiores vítimas dos seres humanos, especialmente por serem animais domésticos, porém ainda é fundamental a efetivação de forma devida no aumento de pena, bem como melhoria do trabalho eficaz do judiciário.

Na atualidade, a grande parte dos ilícitos de animais, dependendo do trâmite judiciário ou policial, os sujeitos são liberados após o pagamento da fiança ou a pena é substituída por penas restritivas de direitos, as quais podem ser convertidas em prestação de serviços à comunidade, ou pagamento de multa (BRASIL, 1998).

Visando tornar mais efetivo a penalização da prática do delito de maus-tratos animais e conscientizar as pessoas a respeito do assunto, percebe-se que substituição da pena poderia ser revertida em prol da causa animal.

Tal fato é de suma importância pois as prestações pecuniárias são destinadas ao sistema penitenciário ou demais organizações que apanham os apenados (SILVA, 2022).

Do mesmo modo, a prestação de serviços à comunidade poderia ser pensada de forma que o criminoso cumpra sua pena de forma pedagógica, ou seja, realize atividades ligadas ao tipo do delito que cometeu, visando trazer reflexões e aprendizados que evitem a reincidência (SILVA, 2022).

Logo, o sistema penitenciário deve refletir a respeito de como potencializar a conscientização sobre os maus tratos animais, executando as funções do Estado de proteção.

Desta forma, uma maneira de demonstrar que todos os seres vivos são dignos de amor, respeito e cuidado, não é apenas aplicando e majorando as penas, mas tornando elas pedagógicas, de forma que as multas sejam repassadas para organizações que auxiliam nas causas animais, para ajudar as ONG's e projetos no combate aos maus tratos aos animais. Tal destinação é importante, eis que o Estado não possui estrutura, nem políticas públicas suficientes para o recebimento, tratamento e futuras doações dos animais vítimas.

Do mesmo modo, a Prestação de Serviço à Comunidade realizadas pelos cumpridores de penas irão contribuir com os voluntários que cuidam desses animais, além de tal ação ser capaz de ressocializar, sensibilizar e conscientizar os apenados.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo analisou um dos direitos fundamentais que estão elencados na Constituição Federal, quais sejam: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que tem como finalidade assegurar à fauna, decorrente da proibição aos maus tratos contra os animais.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de terceira dimensão que tem como objetivo assegurar a qualidade de vida da presente e futura geração. Por conta disso, faz parte do núcleo material da dignidade da pessoa

humana, que é composta de um mínimo existencial, em uma interpretação extensiva do art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal, portanto, é considerado uma cláusula pétrea.

Outro fator demonstrado foi que para garantir a efetividade do referido direito, o Estado deve assegurar a fauna e a flora, proibindo práticas que submetam os animais à crueldade, nos termos do art. 225, § 1º, inciso VII do mesmo diploma legal.

O direito animal é um assunto complexo, que necessita de debates e reflexões importantes, para que o meio ambiente seja devidamente respeitado e assegurado pelos seres humanos.

Foi verificado que os maus-tratos é um assunto atual e muito recorrente nos noticiários brasileiro, especialmente após a pandemia do Corona vírus, que mais do que duplicou o número de animais em situações de maus-tratos.

Apesar de haver legislação específica sobre o tema, bem como uma reforma que majorou a punição para as pessoas que praticam tal ilícito, a norma não é suficiente para evitar tais práticas e, principalmente para conscientizar as pessoas a não realizarem esses atos cruéis.

Deste modo, pode-se concluir com a presente pesquisa que uma maneira mais eficaz seria tornar as punições mais pedagógicas, de forma que as multas sejam repassadas para organizações que auxiliam nas causas animais, bem como a Prestação de Serviço à Comunidade serem realizadas pelos cumpridores de penas em favor de tais locais, visando contribuir com os voluntários que cuidam desses animais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. – 5.<sup>a</sup> ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasil, 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm). Acesso em: 15 out. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIRNE, Mariana Barbosa. O que é o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado? **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 23, n. 90, p. 223-244, abr./jun. 2018.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FACHIN, Zulmar Antônio; VINCE, Fernando Navarro. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares**: uma análise com base na doutrina nacional e jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal. Toledo: Vivens. 2017.

GOMES, Luiz Flavio. **Direito penal**: parte geral. 2 edição. São Paulo. Editora Revistas dos Tribunais. 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NATALINO, Alex. Abandonar animais é crime previsto em Lei. 2016. **Jusbrasil**, Disponível em: <<https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/noticias/395206911/abandonar-animais-e-crime-previsto-em-lei>>. Acesso em: 20 out. 2022.

OLIVEIRA, Kaluaná Furtado. **O Direito dos Animais e a quarta dimensão dos Direitos Fundamentais**: Análise da Jurisprudência do STF. 2017. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11265>. Acesso em: 20 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Estocolmo: ONU, 1972. Disponível em: [www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc). Acesso em: 20 out. 2022.

PÉREZ LUÑO, A. E. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

PESSANHA, Jackeline Fraga. Meio ambiente cultural como direito fundamental: Direitos fundamentais à memória e à identidade de um povo. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul/RS, ano IV, n. 11. p. 155 a 182, maio/ago. 2015.

PUENTE, Beatriz. Brasil tem quase 185 mil animais resgatados por ONGs, diz instituto Cerca de 60% deles foram salvos de situações de maus-tratos. **CNN Brasil**, 8 ago. 2022.



Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-tem-quase-185-mil-animais-resgatados-por-ongs-diz-instituto/>. Acesso em: 23 out. 2022.

SALLES, Carolina. Saiba quais atitudes podem ser consideradas maus tratos aos animais. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <<https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/noticias/155756645/saiba-quais-atitudes-podem-ser-consideradas-maus-tratos-aos-animais>>. Acesso em: 20 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25<sup>a</sup> ed, p.149. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra da. **Curso de direito animal**. 2<sup>a</sup> ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Natal/RN. 2022.

## TRIBUNAL DO JÚRI – SOBERANIA DOS VEREDICTOS E SEUS MECANISMOS DE CONTROLE À ATUAÇÃO DOS JURADOS

**DÁLETHE BORGES MESSIAS:**  
Pós-Graduada em Direito  
Constitucional.<sup>87</sup>

**RESUMO:** A presente monografia aborda importante instituto de valor democrático instalado no país, qual seja o Tribunal do Júri previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, XXXVIII, sendo esse competente para julgar os crimes dolosos contra a vida e conexos, tanto na modalidade consumada quanto tentada. Essa poderosa garantia, traz a participação da população ao poder judiciário onde o acusado não será julgado por juiz togado ou tribunal cuja decisão detém imprescindível conhecimento técnico e submissão aos princípios da legalidade, e sim por pessoa leiga que decide pautado em suas crenças, senso de justiça, imparcialidade e de acordo com sua consciência, aproximando o acusado de uma decisão mais justa. Dentre os princípios constitucionais igualmente previstos na Carta Magna e conferidos ao Júri Popular, encontra-se a soberania dos veredictos que busca a imutabilidade da decisão emanada do Povo. A presente dissertação objetiva uma análise acerca do referido princípio e seus mecanismos de controle garantidos na legislação processual vigente, considerando que o duplo grau de jurisdição tem por objeto a revisão da decisão por outro órgão pertencente também ao Poder Judiciário, de modo que a decisão soberana garantida na constituição poderia perder sua essência. No entanto, os referidos princípios devem ser observados concomitantemente, sem que haja hierarquia e desde que coexistam harmonicamente.

**Palavras chave:** Direito processual penal. Soberania dos Veredictos. Tribunal do Júri. Duplo grau de jurisdição.

**SÚMARIO:** Introdução. 1. O INSTITUTO DO TRIBUNAL DO JÚRI. 1.1. Aspectos históricos. 1.2. Procedimento do Tribunal do Júri. 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO JÚRI. 2.1. Plenitude da defesa. 2.2. Sigilo das votações. 2.3. Soberania dos veredictos. 2.4. A competência do Tribunal do Júri. 3. COEXISTÊNCIA HARMÔNICA ENTRE A SOBERANIA DOS VEREDICTOS E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. 4. MECANISMOS DE CONTROLE À ATUAÇÃO DOS JURADOS. 4.1. Recurso de Apelação. 4.2. Revisão Criminal. 4.3. Reformatio in pejus indireta. 5. EXCEÇÃO À PERSUASÃO RACIONAL. Conclusão. Referências.

### Introdução

---

<sup>87</sup> Contato: dalethebmessias@gmail.com

Sabe-se que o Tribunal do Júri é um órgão judicial diferenciado, e expõe como uma de suas maiores particularidades a característica de que o acusado seja julgado por seus pares, de modo a aproximar-se ao máximo de uma decisão mais justa.

Trata-se também de um dos mais importantes instrumentos de democracia presente no ordenamento jurídico brasileiro. De tal sorte que a própria Constituição da República Federativa do Brasil dispensa um tratamento especial a este instituto, trazendo explicitamente seus princípios e impondo, dessa forma, a total observância à Plenitude de Defesa, ao Sigilo das votações, à competência mínima para julgamento de crimes dolosos contra a vida e à Soberania dos Veredictos.

Todos os princípios do Júri são extremamente relevantes e, por isso, devem ser fielmente respeitados. Todavia, o presente trabalho objetiva aprofundar-se nos estudos com relação à Soberania dos Veredictos, tendo em vista que este é o mais polêmico devido aos inúmeros questionamentos que o cercam, tais como, possíveis violações a tal princípio, exceção à persuasão racional e aplicação ou não à *reformatio in pejus* indireta.

O referido princípio é um dos principais sustentáculos do instituto do Tribunal do Júri, considerando que a decisão dos juízes leigos deve ser soberana, de modo que não haja modificação por juiz togado ou tribunal, conforme disciplinado pela lei maior.

Diante disso, o presente trabalho tem por propósito apresentar os principais mecanismos de controle à atuação dos jurados, assim como sua correlação e sincronia com o princípio constitucional da Soberania dos Veredictos, verificando o posicionamento doutrinário e jurisprudencial quanto a possíveis violações ao princípio em comento.

Para tanto, parte-se dos aspectos históricos do Tribunal do Júri no Brasil e no mundo, demonstrando sua origem e a relevância dada ao estudado instituto ao longo do tempo, e sua permanência e considerável relevância na Constituição Cidadã.

Por conseguinte, será brevemente explanado o Procedimento bifásico do Júri, que aborda em sua primeira fase o juízo de formação de culpa (*judicium accusatione*), e em sua segunda fase o julgamento do réu pelo Conselho de Sentença (*judicium causae*), procedimento esse complexo e com características próprias disciplinados na norma processual regente.

Posteriormente, será realizada uma explanação acerca dos princípios constitucionais do Júri, expressos no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, quais sejam a Plenitude de Defesa, o Sigilo das votações, a competência mínima para julgamento de crimes dolosos contra a vida e a Soberania dos Veredictos, a fim de evidenciar sua

importância no ordenamento jurídico pátrio ao ponto de ser conferido o *status* de cláusula pétrea e garantia de direito fundamental.

Parte-se então para a coexistência harmônica especificamente entre o princípio da soberania dos veredictos e o duplo grau de jurisdição assegurado aos litigantes, seguindo para os mecanismos de controle à atuação dos jurados que evidencia o não absolutismo do princípio estampado na Carta Magna. No capítulo aludido será abordada ainda a importância do duplo grau de jurisdição para o ordenamento jurídico brasileiro, de modo a propiciar ao vencido a revisão do julgado.

Por fim, chega-se à conclusão do tema onde será verificado se há ou não violação à soberania dos veredictos diante dos mecanismos de controle à atuação dos jurados, tais como a apelação e a revisão criminal, analisando ainda sobre a in(aplicabilidade) da *reformatio in pejus* indireta nas decisões do Conselho de Sentença.

O aprofundamento do referido tema faz-se necessário ante a importância do instituto para o direito constitucional e processual adotado no país, assim como as decisões conflitantes e complexas emanadas das Cortes Estaduais de Justiça no país e Tribunal Superiores.

A metodologia adotada para a presente pesquisa foi construída através de revisão bibliográfica, normativa e jurisprudencial acerca do assunto.

## **1. O INSTITUTO DO TRIBUNAL DO JÚRI**

O Tribunal do Júri é um órgão do Poder Judiciário responsável por julgar os crimes dolosos contra a vida, previsto na Carta Magna no art. 5º, XXXVIII, estando assim no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, assegurada sua existência como cláusula pétrea conforme mencionado alhures.

Atualmente, trata-se de uma instituição respeitada e consolidada no ordenamento jurídico brasileiro, mas nem sempre foi assim.

(...) o caminho percorrido pelo Júri, desde 1822 assemelha-se a uma Guerra Santa: ora avançando, ora compelido a recuar, ora deformado em sua competência material, resistiu galhardamente a tudo isso, inclusive dois períodos ditatoriais. (TUBENCHLAK, 1994, p. 4)

Revela-se como um claro instrumento de democracia, pois, ao permitir que o acusado seja julgado por seus iguais, garante a participação popular também no Poder Judiciário, de modo a efetivar o Estado Democrático de Direito, além de objetivar alcançar decisões menos técnicas e mais justas.

Nesse sentido, Bonfim & Parra Neto (2009, p. 1) prescrevem:

Por sua posição topográfica no texto constitucional, contemplado entre as garantias fundamentais dos cidadãos, vê-se, de logo, o estreito liame da instituição do júri com os ideais democráticos acolhidos pela nação, a um tempo servindo de garantia ao acusado, de ser julgado por seus pares, e permitindo a participação popular na administração da justiça criminal.

Assim, aos jurados leigos é garantido a liberdade para o julgamento da causa, de modo que após a apreciação do processo e suas provas, decidam como lhes aprouver, possibilitando a apreciação com fundamento em suas crenças e opiniões.

Nas palavras de GRAU (2001, p. 48), a livre participação do cidadão ao governo, neste ato representado pelo jurado leigo no judiciário, define a amplitude da democracia ao regime constituído no país, “funcionando como uma simbiose o regime democrático e a participação do cidadão”.

Desse modo, conforme leciona ainda Paulo Rangel (2007, p.42), o Tribunal do Júri é um instituto que possui relevante caráter democrático, considerando que o julgamento nasce e emana exatamente do povo, neste caso sendo retirado das mãos dos magistrados o poder de decisão.

Nesse sentido, leciona CAPEZ:

Sua finalidade é a de ampliar o direito de defesa dos réus, funcionando como uma garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida e permitir que, em lugar do juiz togado, preso a regras jurídicas, sejam julgados pelos seus pares (CAPEZ, 2011, p. 632).

Esse importante instituto, é reconhecido como uma instituição histórica no ordenamento jurídico, sendo imperioso destacar os aspectos relevantes de sua origem.

### **1.1. Aspectos históricos da origem do Tribunal do Júri.**

Embora o Tribunal do Júri ou Tribunal Popular seja um instituto milenar no ordenamento jurídico, inexistente doutrina no que se refere a sua origem. Nesse sentido, o doutrinador Carlos Maximiliano apud TUCCI (1993, p. 12), após diversas pesquisas sobre o tema, chegou à conclusão de que “as origens do instituto, vagas e indefinidas, perdem-se na noite dos tempos”.

Para José Frederico Marques (1997, p. 20) o Júri nasceu na Inglaterra, consignando o seguinte:

Nascido na Inglaterra, depois que o Concílio de Latrão aboliu as ordálias e o juízo de Deus, ele guarda até hoje a sua origem mística, muito embora ao ser criada retratasse o espírito prático e clarividente dos anglo-saxões. Na terra da common law onde o mecanismo das instituições jurídicas, com seu funcionamento todo peculiar, tanto difere dos sistemas dos demais países onde impera a tradição romanística, é o júri um instituto secular e florescente, cuja prática tem produzido os melhores resultados.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 731), pactua do entendimento de Marques, pois leciona que o Tribunal do Júri encontra origem na Constituição da Inglaterra, datada de 1215.

Ainda no que se refere a gênese do Júri Popular, acompanhando a maioria dos autores, o doutrinador Angelo Ansanelli Júnior (2005, p. 19 e 20) também acredita que o instituto teve sua origem na Inglaterra, pois em decorrência de ser o berço da democracia mundial, visava efetivar garantias em favor da sociedade.

Já para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 825), com posicionamento divergente da grande maioria dos autores, acreditam que a criação do Tribunal do Júri deu-se tanto na Grécia como em Roma, e que o referido instituto fora inspirado no julgamento de Jesus Cristo.

No Brasil, o Tribunal do Júri surgiu a partir de uma iniciativa do Senado do Rio de Janeiro, que encaminhou ao Príncipe Regente, Dom Pedro de Alcântara de Bragança, uma proposta de criação de um instituto nomeado de "Juízo de Jurados". Através da referida proposta, o Príncipe Regente por intermédio de um decreto imperial, datado de 18 de junho de 1822, criou o primeiro Tribunal Popular no Brasil chamado de Juízes de fato (LIMA, 2012, p. 858).

Entretanto, a competência do referido tribunal limitava-se aos crimes de imprensa. Assim, o Tribunal do Júri era composto por 24 cidadãos escolhidos entre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas.

Paulo Lúcio Nogueira (1995, p. 293) traz ainda em sua obra Questões processuais penais controvertidas, que a única forma de recorrer da decisão que absolvesse ou condenasse o Réu era a clemência real, direcionada diretamente ao Príncipe Regente que era o único competente a alterar a sentença proferida pelos Juízes de fato.



Somente na Constituição Imperial de 1824, o instituto fora introduzido no capítulo destinado ao Poder Judiciário, aumentando sua competência para julgar não somente crimes, como abrangeu as causas cíveis. A mencionada Constituição dispôs ainda em seu art. 152 que "*Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei*", que em sua tradução literal significa "os jurados pronunciam sobre o fato e os juízes aplicam a Lei".

Por conseguinte, com o fim da ditadura militar, na Constituição de 1946, o Tribunal Popular foi inserido no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais, cuja competência agora seria para julgar os crimes dolosos contra a vida, sendo mantido na Carta Magna de 1967, entretanto, essa foi silente no que se refere aos princípios da soberania dos veredictos, sigilo das votações ou plenitude da defesa.

A Constituição de 1967 representa relevante marco na história do Tribunal do Júri, pois essa buscava institucionalizar e legalizar o regime militar. Ainda assim, o importante instituto do Júri Popular foi mantido no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, conforme art. 150, §18, veja-se:

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 18. São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

No período compreendido entre a ditadura militar (1964 a 1985), mais precisamente a partir da Constituição de 1967, o Tribunal do Júri sobreviveu como direito individual, embora o cenário político de sucessivos governos militares indicava o cerceamento de expressão da vontade popular.

Passado o período ditatorial, adveio em 05 de outubro de 1988 a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, que chancelou em seu art. 5º, XXXVIII, o Júri Popular como pilar da democracia, sendo de sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A Constituição de 1988 vigente até os dias atuais, conferiu ainda nobre importância ao instituto do Tribunal do Júri, pois o disciplinou entre as garantias e direitos fundamentais, o que o eleva ao patamar de cláusula pétrea, conforme § 4º do artigo 60, *in verbis*.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

O dispositivo concernente ao Tribunal do Júri elencou ainda nas alíneas a, b, c e d, princípios norteadores e invioláveis a serem observados quando do procedimento e rito do Tribunal do Júri, que serão melhor abordados em tópico próprio.

Nesse sentido, ressalta-se a importante evolução no tempo do estudado instituto, o qual passou por diversas modificações, mantendo-se sólido e preservando sua essência até os dias atuais.

Para consolidar o Tribunal do Júri, a Constituição da República Federativa do Brasil e demais previsões legais que regem o tema, no intuito de preservar as formalidades e garantir ao acusado a plenitude de defesa assegurado na Lei maior, instaurou procedimento e rito próprio conforme estabelecido abaixo.

## **1.2. Procedimento do Tribunal Júri**

A priori, imperioso destacar que o procedimento do Tribunal do Júri detém procedimento bifásico, quais sejam a *judicium accusatione* e a *judicium causae*.

A primeira delas está prevista nos artigos 406 a 421 do Código de Processo Penal referindo-se à fase de formação da culpa ou juízo de acusação, assemelhando-se ao procedimento sumário, iniciando com o oferecimento da denúncia ou queixa e finalizando com a sentença.

Neste contexto, José Frederico Marques (1963, p.348) contextualiza como sendo a:

formação da culpa, um procedimento preliminar da instância penal em que se examina a admissibilidade da acusação. Desde que o crime fique provado, e que se conheça o provável autor da infração penal, prossegue a relação processual para que se instaure a fase procedimental em que vai realizar-se o *judicium causae*.

A decisão nessa fase do procedimento do Tribunal do Júri é realizada por juiz togado, sentença essa que será de pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária.

Conforme artigo 413 do Código de Processo Penal a sentença de pronúncia é aquela que o magistrado entende pela materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação do acusado. Ao decidir pela pronúncia, os autos são remetidos para julgamento perante o Tribunal do Júri. Na oportunidade, o juiz deve indicar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as causas de aumento da pena bem como as qualificadoras.

Ressalta-se por oportuno que nessa fase da pronúncia, ao revés do ordenamento jurídico pátrio que vigora o princípio do "*in dubio pro reo*", a regra é o "*in dubio pro societate*", o que significa que havendo dúvida o processo deverá ser remetido ao plenário, sob pena de violação à competência do plenário.

O referido entendimento é pacificamente aplicado nas Cortes Estaduais de Justiça do país. Conforme Acórdão da 1ª Câmara Regional de Caruaru – PE - 2ª Turma, emanado do Recurso de Apelação 0012240-37.2013.8.17.0480, publicado 31 de agosto de 2017, necessário somente indícios da autoria e materialidade do crime para que se possibilite a aplicação do "*in dubio pro societate*":

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. FASE DO JUDICIUM ACCUSATIONES. INDÍCIOS DE AUTORIA DO CRIME EXISTENTES. IN DUBIO PRO SOCIETATE. MATERIALIDADE COMPROVADA ATRAVÉS DO EXAME PERICIAL. QUALIFICADORAS. ADMISSIBILIDADE. EMENDATIO LIBELLI EM RELAÇÃO AO MOTIVO TORPE. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS PARA O CRIME ADEQUADO AO MOTIVO FÚTIL. SENTENÇA REFORMADA. ACUSADOS PRONUNCIADOS.

1. Tratando-se de análise sob o âmbito da fase judicium accusationes, prestigia-se a in dubio pro societate, de modo que a pronúncia não requer juízo de certeza, sendo mera fase de admissibilidade da acusação, fulcrada nos indícios de autoria e materialidade do crime, a teor do que prevê o caput do artigo 413 do CPP.

2. Cotejando os depoimentos prestados durante a fase inquisitorial e a instrução judicial, surgiram dúvidas razoáveis a respeito da autoria do crime, capazes de submetê-los a julgamento pelo Conselho de Sentença, na medida em que os indícios apontam os réus como

prováveis autores do crime, os quais teriam agido em comunhão de desígnios, mormente porque José Flávio teria se envolvido em briga com a vítima momentos antes do delito, enquanto que pairava o boato de que a esposa de José Inácio mantinha relacionamento extraconjugal com o de cujus.

3. Materialidade do crime comprovada através do Exame Pericial realizado no corpo da vítima.

4. Incurso dos réus no artigo 121, § 2º, II e IV c/c artigo 29 do CP, bem como no artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, já que presentes, em tese, o motivo fútil e a prática de crime mediante recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. 5. Sentença de impronúncia reformada. 6. Apelo provido.

(TJ-PE - APL: 3844099 PE, Relator: Humberto Costa Vasconcelos Júnior, Data de Julgamento: 31/08/2017, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 2ª Turma, Data de Publicação: 21/09/2017)

Já a sentença de impronúncia é aquela que o juiz motivadamente se convence da ausência de materialidade do fato ou de indícios suficientes de autoria e participação, nos termos do artigo 414 do Código de Processo Penal. Entretanto, a referida decisão não se confunde com a declaração de inocência do réu, mas sim pela constatação da fragilidade das provas anexadas ao processo, de modo que não reúna elementos mínimos a ensejar a pronúncia.

O parágrafo único do referido artigo dispõe ainda que enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova, devendo o processo ser reaberto e dado prosseguimento ao procedimento do Júri.

Por sua vez, a sentença de desclassificação é aquela quando o juiz se convence que o crime em questão não é de competência do Tribunal do Júri, ou seja, não é doloso contra a vida. Na decisão de desclassificação os autos são remetidos ao juízo competente.

Por fim, o artigo 415 do Código de Processo Penal elenca as hipóteses de absolvição sumária, onde o juiz fundamentadamente poderá absolver desde logo o acusado ante a prova de inexistência do fato, prova da ausência de autoria ou participação no crime, o fato não constituir infração penal ou caso seja demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime. A sentença de absolvição sumária analisa as provas contidas no processo pois diferente da sentença de impronúncia, tem o condão de inocentar o acusado.

Explanadas as classificações das sentenças nos termos da legislação, a *judicium causae* é o nome conferido à segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri, fase essa iniciada após o trânsito em julgado da sentença de pronúncia acima delineada.

A segunda fase, destinada ao julgamento da causa pelo Tribunal do povo teve relevante mudança advinda da Lei nº 11.689/08, cuja redação alterou dispositivos no Código de Processo Penal atinentes ao Tribunal do Júri. Uma das relevantes alterações trazidas pela última reforma é a possibilidade do acusado ser intimado da decisão de pronúncia por intermédio de edital, o que anteriormente previa tão somente a possibilidade de intimação pessoal.

A nova legislação trouxe ainda a previsão da interposição do Recurso em Sentido Estrito da sentença que pronunciar o réu, nos termos do artigo 581, IV, do Código de Processo Penal.

Efetivada a intimação do réu, seja ela pessoalmente ou por edital, e sendo negado provimento ao Recurso em Sentido Estrito retromencionado ou não havendo a interposição do mesmo, o juiz determinará a intimação das partes a fim de que no prazo de 5 (cinco) dias sejam arroladas as testemunhas que serão ouvidas em plenário, podendo ainda no mesmo prazo requerer diligências e/ou juntar documentos.

Segundo a doutrina de Aury Lopes Júnior:

Como o próprio nome diz, são testemunhas “de plenário”, portanto, não se admite a indicação de testemunhas para serem ouvidas em outra comarca, por carta precatória e, menos ainda, pode ser admitido o argumento de que esses depoimentos colhidos à distância seriam “lidos” em plenário, convertendo essa ginástica jurídica em “testemunhos de leitura em plenário”. Primeiro, porque as testemunhas arroladas nesse momento são para serem ouvidas diante do conselho de sentença, para que os jurados diretamente tomem contato com o depoimento; em segundo lugar, a mera leitura desse depoimento viola, uma vez, os princípios da imediação e da oralidade, constitutivos da prova testemunhal.

Conforme lecionado pelo nobre doutrinador, as testemunhas não poderão ser ouvidas em outra comarca por carta precatória, em atenção aos princípios basilares da produção de prova testemunhal quais sejam a imediação e a oralidade. A referida restrição objetiva ainda dar efetividade ao sistema democrático de participação popular no Juri, considerando que a oitiva das testemunhas deve ser efetuada na presença do Conselho de Sentença.

O artigo 427 e seguintes do Código de Processo Penal traz ainda a hipótese de desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, dentre eles quando houver interesse da ordem pública, dúvida a respeito da imparcialidade dos jurados ou ameaça à segurança pessoal do acusado. O deslocamento de competência do Tribunal do Júri tem por intenção resguardar a lisura do procedimento.

Calha ressaltar ainda que, o art. 457 do mesmo *Codex* dispõe que “o julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado”, sendo procedido o julgamento a sua revelia.

Diferentemente do acusado solto, na hipótese de não condução do acusado preso à sessão, “o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, salvo se houver pedido de dispensa de comparecimento subscrito por ele e seu defensor.”

Superadas as fases acima, o Código de Processo Penal, na Seção IV atinente ao Alistamento dos Jurados, disciplina como será procedido o alistamento anual nas comarcas para participação no Tribunal do Júri, sendo disciplinada a sua quantidade de acordo com o número de habitantes.

Assim, compõe-se o Conselho de Sentença com 7 (sete) jurados, sendo sorteados entre 25 (vinte e cinco), devendo haver o quórum mínimo de 15 (quinze) jurados para instalação da sessão, nos termos do artigo 463 do Código de Processo Penal. À medida que as cédulas forem retiradas da urna, o juiz-presidente lerá o nome sorteado, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar até 3 (três) para cada parte, não sendo necessária a motivação da recusa.

Devidamente sorteados os 7 (sete) jurados que irão compor o Conselho de Sentença, o Código de Processo Penal em seu artigo 472 traz ainda importante redação acerca do compromisso assumido pelo jurado:

Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

Assim o prometo.



Após, receberão “cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo”, conforme parágrafo único do artigo 472 do Código de Processo Penal.

Iniciada a instrução plenária, serão tomadas as declarações do ofendido, se possível. Em seguida serão inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem, sendo permitido aos jurados a formulação de perguntas ao ofendido e às testemunhas através do juiz que estiver presidindo a sessão.

Após, as partes e os jurados poderão requerer “acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis”, sendo em seguida procedido o interrogatório do acusado, sendo válido consignar que enquanto permanecer no plenário do júri, não será permitida a utilização de algemas no acusado, ressalvada a hipótese de ser “absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”.

A vedação ao uso de algemas está inteiramente ligada ao princípio da plenitude de defesa, pois além de transmitir uma mensagem corporal negativa ao Conselho de Sentença, impede que o acusado tenha condições de gesticular de maneira apropriada.

Por fim, encerrada a instrução plenária, conforme artigo 476 do Código de Processo Penal, inicia-se a fase de debates orais na seguinte ordem: Primeiro o Ministério Público, segundo o Assistente e ao final a defesa, podendo a acusação replicar e a defesa treplicar. Imperioso destacar que nessa fase é permitida a reinquirição de testemunha já ouvida em plenário, nos termos do parágrafo 4º do mencionado artigo.

Finalizado os debates, será indagado pelo juiz se as partes pretendem produzir alguma outra prova. Em não havendo ou sendo ela indeferida, é feita a leitura dos quesitos em plenário pelo juiz, indagando sobre a materialidade do fato, a autoria e participação, se o acusado deve ser absolvido, se existe causa de diminuição de pena ou se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, nos termos dos incisos contidos no artigo 483 da lei regente.

A votação será realizada em sala especial ou, se não houver, em plenário sem a presença do público. O oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas, objetivando-se assegurar o sigilo da votação.

Encerrada a votação, o Juiz-Presidente proferirá a sentença que, será lida em plenário antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento, podendo ser de absolvição, condenação, desclassificação.

## **2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO JÚRI**

Os princípios Constitucionais do Tribunal Popular estão disciplinados no art. 5º, XXXVIII, sendo eles: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos, e d) a competência mínima para julgamento de crimes dolosos contra a vida.

### **2.1. Plenitude de defesa**

Sabe-se que o legislador constituinte previu expressamente em duas oportunidades o direito de defesa. A primeira delas encontra-se no inciso LV do artigo 5º da Constituição que disciplina “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Por outro lado, especificamente no que se refere ao Tribunal do Júri, na alínea “a” do inciso XXXVIII do mesmo artigo, o constituinte trouxe o direito de defesa, nesse momento o chamando de “plenitude de defesa”.

Embora as duas expressões sejam semelhantes boa parcela dos doutrinadores entendem como diversos os institutos da ampla defesa e da plenitude de defesa.

Nesse sentido, NUCCI (1999. p. 139) leciona que:

Não seria o constituinte tomado de tamanha leviandade e falta de revisão na redação de um único artigo: é evidente que pretendeu inserir – e o fez – os dois princípios, até mesmo com redações diferentes: ampla defesa (inciso LV) e plenitude de defesa (inciso XXXVIII, a).

Corroborando com a maioria dos doutrinadores, Aramis Nassif (1996) utilizou os dicionários da língua portuguesa, de onde se extraiu substancial diferença entre os significados das referidas colocações.

Dentre os doutrinadores que reconhecem a diferença entre os princípios trazidos na Lei Maior está Fernando Capez (2006, p. 557), que reconhece a plenitude de defesa em grau maior que a ampla defesa.

Dessa forma, certo é que o princípio constitucional da plenitude de defesa revela-se essencial nos julgamentos submetidos ao Júri, considerando que mais do que plena, a defesa necessita ser ampla:

A razoável explicação para isso é que o constituinte fez questão de ressaltar que como regra geral, em qualquer processo judicial ou administrativo, tem o acusado o direito à ampla defesa, produzindo provas em seu favor e buscando demonstrar sua inocência, a fim de garantir o devido processo legal, única forma de privar alguém de sua liberdade ou de seus bens. Mas, no cenário do Júri, onde a oralidade é essencial e a imediatidade crucial, não se pode conceber a instituição sem a plenitude de defesa. Portanto, apesar de ser uma garantia de o acusado defender-se com aptidão, é característica fundamental da instituição do júri que a defesa seja plena. Um tribunal popular, onde se decide por íntima convicção, sem qualquer motivação, sem a feição de ser uma tribuna livre, especialmente para o réu, não é uma garantia individual, ao contrário, é um fardo dos mais terríveis.

Portanto, resta evidenciado a importância do referido princípio, cuja finalidade precípua é garantir ao réu no julgamento em plenário a defesa plena, de modo a utilizar de todos os meios previstos na legislação para convencimento dos jurados.

## **2.2. Sigilo das votações**

O princípio de Sigilo das votações refere-se a garantia de incomunicabilidade dos jurados quando da decisão do Conselho de Sentença. O referido princípio almeja que não haja interferência por elementos alheios aos relacionados no processo nas decisões dos jurados leigos, de modo que estes utilizem sua liberdade de convicção e autonomia decisória.

Sobre o tema, é importante trazer os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, (1999, p.166):

O jurado precisa sentir-se seguro para meditar e votar, quando convocado a fazê-lo pelo juiz presidente, o que jamais aconteceria se estivesse em público, na frente do acusado. Não são raras as oportunidades em que um determinado julgamento atrai multidões ao plenário do Júri, não somente de cidadãos comuns pretendendo acompanhar o regular desenvolvimento dos atos processuais, mas, sobretudo de parentes e amigos do réu ou da vítima, cercados de

curiosos de toda a espécie. Forma-se, com isso, uma natural e inafastável torcida na platéia, que pode manifestar-se através de aplausos, risos, vaias, sussurros contínuos, expressões faciais e gestos, todos captados pelos jurados atentos e alertas.

Na visão do doutrinador Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 3), o princípio em comento objetiva garantir aos jurados que não seja originado perseguição em razão de sua decisão, e que por isso o procedimento do voto se dá em sala secreta e de modo incomunicável com os demais jurados.

Deste modo, o sigilo das votações é princípio necessário, impedindo que os jurados leigos experimentem qualquer tipo de influência externa que possibilite a modificação de suas convicções e imparcialidade na decisão ser tomada no Júri Popular.

### **2.3. Soberania dos Veredictos**

O princípio constitucional da Soberania dos Veredictos refere-se à impossibilidade de os juízes togados modificarem as decisões do Tribunal do Júri quanto ao mérito.

O professor Tourino Filho, leciona que:

Júri sem um mínimo de soberania é corpo sem alma, instituição inútil. Que vantagem teria o cidadão de ser julgado pelo Tribunal popular se as decisões deste não tivesse o mínimo de soberania? [...] O legislador constituinte entregou o julgamento ao povo, completamente desligado das filigranas do direito criminal e das sumulas e repositórios jurisprudenciais para que pudesse decidir com a sua sensibilidade, equilíbrio e independência, longe do princípio segundo o qual o que não está nos autos não existe.

Assim, conforme NASSIF (2008), a soberania dos veredictos revela-se como um “reflexo de amplo movimento popular e de intensa movimentação política. É fruto de atitudes corajosas e da persistência de um povo inteiro, cansado de arbitrariedade, em busca do resgate de sua integridade político-jurídica”.

Consigna-se ainda que, de nada adiantaria entregar nas mãos de jurados leigos a condenação ou absolvição do acusado por intermédio do Tribunal do Júri para assim promover uma justiça democrática por intermédio de seus semelhantes, se não houvesse um princípio que garantisse a imutabilidade dessa decisão.

Conforme ficará demonstrado adiante, esse importante princípio não é absoluto, de modo que dever ser observado e aplicado em harmonia com os demais princípios constantes da legislação vigente.

## **2.4. Competência do Tribunal do Júri**

O referido princípio contido na alínea “d” do artigo que elenca os princípios do Tribunal do Júri, refere-se à competência deste para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, assim entendidos como aqueles que houve a intenção/vontade do acusado em matar a vítima.

Os crimes abarcados pelo dispositivo são (i) homicídio, (ii) induzimento, instigação ou auxílio por terceiro ao suicídio, (iii) infanticídio, (iv) aborto e (v) os crimes conexos, conforme § 1º do artigo 74 do Código de Processo Penal.

No entanto, embora sejam somente 5 (cinco) as espécies de crimes cuja competência é do Tribunal do Júri, a doutrina entende de forma uníssona que o constituinte atribuiu competência mínima ao instituto. Isso significa dizer que, nada impede que outros crimes sejam julgados pelo Tribunal do Júri, desde que respeitada a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Nessa vertente, Alexandre de Moraes (1998, p. 97) em sua obra Direito Constitucional entende que “A Constituição Federal prevê regra mínima e inafastável de competência do Tribunal do Júri, não impedindo, contudo, que o legislador infraconstitucional lhe atribua outras e diversas competências”.

Corroborando com o entendimento acima, NUCCI (1999, p. 175) destaca que nos demais países, quando não se estabeleceu uma competência mínima pelo constituinte ao Tribunal do Júri, a tendência foi reduzi-la, de modo a diminuir gradativamente a atuação do instituto no sistema judiciário. Para o doutrinador, o legislador ordinário poderia ainda aumentar as hipóteses de competência do Tribunal do Júri, desde que se evidencie a imprescindibilidade do instituto para o sistema democrático.

## **3. COEXISTÊNCIA HARMÔNICA ENTRE A SOBERANIA DOS VEREDICTOS E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**

A Constituição da República Federativa do Brasil, elencou em seus princípios a soberania dos veredictos que conforme delineado em tópico anterior, trata-se de garantia fundamental. O referido princípio tem por finalidade a estabilização das decisões do Conselho de Sentença, cuja característica é conferir supremacia ao julgamento popular.

No entanto, é importante ressaltar que tal princípio não é absoluto, o que significa dizer que as decisões do Conselho de Sentença não são inatingíveis. E como bem aludido por Augusto Comte “Tudo é relativo, eis o único princípio absoluto”. Esse pensamento também pode ser utilizado na aplicação dos princípios constitucionais, de modo a garantir

que eles coexistam em harmonia e que um prepondere em relação ao outro a depender do caso concreto.

Nesse sentido, a Carta Magna prevê ainda o princípio do duplo grau de jurisdição, que confere aos litigantes a possibilidade e o direito de ter uma decisão reexaminada e até reformada por instância superior, que nas lições de Guilherme de Sousa Nucci (2013, p. 868):

Trata-se de garantia individual do duplo grau de jurisdição, prevista implicitamente na Constituição Federal, voltada a assegurar que as decisões proferidas pelos órgãos de primeiro grau do Poder Judiciário não sejam únicas, mas submetidas a um juízo de reavaliação por instância superior.

Esse princípio parte do pressuposto de que toda decisão judicial é possível ser revista por outro órgão pertencente também ao Poder Judiciário. É cediço ainda que a Constituição Federal não dispõe de forma expressa acerca do duplo grau de jurisdição, mas sim de forma implícita. Nessa linha de pensamento, Misael Montenegro Filho (2007, p. 19) destaca que:

O princípio examinado não se encontra escrito em letras na Carta Magna, sendo aplicado através da interpretação gramatical do inciso LV do art. 5.º da CF, com a seguinte redação: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Conforme exposto, é certo que, a Constituição da República não prevê expressamente o preceito do duplo grau de jurisdição, entretanto, entende-se que está inserido de maneira implícita, uma vez que há previsão expressa do recurso processuais. Também se poderia cogitar sua existência com o fundamento no art. 5º, LV, da CF, visto que este preleciona que é assegurado para as partes o contraditório, a ampla defesa e os meios de recursos a ela inerentes.

Nota-se, que a existência do duplo grau de jurisdição é algo intrínseco ao sentimento do ser humano de inconformismo. Como verbera Sérgio Bermudes: "Ninguém se conforma com um pronunciamento único. Esse inconformismo repousa no conhecimento das imperfeições humanas e certamente não existia, se soubéssemos perfeitos os nossos semelhantes".

Conforme noticiado alhures, alguns opositores ao princípio do duplo grau de jurisdição justificam os seus entendimentos na premissa de que o julgamento pela



instância superior pode ser equivocado o que poderia acarretar na reforma de uma decisão judicial justa.

Não obstante, em tese, a análise da decisão judicial pelo órgão superior permite um índice de certeza maior, uma vez que, conforme lecionado por Hermann Homem de Carvalho Roenick (1997, p. 14) o que se espera é que “o reexame é sempre feito por juízes experientes encanecidos na vivência judiciária, e que assomam aos Tribunais após larga atuação na judicância singular de primeiro grau”.

Vale destacar que, embora não haja previsão expressa na legislação brasileira acerca do duplo grau de jurisdição, consta ainda do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário que “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.”

Por outro lado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica) destaca o princípio do duplo grau de jurisdição de modo mais extensivo, pois assegura não somente ao condenado o direito de recorrer, mas amplia em plena igualdade às partes o direito de reexame da decisão pelo juiz ou tribunal superior.

Pelo exposto acima, chega-se à conclusão de que o princípio do duplo grau de jurisdição, está ligeiramente conectado aos princípios da dignidade da pessoa, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sendo que esta última está intimamente relacionada ao princípio da plenitude da defesa estampado no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal.

Por ampla defesa, no dizer de CELSO RIBEIRO BASTOS (2001, p. 234):

(...) deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções, ora se traduzindo pela inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento. (...) A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja alegada pelo autor, quer pelo réu. Às alegações, argumentos e provas trazidos pelo autor são necessários que corresponda uma igual possibilidade de geração de tais elementos por parte do réu. 1 (sem destaque no original)

Assim o princípio do duplo grau de jurisdição assume papel importante no ordenamento jurídico brasileiro, considerando sua imprescindibilidade de dar efetividade e proteção aos demais princípios acima mencionados. Interpretar de outra forma seria desconsiderar princípios como contraditório, ampla defesa, devido processo legal e dignidade da pessoa humana, garantias concedidas aos cidadãos no Estado de Direito.

Destacada a importância do princípio da soberania dos veredictos e do duplo grau de jurisdição, embora em um primeiro momento apresentem aspectos conflitantes, calha ressaltar que esses se harmonizam entre si, de modo a serem observados em conjunto quando da apreciação das demandas.

A doutrina de Barroso (2009, p.329) ensina que:

A colisão entre princípios constitucionais decorre, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Como estudado, não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto.

Quanto a essa possível colisão de direitos fundamentais, Pedro Lenza (2012, p. 969) dispõe que "(...) indispensável será a 'ponderação de interesses' à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer."

Vale destacar que, diante de uma possível colisão entre direitos fundamentais, faz-se necessário realizar uma ponderação de interesses, pois, a grosso modo, poderia parecer que a soberania do júri ensejaria na irrecorribilidade de suas decisões, desrespeitando o princípio do duplo grau de jurisdição. Todavia, caso existisse tal irrecorribilidade uma das principais finalidades da instituição do Júri não seria observada, qual seja, a proteção do indivíduo, tendo em vista que o impossibilitaria de se opor a uma eventual decisão equivocada.

Nesse sentido, Nucci (2008, p. 367) afirma que:

Não há princípios absolutos e supremos, devendo haver composição entre todos, mormente os que possuem status constitucional. Por isso, afirmar que a soberania dos veredictos populares precisa ser fielmente respeitada não significa afastar a possibilidade de se submeter a decisão prolatada no Tribunal do Júri ao duplo grau de jurisdição.

Nesse sentido, em recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 15 de junho 2022, o Excelentíssimo Ministro Relator Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), nos autos do Agravo em Recurso Especial 2029202, reconheceu a coexistência harmônica da soberania dos veredictos e do duplo grau de jurisdição, alegando o seguinte:

[...] Consta dos autos que em sessão de julgamento do Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença desclassificou o homicídio qualificado para homicídio privilegiado, previsto no art. 121, § 1º do CP, por entenderem os jurados que o acusado cometeu o delito sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima. Sabe-se que a possibilidade do duplo grau de jurisdição, em harmonia com o princípio da soberania dos veredictos visa tão somente à efetiva realização da justiça, podendo, assim retornar o julgamento da ação ao próprio Tribunal do Júri quando este decidir contrariamente à prova dos autos, ou seja, destituídos de qualquer prova produzida ao longo da instrução processual.

No referido julgamento, o Ministro Relator verberou ainda acerca da possibilidade da anulação da decisão proferida no Júri Popular sem que haja inobservância ao princípio da soberania dos veredictos, pois sua reforma é autorizada quando há clara incongruência entre a decisão do Conselho de Sentença e a provas dos autos.

O referido julgamento concede efetividade ao que leciona o Professor Júlio Fabbrini Mirabete (1999, p. 1252), destacando que o princípio da soberania dos veredictos não obsta a recorribilidade das decisões do Tribunal do Júri, mas destaca que caso a decisão do Conselho de Sentença seja cassada, esta deve ser obrigatoriamente submetida a outro julgamento necessariamente por outros Juízes leigos, para que se consagre assim a soberania dos veredictos.

Assim como no *decisum* acima colacionado, entende-se como cristalino o conceito atribuído ao princípio da soberania dos veredictos, ante seu não absolutismo, sendo compreendido em harmonia com os demais princípios fundamentais constantes da legislação.

#### **4. MECANISMOS DE CONTROLE À ATUAÇÃO DOS JURADOS**

Diante do não absolutismo dos princípios visto acima e sua necessidade de aplicação em consonância com os demais princípios, a soberania dos veredictos possui alguns mecanismos de controle à atuação dos jurados, tais como, apelação e revisão criminal.

Trata-se do direito ao princípio do duplo grau de jurisdição, e de oportunizar as partes o direito de alegar e se defender, utilizando todos os recursos dados pela lei, em conformidade com o sistema da persuasão racional e os poderes que lhe são conferidos legalmente para conduzir o processo.

Há quem defenda que o controle judicial se faz ainda necessário, pois tem por finalidade evitar injustiças ou ilegalidades no veredicto. Assim, em tese, a existência do duplo grau de jurisdição é um aliado no qual se busca fazer prevalecer a “melhor” decisão. Nesse sentido, vejam-se os argumentos de Misael Montenegro Filho (2015, p. 19-20):

Não obstante o apontamento, anotamos que a prevalência do princípio do duplo grau de jurisdição assenta-se na necessidade de controle dos atos judiciais, evitando que uma injustiça ou uma ilegalidade prevaleça em vista da ausência de recurso para combatê-la.

A interposição da súplica pelo recorrente destina-se à formação de convencimento do Juiz, que avaliará as informações obtidas através do feito, em consonância com o convencimento livre e imparcialidade garantida em lei e os mecanismos previstos na legislação para dar impulsionamento ao processo.

#### **4.1. Recurso de Apelação**

Sobre o apelo contra as decisões do Tribunal do Júri, Lima (2014, p. 1639) esclarece que:

A fim de se evitar uma possível violação à soberania dos veredictos, deve o juízo ad quem ficar atento àquilo que diz (ou não) respeito ao mérito ao julgar uma apelação contra decisão do Júri. Se a matéria devolvida à apreciação do Tribunal disser respeito ao mérito da decisão proferida pelo Júri, só se admite que o Tribunal determine a sujeição do acusado a novo julgamento. Todavia, se a impugnação não estiver relacionada ao mérito da decisão dos jurados, guardando relação com decisões proferidas pelo Juiz-Presidente, é plenamente possível a modificação do teor da decisão pelo juízo ad quem.

Verifica-se, portanto, que apelar das decisões do Conselho de Sentença é plenamente possível, sem, contudo, violar a soberania dos veredictos, obedecendo disposição expressa do Código de Processo Penal:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
- b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
- c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
- d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Trata-se de recurso de fundamentação vinculada, ou seja, o apelante deverá comprovar a incidência de pelo menos uma das alíneas anteriores para ter o seu recurso provido.

Com relação à alínea *a*, vale ressaltar que será objeto de apelação tanto as nulidades absolutas quanto as nulidades relativas, desde que, nessa última situação, não tenha ocorrido a preclusão. Reconhecida a nulidade, o Tribunal *ad quem* determinará novo julgamento ou o refazimento dos atos eivados de nulidade.

Observa-se que no tocante às alíneas *b* e *c* o juiz-presidente cometeu algum equívoco, seja referente à decisão contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados, ou ainda, na aplicação da pena ou da medida de segurança. Desse modo, o Tribunal *ad quem* poderá exercer o juízo rescindente (*judicium rescindens*) e rescisório (*judicium rescisorium*), cassando e reformando a decisão, respectivamente, sem violar o princípio da soberania dos veredictos, tendo em vista que o mérito da decisão não foi atingido.

Para Rangel (2010) a alínea *a* trata-se de *error in procedendo*, vício de procedimento, e as alíneas *b* e *c* são casos de *error in iudicando*, ou seja, vício de julgamento do juiz-presidente, não representando ofensa ao princípio da soberania dos veredictos.

A maior controvérsia gira em torno da alínea *d* do referido artigo, tendo em vista que ao considerar a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos o mérito da questão, cuja a competência a Constituição da República Federativa atribuiu ao Conselho de Sentença, será atacado. Existem doutrinadores inclusive que sustentam a inconstitucionalidade de tal dispositivo.

Há posição minoritária na doutrina que entende que o disposto no art. 593, III, alínea "d", do CPP é inconstitucional, sob o argumento de que, por força da soberania dos veredictos, não é possível que um tribunal superior composto por juízes togados determine a realização de novo julgamento, sob a justificativa de manifesto desrespeito à prova dos autos. Prevalece, todavia, a orientação de que é inconcebível que uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos não possa ser revista por meio de recurso, o que poderia inclusive caracterizar afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição, previsto implicitamente na Constituição Federal, e explicitamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 2º, alínea "h"). (LIMA, 2014, p. 1645)

Registre-se que o Tribunal *ad quem* exercerá tão somente o juízo rescindente (*judicium rescindens*), sendo-lhe vedado, em tal situação, a reforma do veredicto. Diante disso, a decisão considerada manifestamente contrária à prova dos autos será cassada e um novo julgamento será realizado. A instância superior que julgou o recurso não poderá proferir uma decisão em lugar daquela exarada pelos jurados, sendo resguardada a competência destes no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, em atenção ao princípio do juiz natural.

Relativamente à apelação, quando se tratar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, vale ressaltar ainda que, o parágrafo 3º, *in fine*, do artigo 593, do CPP, veda a interposição de uma segunda apelação fundada no mesmo dispositivo.

Prevalece o entendimento que independe quem tenha recorrido primeiro, ou seja, caso o Ministério Público tenha apelado contra uma decisão absolutória manifestamente contrária à prova dos autos e um novo julgamento venha ser realizado, não poderá a defesa manejar apelação com fundamento no mesmo dispositivo.

Nesse sentido, segundo alertado por Eugênio Pacelli e Douglas Ficher:

Não se poderá pleitear a nulificação do que decidido pelo Júri se houver nos autos provas que amparem tanto a condenação quanto a absolvição. Nesse caso, não se está diante de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, mas unicamente de adoção pelo Júri (pelo seu livre convencimento, sequer motivado – uma exceção ao art. 93, IX, CF/88) de uma das teses amparada por prova presentes nos autos. Nessas situações, não se falar em admissibilidade do recurso de apelação forte no art. 593, III, d, CPP.



Desse modo, as partes não poderão inovar em matéria probatória, devendo o novo Conselho de Sentença proferir sua decisão com base naquilo que já foi produzido anteriormente.

#### **4.2. Revisão criminal**

A revisão criminal, prevista no artigo 621 do Código de Processo Penal, é uma ação autônoma de impugnação sendo cabível, após o trânsito em julgado da sentença, nos casos em que houve erro do judiciário ou surgimento de novas provas.

Nesse sentido, NUCCI (2014, p. 870) ensina que a preservação do direito à liberdade é garantia individual mais importante que a soberania dos veredictos do Júri Popular, pois está severamente ligada à ampla defesa e ao contraditório. Leciona ainda que “a soberania do júri não pode sustentar-se na condenação de um inocente, pois o direito à liberdade, como se disse, é superior”.

Nesse sentido, vejamos importante e recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, onde fora reconhecida a possibilidade de revisão do veredicto, primando assim pelo direito à liberdade do acusado:

RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL ACOLHIDA, COM BASE EM INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. VIOLAÇÃO DO ART. 621, I, DO CPP. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO VEREDICTO CONDENATÓRIO ORIUNDO DO TRIBUNAL DO JÚRI. PRIMAZIA DO DIREITO À LIBERDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. INTERPRETAÇÃO DO PRECEITO QUE NÃO COMPORTA A REVISÃO NA HIPÓTESE EM QUE O TRIBUNAL A QUO CONCLUI PELA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS NORMAS DE PROCESSO PENAL E DA PRÓPRIA DICÇÃO LEGAL. RECURSO ACOLHIDO. ACÓRDÃO CASSADO. CONDENAÇÃO RESTABELECIDADA. RETORNO DOS AUTOS PARA ANÁLISE DE PRELIMINAR QUE FICOU PREJUDICADA.

1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de admitir o pedido revisional (art. 621, I, do CPP) do veredicto condenatório emanado do Tribunal do Júri, calcada no entendimento de que o direito à liberdade prevalece em confronto com a soberania dos veredictos. Precedentes do STJ.

2. A melhor interpretação da dicção legal sentença contrária à evidência dos autos, é aquela que restringe o acolhimento da revisão às hipóteses de erro judiciário (prova de inocência) ou de inexistência

absoluta de prova para a condenação, sendo inviável rescindir o veredicto condenatório com base em uma suposta insuficiência de provas.

3. Ao dispor acerca da cassação do veredicto emanado do Tribunal do Júri, em apelação, por uma única vez (art. 593, III, d), o Código de Processo Penal é taxativo ao limitar tal previsão ao veredicto manifestamente contrário à prova dos autos, ou seja, se há prova para a condenação, ainda que reduzida e controvertida, não é possível cassar o veredicto condenatório em uma apelação, que dirá, então, em uma ação revisional.

4. A expressão em si (sentença contrária à evidência dos autos) exterioriza um julgamento totalmente divorciado dos elementos de convicção (prova), não albergando a hipótese em que o Tribunal conclui pela fragilidade do conjunto probatório, juízo esse de extrema subjetividade, que, caso admitido em uma ação revisional, acabaria por esvaziar por completo a primazia dos veredictos do Tribunal do Júri, com sede constitucional.

5. Recurso especial provido para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo a condenação imposta ao recorrido, determinando, ainda, o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que analise a preliminar suscitada na revisão, que ficou prejudicada com o acolhimento da questão de mérito, ora afastada.

(STJ - REsp: 1686720 SP 2017/0178030-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 23/08/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/09/2018)

A doutrina e jurisprudência são pacíficas quanto a possibilidade de interposição de revisão criminal contra as decisões do Tribunal do Júri. Todavia a querela gira em torno de qual órgão jurisdicional será o competente para exercer o juízo rescisório, se o Tribunal togado ou o Conselho de Sentença.

Segundo Renato Brasileiro:

Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que ao Tribunal de Justiça é conferida a possibilidade de, em sede de revisão criminal, proceder ao juízo rescindente e rescisório. Assim, se o Tribunal togado se convencer que a sentença condenatória se fundou em depoimentos, exames ou documentos

comprovadamente falsos, pode, desde já, absolver o acusado, não havendo a necessidade de submetê-lo a novo julgamento perante o júri. Portanto, na ação autônoma de impugnação que é a revisão criminal, o tribunal de segundo grau tem competência tanto para o juízo rescindente, consistente em desconstituir a sentença do tribunal do júri, quanto para o juízo rescisório, consistente em substituir a decisão do júri por outra do próprio tribunal do segundo grau." (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1447)

No mesmo sentido, quanto à revisão criminal contra decisões do Júri "o tribunal de segundo grau é também competente para o juízo rescisório" (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, 2008, p. 316).

Diversamente se posiciona Guilherme de Souza Nucci:

Enfim, a revisão criminal jamais poderia rever, quanto ao mérito, a decisão final do Tribunal do Júri, pois isso significa, em verdade, ofender o preceito constitucional da soberania dos veredictos. A harmonia dos dispositivos constitucionais é o melhor caminho. Deve-se realizar o juízo rescindente, quando for o caso, pelo tribunal togado (revisão criminal) para, depois, encaminhar o feito ao juízo rescisório a ser feito pelo Tribunal do Júri (soberania dos veredictos). (NUCCI, 2008, p. 454)

A celeuma acerca da competência ou não dos tribunais *ad quem* em realizar o juízo rescisório nas revisões criminais das decisões dos jurados é tão grande que a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ainda não foi pacificada, decidindo ora pela possibilidade ora pela impossibilidade do Tribunal revisor reformar diretamente a decisão antes proferida pelo Tribunal do Júri. Senão vejamos:

PROCESSO PENAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE PARA ABSOLVER O RÉU. FUNDAMENTO LEGAL. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. **RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DETERMINAR NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL POPULAR.**

1. O ordenamento jurídico assegura ao condenado, por qualquer espécie de delito, a possibilidade de ajuizar revisão criminal, nas hipóteses previstas no art. 621, do Código de Processo Penal.

2. In casu, com fundamento na fragilidade do conjunto probatório, foi a revisão criminal julgada procedente para absolver o réu do crime de homicídio.

3. No entanto, tal fundamento não autoriza o Tribunal revisor a proferir juízo absolutório, pois, de um lado, esta situação não está contemplada no art. 621, I, do Código de Processo Penal, de outro lado, a valoração das provas de forma distinta daquela realizada pelo Tribunal do Júri, não autoriza a ação rescisória pela manifesta

contrariedade às provas dos autos, principalmente, levando-se em consideração a soberania dos veredictos na apreciação e valoração dos referidos elementos processuais, pois conforme expressa previsão constitucional, cabe ao Conselho de Sentença, o exame do conjunto fático/probatório.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ AgRg no REsp 1021468 / SP - RELATOR: MINISTRO JORGE MUSSI – DJU 02/08/2011)

(Grifo da subscritora)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ART. 621, I E III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ERRO JUDICIÁRIO, POR CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. EXISTÊNCIA DE PROVAS DA INOCÊNCIA DO RÉU. ABSOLVIÇÃO, PELO TRIBUNAL DE 2º GRAU. POSSIBILIDADE. **INOCORRÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E DESPROVIDO.**

I. Transitada em julgado a sentença condenatória, proferida com fundamento em decisão do Tribunal do Júri, o Tribunal a quo julgou procedente a Revisão Criminal, ajuizada pela defesa, absolvendo, desde logo, o réu, por ocorrência de erro judiciário, em face de contrariedade à prova dos autos, bem como pela existência de novas provas de sua inocência, a teor dos arts. 621, I e III, e 626 do CPP.

II. Fundamentado o acórdão recorrido em matéria constitucional e infraconstitucional, tendo sido interposto também Recurso Extraordinário, é de ser conhecido o Recurso Especial, por ofensa a

dispositivos legais, relacionados, no caso, ao art. 74, § 1º, do CPP e ao cabimento da Revisão Criminal (art. 621, I e III, do Código de Processo Penal). Recurso Especial conhecido.

III. A Revisão Criminal objetiva proteger o jus libertatis, somente podendo ser utilizada pela defesa.

IV. O Tribunal competente para julgar a Revisão Criminal pode, analisando o feito, confirmar a condenação, ou, no juízo revisional, alterar a classificação do crime, reduzir a pena, anular o processo ou mesmo absolver o condenado, nos termos do art. 626 do CPP.

V. Uma vez que o Tribunal de origem admitiu o erro judiciário, não por nulidade no processo, mas em face de contrariedade à prova dos autos e de existência de provas da inocência do réu, não há ofensa à soberania do veredicto do Tribunal do Júri se, em juízo revisional, absolve-se, desde logo, o réu, desconstituindo-se a injusta condenação. Precedente da 6ª Turma do STJ.

VI. "A obrigação do Poder Judiciário, em caso de erro grave, como uma condenação que contrarie manifestamente as provas dos autos, é reparar de imediato esse erro. Por essa razão é que a absolvição do ora paciente (e petionário, na revisão criminal) é perfeitamente aceitável, segundo considerável corrente jurisprudencial e doutrinária" (STJ, HC 63.290/RJ, Rel. p/ acórdão Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe de 19/04/2010).

VII. Recurso Especial conhecido e improvido. (STJ REsp 1304155 / MT - RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR- DJU 20/06/2013)

(Grifo da subscritora)

(...) 2. Diante do conflito entre os princípios da soberania dos vereditos e da dignidade da pessoa humana, ambos sujeitos à tutela constitucional, cabe conferir prevalência a este, considerando-se a repugnância que causa a condenação de um inocente por erro judiciário (REsp 964978/SP). (REsp 1050816/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 15/12/2016)

Conforme exposto acima, trata-se de tema polêmico não havendo entendimento pacificado sobre a questão. No entanto, há uma tendência na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em admitir a realização do juízo rescisório pelo Tribunal *ad quem* nas revisões criminais das decisões dos jurados.

#### **4.3. *Reformatio in pejus* indireta**

O instituto da *reformatio in pejus* indireta, vedado no ordenamento jurídico brasileiro, é aquele em que não se admite que a situação do réu no novo julgamento seja agravada, diante da anulação da primeira decisão por meio de recurso exclusivo da defesa.

Consoante prevê o artigo 617 do Código de Processo Penal, o acusado deve ter a segurança de que não poderá “ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”. A referida vedação encontra guarida no princípio da ampla defesa e do contraditório, pois se não fosse assim, vislumbrando o acusado a possibilidade de ser prejudicado por seu próprio recurso, poderia se abster de recorrer, não impulsionando o segundo grau de jurisdição por mero receio, o que colidiria frontalmente com os princípios retromencionados.

Embora seja uma aplaudida regra no sistema recursal brasileiro, Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes (2009, p. 41) na obra Recursos no Processo Penal, criticam veementemente o instituto da *reformatio in pejus* indireta pois dele podem surgir absurdas decisões:

Tecnicamente não parece correta a posição, ante a falta de texto expresso. Para que a *reformatio in pejus* se verifique, deve haver diferença para pior entre a decisão recorrida e a decisão no recurso. Sob o ponto de vista prático, a aplicação da tese pode levar a resultados aberrantes: à decisão anulada, proferida, por exemplo, por juiz incompetente, suspeito ou peitado, conferir-se-ia a força de impedir que o verdadeiro julgador pudesse solucionar a controvérsia legalmente e com justiça. E, em qualquer caso, haverá sempre a anomalia de se reconhecer a influência de uma sentença nula sobre a válida.

O referido entendimento é adotado ainda por Paulo Rangel (2014, p. 963), defendendo a não aplicação da regra ao direito processual penal, considerando as seguintes razões:

A uma, por falta de texto expresso proibindo o juiz de dar uma sentença com quantum superior à que foi dada no primeiro julgamento, pois o que se proíbe no art. 617 é a reforma para pior



pelo tribunal e não pelo juízo a quo. Assim, o que não é proibido é permitido. Aplica-se o 'princípio da legalidade'.

A duas, porque deve haver diferença entre a 'decisão recorrida' (e anulada) e a 'decisão proferida' no recurso. Ora, como haver diferença entre uma decisão que não mais existe (a anulada) e a do recurso? Não se agrava aquilo a que a ordem jurídica não mais confere validade. Assim, agravar o nada é um não senso jurídico.

A três, porque estar-se-ia emprestando força a uma decisão que desapareceu em detrimento de uma que é proferida em perfeita harmonia com a ordem jurídica. Seria o inválido sobrepondo-se ao válido, em verdadeira aberração.

A quatro, porque o recurso, como vimos, é voluntário, ou seja, o réu recorre se quiser. Portanto, carrega o ônus do seu recurso com os resultados que lhe são previsíveis e possíveis: provimento, improvimento ou não conhecimento

Surge ainda a dúvida no que tange a aplicabilidade da vedação da *reformatio in pejus* indireta nos crimes dolosos contra a vida cuja competência é do Tribunal do Júri, e, portanto, deve-se observar o princípio explicitamente assinalado na Constituição Federal da soberania dos veredictos.

A Suprema Corte tem se posicionado no sentido de que a proibição da *reformatio in pejus* indireta no Tribunal do Júri não viola a soberania dos veredictos, tendo em vista que será o Juiz-Presidente que ficará vinculado ao *quantum* da pena imposta no julgamento anterior, não podendo a nova pena ser agravada. Desse modo, os jurados continuam livre para decidir como melhor lhes prouver, em respeito à soberania dos veredictos.

O Superior Tribunal de Justiça parte da premissa que a vedação à *reformatio in pejus* indireta sofre limitação quando observado o princípio expressamente conferido pelo constituinte:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO.TENTATIVA. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO EM RECURSOEXCLUSIVO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. DESCABIMENTO.SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI. PREVALÊNCIA.FUNDAMENTOS DO DECISUM MANTIDOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

**1. Em crimes de competência do Tribunal do Júri, a garantia da vedação à reformatio in pejus indireta sofre restrições, em respeito à soberania dos veredictos.**

**2. Os jurados componentes do segundo Conselho de Sentença não estarão limitados pelo que decidido pelo primeiro, ainda que a situação do acusado possa ser agravada, em face do princípio da soberania dos veredictos, disposto no art. 5.º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal.**

3. Não há como reconhecer a existência da prescrição, uma vez que a pena ainda não foi definitivamente fixada. Pois, in casu, é possível que seja fixado um quantum superior a 8 anos, por motivo de eventual reconhecimento de qualificadora que não fora admitida no primeiro julgamento.

4. Nos termos do art. 109 do Código Penal, os prazos prescricionais, antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, são determinados pela pena máxima cominada abstratamente ao delito, que, no caso, é de 20 anos, isto é, 30 anos, diminuída pelo percentual menor da tentativa (1/3), por se tratar de delito tentado. 5. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no REsp: 1290847 RJ 2011/0222380-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 19/06/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2012)

(Grifo da subscriitora)

Pelo exposto, evidencia-se que a incidência da vedação da *reformatio in pejus* indireta no Tribunal do Júri não tem o condão de abolir a soberania dos veredictos, devendo ser aplicada a técnica da ponderação dos princípios constantes do ordenamento jurídico brasileiro, defendida por Robert Alexy.

## **5. EXCEÇÃO À PERSUASÃO RACIONAL**

Sob influência do princípio da soberania dos veredictos, tem-se que as decisões dos jurados não precisam ser motivadas, sendo esta uma exceção ao sistema de avaliação da prova denominado como persuasão racional (livre convencimento motivado), adotado como regra pelo sistema jurídico pátrio.

As decisões do Tribunal Popular se enquadram, desse modo, no sistema da íntima convicção do magistrado, pois, além de não estar vinculado às provas dos autos, podendo

formar sua própria convicção, não necessita fundamentar as decisões que proferir. Este tem sido o entendimento doutrinário:

No tocante às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, todavia, vigora o sistema da íntima convicção do juiz (ou da certeza moral do juiz), que confere ampla liberdade aos juízes leigos para avaliação das provas, dispensando-os de fundamentar a decisão. Fala-se que, em tal hipótese, há valoração secundum conscientiam da prova, pois o julgador decide de acordo com sua íntima convicção, pouco importando sobre quais fatores ela se sustenta. (REIS, 2012, p. 251)

Entretanto, alguns doutrinadores defendem a ideia de que a exceção à persuasão racional esbarra no preceito da ampla defesa e do contraditório, pois a previsão de fundamentação das decisões tem por objetivo principal resguardar ao acusado o exercício pleno de sua defesa.

Ademais, suscita-se também possível ofensa a norma constante da Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 93, IX, que transcreve que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão públicas e fundamentadas.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus 175.993/RJ, relatado pelo Ministro Jorge Mussi da Quinta Turma, assentou jurisprudência no sentido da não obrigatoriedade da motivação nas decisões do Conselho de Sentença, dando efetividade ao nobre princípio da soberania dos veredictos, conforme colacionado abaixo:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGADA CONDENAÇÃO COM BASE EM PROVA COLHIDA EXCLUSIVAMENTE NA FASE INQUISITORIAL. ART. 155 DO CPP. TRIBUNAL DO JÚRI. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. SIGILO DAS VOTAÇÕES. ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS JURADOS. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE QUAIS PROVAS FORAM UTILIZADAS PELA CORTE POPULAR AO DECIDIR PELA CONDENAÇÃO DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO ESSENCIAL AO DESLINDE DA QUESTÃO. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Conquanto seja pacífica a orientação segundo a qual nenhuma condenação pode estar fundamentada exclusivamente em provas colhidas em sede inquisitorial, tal entendimento deve ser visto com

reservas no âmbito do procedimento dos crimes dolosos contra a vida.

**2. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas 'b' e 'c', conferiu ao Tribunal do Júri a soberania dos seus veredictos e o sigilo das votações, tratando-se de exceção à regra contida no inciso IX do art. 93, razão pela qual não se exige motivação ou fundamentação das decisões do Conselho de Sentença, fazendo prevalecer, portanto, como sistema de avaliação das provas produzidas a íntima convicção dos jurados.**

3. Após a produção das provas pela defesa e pela acusação na sessão plenária, a Corte Popular tão somente responde sim ou não aos quesitos formulados de acordo com a livre valoração das teses apresentadas pelas partes. Por esta razão, não havendo uma exposição dos fundamentos utilizados pelo Conselho de Sentença para se chegar à decisão proferida no caso, é impossível a identificação de quais provas foram utilizadas pelos jurados para entender pela condenação ou absolvição do acusado, o que torna inviável a constatação se a decisão baseou-se exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial ou nas provas produzidas em juízo, conforme requerido na impetração.

4. Não fosse isso, cumpre ressaltar que a impetração não trouxe à colação cópia da ata da sessão do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, cuja apreciação é primordial para se aferir se os depoimentos das testemunhas citados no acórdão objugado de fato foram colhidos em Plenário com o respeito ao contraditório.

5. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de provas documentais que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

[...]

3. Writ parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem".

( HC 175.993/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011)

(Sem grifo no original)

Destarte, observa-se que a Soberania dos veredictos é uma exceção à regra da persuasão racional, motivo pelo qual não se exige que a decisão dos jurados seja motivada, prevalecendo, nesse caso, o sistema da íntima convicção dos jurados.

## **Conclusão**

Sustentou-se neste trabalho acadêmico a essência do instituto Tribunal do Júri, importante garantia no sistema democrático de direito, cuja decisão é verdadeiramente emanada do povo que obtém livre acesso de participação ao Poder Judiciário. Nesse sentido pode-se afirmar que os mecanismos de controle à atuação dos jurados não implicam em violação ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Isto porque, embora o princípio traga como garantia ao jurado leigo a soberania no que for decidido, ele deve ser observado em harmonia com as demais normas constantes do ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser tido por absoluto ao ponto de sobrepor aos demais princípios e regras importantes.

Nesse sentido, o princípio do duplo grau de jurisdição não implica em relativização da soberania dos veredictos pois, conforme exposto em linhas volvidas, as hipóteses do recurso de apelação, como regra, não atingem o mérito da decisão do Conselho de Sentença, mas sim a decisão do Juiz-Presidente, quando eivada de vícios ou nulidades processuais.

Na hipótese de atacar-se o mérito da decisão dos jurados, caso o recurso seja julgado procedente, será necessária a devolução dos autos para realização de um novo tribunal do júri, sendo proferido novo julgamento necessariamente por juízes leigos, garantindo assim a efetividade do princípio do duplo grau de jurisdição em harmonia com o princípio da soberania dos veredictos.

É claro que a revisão judicial por uma corte superior, não necessariamente acarreta num “melhor” julgamento, porém, essa razão não é suficiente para derogar o princípio do duplo grau de jurisdição. Pois, conforme visto nos parágrafos anteriores, a existência do duplo grau de jurisdição propicia muitas benesses para os jurisdicionados, a saber: insurgir contra uma decisão injusta e ilegal e maiores cautelas dos juízes de primeiro grau, nesse caso representado pelo Povo.

Observa-se ainda que, nenhum princípio é absoluto, de modo que todos devem ser observados em equilíbrio, não havendo violação à Soberania dos Veredictos diante dos mecanismos de controle à atuação dos jurados.

Destarte, conforme arestos colacionados acima, onde os Tribunais Superiores já vêm sedimentando entendimento jurisprudencial, no sentido de harmonizar os princípios que regem a legislação processual, de modo que a soberania dos veredictos convive harmonicamente com o sistema processual vigente.

Todavia, não obstante os envidados esforços, a matéria ainda irá causar muitas discussões doutrinárias, sobretudo na jurisprudência, visto a profundidade do tema Tribunal do Júri e, em especial, o princípio da Soberania dos Veredictos.

## Referências

### A) Livros

ANSANELLI, Ângelo Júnior. **O Tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos**, São Paulo: Lumens Juris, 2005, p. 19 e 20.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 22.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 234.

BERMUDES, Sergio. **Curso de Direito Processual Civil**, Borsoi, p. 11.

BONFIM, Edilson Mougnot; PARRA NETO, Domingos. **O novo procedimento do Júri: Comentários à lei n. 11.689/2008**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 632.

\_\_\_\_\_, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 48.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

\_\_\_\_\_. **Recursos no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 249.

\_\_\_\_\_. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2008.



LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, José Frederico. **A Instituição do Júri**. São Paulo: Saraiva, 1963.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários a Constituição brasileira**. 5. Ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1954. v. 1 a 3, p. 156. apud TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 12.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 1252.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Prática do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 19.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 97.

NASSIF, Aramis. **Júri: Instrumento de soberania popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

\_\_\_\_. **Júri: Instrumento de Soberania Popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Questões processuais penais controvertidas**. 4. ed. São Paulo: Universitária de Direito Ltda., 1995, p. 293.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

\_\_\_\_. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

\_\_\_\_. **Manual de processo penal e execução penal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas, **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1231.

PELLEGRINI GRINOVER, A. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários**. 11. ed., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 42.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 963.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**; coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROENICK, Hermann H. de Carvalho. **Recursos no código de processo civil**. Rio de Janeiro: AIDE, 1997, p. 14. apud SALVATORE SATTA – Diritto Processuale Civile.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Processo penal**. 11. Ed, Bahia: Juspodivm, 2013, p. 825.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TUBENCHLAK, James. **Tribunal do Júri: contradições e soluções**. 4. ed. rev. ampl. de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1994.

## **B) Legislação**

BRASIL. **Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007)

2010/2008/lei/l11689.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.689%2C%20DE%209,J%C3%BAri%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 06 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. **Código de processo penal**. Decreto Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. In: *Vade Mecum penal e processual penal*. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1946.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1967.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em: <<http://oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Políticos.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11689 que Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências**, Brasília, 09 de junho de 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2008/lei/l11689.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.689%2C%20DE%209,J%C3%BAri%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11689.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.689%2C%20DE%209,J%C3%BAri%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias). Acesso em: 10 nov. 2022.

**Constituição política do império do Brasil** (1824). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 06 nov. 2022.

**Decreto de 18 de julho de 1822**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/DIM-18-6-1822-2.htm#:~:text=DECRETO%20DE%2018%20DE%20JUNHO,abusos%20de%20liberdade%20de%20imprensa](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-18-6-1822-2.htm#:~:text=DECRETO%20DE%2018%20DE%20JUNHO,abusos%20de%20liberdade%20de%20imprensa). Acesso em: 06 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 09 nov. 2022.

### C) Jurisprudência

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Resp 1021468, da Quinta Turma. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1021468&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 31 out. 2022.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp nº 1304155, da Sexta Turma. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22revis%E3o+criminal%22+%22tribunal+do+j%FAri%22&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 89544, da Segunda Turma. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/4128305>. Acesso em: 31 out. 2022.

\_\_\_\_\_. **TJ-PE** - APL: 3844099 PE, Relator: Humberto Costa Vasconcelos Júnior, Data de Julgamento: 31/08/2017, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 2ª Turma, Data de Publicação: 21/09/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pe/625843808>. Acesso em: 08 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. **STJ** - AREsp: 2029202 PA 2021/0392371-2, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Publicação: DJ 15/06/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1544675351/decisao-monocratica-1544675386>. Acesso em: 06 de novembro 2022.

\_\_\_\_\_. **STJ** - REsp: 1686720 SP 2017/0178030-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 23/08/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/09/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/621591815>. Acesso em: 02 de novembro 2022.

\_\_\_\_\_. **STJ** - AgRg no REsp: 1290847 RJ 2011/0222380-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 19/06/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/22257471/relatorio-e-voto-22257473>. Acesso em 27 de outubro de 2022.